



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN

LA DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LIC. RAFAEL SÁNCHEZ CRUZ

TUTOR ACADÉMICO: MTRA. ELIZABETH ALEJANDRA FLORES GAYTAN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

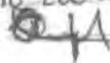
DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Rafael Sánchez Cruz.

16 junio 2004.



*A la memoria de mi hijo: RODOLFO SÁNCHEZ
SÁNCHEZ (q.e.p.d.)*

*A mi Vero, familia, amigos, sinceramente gracias por
su paciencia y apoyo.*

*En reconocimiento a todas aquellas personas que
han colaborado en el presente trabajo de
investigación, sin distinción alguna, y esperando de
este esfuerzo utilidad para aquellos que se avoquen
a la densa de los inculpados.*

ÍNDICE

	PAG.
INTRODUCCIÓN.....	VII
CAPITULO PRIMERO	
LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL ESPECÍFICA DE DEFENSA ADECUADA EN FAVOR DEL INCUPLADO EN LA FASE INDAGATORIA.	
1.1.- CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO DE DEFENSA.....	1
1.2.- EL CONCEPTO DE GARANTÍA.....	4
1.2.1. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.	4
1.2.2. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	6
1.3. EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL.	7
1.3.1. ACTO DE PRIVACIÓN.....	10
1.3.2. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.	11
1.3.3. LA IGUALDAD ANTE LA LEY.	13
1.3.4. EL PROCESO LEGAL PREVIO.	15
1.3.5. PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA..	16
1.3.6. EL DERECHO A SER OÍDO.	17
1.4. EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.	18
1.4.1. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD.....	20
1.4.1.1. CONCEPTO DE FUNDAMENTACIÓN.	21
1.4.1.2. CONCEPTO DE MOTIVACIÓN.	21
1.4.2. CASOS DE FLAGRANCIA.....	23
1.4.3. LA DETENCIÓN EN LOS CASOS URGENTES.	25
1.4.4. DELITOS GRAVES.....	28
1.5. NOCIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA.	29
1.5.1. LOS VALORES Y EL ORDEN JURÍDICO.	29

1.5.2. EL DERECHO DE NO AUTOINCRIMINARSE.	36
1.5.3. EL DERECHO DE SER INFORMADO.	41
1.6. EL CONCEPTO DE INculpADO.....	44
1.6.1. TERMINOLOGÍA.....	45
1.6.2. SUJETO ACTIVO DEL DELITO.....	45
1.7. EL ARTÍCULO 20 APARTADO A) FRACCIÓN IX CONSTITUCIONAL, COMO FUNDAMENTO DE LA GARANTÍA DE DEFENSA.....	46
1.7.1. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE DEFENSA.....	48
1.7.2. LA DEFENSA PENAL EN LA CONSTITUCIÓN.....	51
1.7.2.1. EL PRINCIPIO DE INOCENCIA.	51
1.7.2.2. IN DUBIO PRO REO.....	55
1.7.2.3. LA DEFENSA PENAL.....	55
1.7.2.4. DEFENSA MATERIAL.....	56
1.7.2.5. LA DEFENSA TÉCNICA.....	56
1.7.2.6. LA IMPUTACIÓN.....	58
1.7.2.7. LA IGUALDAD DE LAS PARTES.....	60
1.8. EL DERECHO DE TENER DEFENSOR.	61
1.8.1.- LA DEFENSA ADECUADA.	63
1.9. LA GARANTÍA DE DEFENSA DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	64
1.9.1. ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL.	64
1.9.2. LA DURACIÓN DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN AVERIGUACIÓN PREVIA.	66
1.9.3. TÉRMINO PARA LA INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA SIN DETENIDO.....	68
1.9.4. LA ACCIÓN PENAL.	72
1.10. IMPORTANCIA Y OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ PROCESAL EN AVERIGUACIÓN PREVIA.....	73
1.11. DERECHO DE DEFENSA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.	76
1.12.- EL DERECHO DE DEFENSA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES..	79
1.13. SISTEMAS PROCESALES.....	82

CAPITULO SEGUNDO

LA DEFENSA ADECUADA DEBE SER UN LICENCIADO EN DERECHO

2.1. DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DEL ABOGADO.....	87
2.2.- PRINCIPIOS DE LA DEFENSA.....	94
2.3.- REQUISITOS PARA SER LICENCIADO EN DERECHO.....	96
2.4.- LA ABOGACÍA, SUS PRINCIPALES COMPETIDORES.....	99
2.5. PROBLEMAS QUE ENFRENTA EL LICENCIADO EN DERECHO O ABOGADO.....	103
2.6.- OBLIGACIONES DEL DEFENSOR PARTICULAR Y DE OFICIO.....	104
2.6.1 OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES.....	104
2.6.2.- SOLICITAR SI PROCEDE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN DEL INculpADO EN CUALQUIER MOMENTO DEL PROCESO.....	105
2.6.2.1. CONCEPTO DE LIBERTAD.....	106
2.6.2.2. LIBERTAD COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL.....	109
2.6.2.3. LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.....	111
2.6.2.4 ARTICULO 20 APARTADO A) FRACCIÓN I CONSTITUCIONAL.....	112
2.6.2.4.1. LA FIANZA.....	118
2.7. DEBER DEL ABOGADO.....	121
2.7.1.- FASE INDAGATORIA.....	123
2.8.- FUNCIONES ESPECIFICAS DEL DEFENSOR PARTICULAR Y DE OFICIO.....	125
2.8.1.- AVERIGUACIÓN PREVIA.....	126
2.8.2.- DECLARACIÓN MINISTERIAL.....	126
2.9. PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LA FUNCIÓN DE LOS ABOGADOS.....	127

CAPITULO TERCERO**EL DERECHO DEL INculpADO DE NOMBRAR A UNA DEFENSA ADECUADA.**

3.1.- EL NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR.....	134
3.1.1.- DEFENSOR PUBLICO.....	138
3.1.1.1.- ACEPTACIÓN DEL CARGO CONFERIDO.....	142
3.1.2.- DEFENSOR PARTICULAR.....	144
3.1.2.1.- ACEPTACIÓN DEL CARGO CONFERIDO.....	145
3.2.- LA PERSONA DE CONFIANZA.....	146
3.2.1. PERSONA.....	146
3.2.2. CONFIANZA.....	147
3.3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE COLOMBIA.....	148
3.4. PORTUGAL.....	148

CAPITULO CUARTO.**DERECHO A LA DEFENSA Y ASISTENCIA DEL LICENCIADO EN DERECHO.**

4.1.- EN LA ACTUALIDAD YA NO ES FACTIBLE QUE EL INCULPADO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA SE LE ASISTA POR UNA PERSONA DE CONFIANZA.....	150
4.2.- CASOS PENALES EN DONDE SE ASIGNA AL INCULPADO A UNA PERSONA DE CONFIANZA Y DEFENSOR PARTICULAR O DE OFICIO.....	160
4.3.- DERECHO A LA DEFENSA Y ASISTENCIA DEL LICENCIADO EN DERECHO.....	161

CONCLUSIONES.....	169
PROPUESTAS PERSONALES.....	173
BIBLIOGRAFÍA.....	179
HEMEROGRAFIA.....	183
LEGISLACIÓN.....	184
FUENTES ELECTRÓNICAS.....	185
DICCIONARIOS JURÍDICOS Y DE LA LENGUA ESPAÑOLA.....	185
OTRAS FUENTES.....	187
TRATADOS, CONVENCIONES Y ACUERDOS INTERNACIONALES.....	188

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la norma fundamental del ordenamiento jurídico, por lo que todo sistema jurídico debe respetar y observar los derechos fundamentales, libertades humanas y garantías individuales que se contemplan en dicha Constitución.

Los derechos no sólo son derechos subjetivos públicos, sino de igual forma son principios básicos del ordenamiento constitucional.

Ahora bien, toda persona que se ve involucrada en algún evento delictivo, el Estado a través de sus representantes tienen la facultad de castigar dicha conducta, con el objeto de proteger los bienes jurídicamente tutelados y con ello lograr el bienestar social.

Por ende abordaremos en el primer capítulo la libertad y necesidad de defensa del inculpado, quien puede optar que la defensa la ejerza un tercero, y en caso contrario, se le debe de asignar a un defensor público. Para poder estar el inculpado en igualdad de circunstancias frente al Ministerio Público en la etapa de averiguación previa, ya que es la piedra fundamental para todo procedimiento, es decir el cimiento del inicio del procedimiento para culminar con una sentencia absolutoria o condenatoria.

Ante tal tesitura, la garantía de defensa se consagra en el apartado a) fracción IX del artículo 20 Constitucional, asimismo se corrobora con la ley secundaria en su artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Asimismo si en el derecho penal mexicano nos rige el principio de igualdad de las partes, y el inculpado al estar asistido de una persona de confianza en la etapa de la averiguación previa, se encuentra pues ante una desigualdad frente al poder punitivo del Estado, a través de su representantes, por eso es necesario que desde

el inicio del procedimiento se cuente con un licenciado en Derecho para que el inculpado tenga una defensa adecuada, pues quien cometa un delito debe de ser castigado por ello, y el objetivo es que el inculpado tenga una defensa adecuada, ya que la averiguación previa es la base o el cimiento de un procedimiento, si bien es cierto que no se podría hacer un miniproceso en esta etapa, también lo es que para el Juzgador en su momento de resolver un asunto de fondo, necesita argumentos, y el defensor quien defiende al inculpado, talento, es decir para él que el Juzgado emita una sentencia condenatoria o absolutoria.

En el segundo capítulo abordaremos que la defensa adecuada debe ser un licenciado en Derecho, en virtud de la formación profesional que se lleva en universidades particulares o de gobierno.

Atendiendo que en las universidades la carrera de licenciado es de 4 años y en algunas es de 5 años, y en algunas puede ser hasta de 3 años, empero, por lo adquirido dentro de estas instituciones los licenciados en Derecho son las personas capacitadas para defender a cualquier persona que se encuentre en algún problema de índole penal.

De acuerdo con los principios básicos del defensor, es oportuno señalar que se deben de respetar estos para una mejor defensa de las personas consideradas como indiciados en la averiguación previa.

Pues una vez que se termina una larga carrera, el paso siguiente es obtener el título profesional de acuerdo a las normas de cada institución, y posteriormente registrarlo ante la dependencia correspondiente y obtener una Cédula Profesional para ejercer la profesión de licenciado en Derecho.

Además el abogado o licenciado en Derecho tiene sus principales competidores como son los "coyotes" o pseudoabogados, y problemas de carácter

económico, por lo que no deben de ser obstáculo estos problemas, pues no debe de perder la ética profesional que se le marca como profesionista.

Ya que, el abogado o licenciado en Derecho deberá de vigilar la integración de la averiguación previa, estando presente cuando el indiciado rinda su declaración ministerial, así como ofrecer pruebas y solicitar su libertad provisional en caso de proceder, ya que lo más valioso en nuestro derecho mexicano es la libertad, bien jurídico de vital importancia para cualquier persona, y que está por encima de la vida humana.

En cuanto al capítulo tercero trataremos de explicar el derecho que tiene un inculpado a nombrar a una defensa adecuada, y si éste no quiere nombrar a algún licenciado en Derecho el Ministerio Público lo hará, por lo que una vez nombrado dicho profesionista, ya sea particular o de oficio, éste aceptará el cargo conferido para emprender su obligaciones.

Por otra parte en el capítulo cuarto, encontraremos algunos aspectos básicos de la importancia del licenciado en Derecho en la averiguación previa para cumplir con el derecho de Defensa adecuada del inculpado, pues no avocamos a la necesidad de una asistencia efectiva y material del defensor en el averiguación previa para poder cumplir con las exigencias que se requiere para una defensa adecuada para el inculpado.

En virtud de que en la actualidad yo no es factible que al inculpado le asista una persona de confianza, al momento rendir su declaración ministerial, dada las exigencias que en la actualidad se requieren para una mejor defensa adecuada del inculpado, es necesario que el inculpado le sea asistido desde la averiguación previa un licenciado en Derecho, con una especialidad en materia penal.

Por supuesto, proponemos una reforma constitucional, y por ende una reforma en la ley secundaria. para que desde el inicio las personas que se encuentran

involucradas en un proceso, cuenten con un abogado o licenciado en Derecho. Debiendo contar mínimo con una especialidad en materia penal, con el objeto de cumplir cabalmente con lo establecido en el apartado a) fracción IX del artículo 20 constitucional es decir, con la garantía de la defensa adecuada, ya que no solamente se necesita que sea un licenciado en Derecho, pues a veces son nombrados abogados laboristas, civilistas que hacen compleja una defensa adecuada.

Buscamos aquí una amplia visión, en la defensa del inculcado, pues debemos de comprender a fondo los fenómenos de la defensa adecuada que nos otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como lo establecido en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

CAPITULO PRIMERO

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL ESPECÍFICA DE DEFENSA ADECUADA EN FAVOR DEL INCULPADO EN LA FASE INDAGATORIA

1.1.- CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO DE DEFENSA.

El derecho de defensa como garantía del inculpaado emanada de nuestra Constitución, se debe de hacer valer ante el órgano ministerial.

El ilustre Francesco Carrara argumenta que "la palabra defensa representa dos ideas, entre las cuales media una grandísima diferencia. Expresa la idea simple de resguardo, si se interpone entre una cosa y los seres, animados o inanimados, que podrían dañarla. Así el hombre con sus ropas defiende su cuerpo del frío; con buenas cerraduras defiende su propiedad de los rapaces.

...Pero la palabra defensa expresa, además, una idea compleja. Cuando el hombre no la ejercita solamente sobre sí o sobre sus cosas, sino actuando sobre la persona de otro o sobre las cosas de otro, la defensa no representa ya la simple idea de resguardo, sino también la de repulsa.

Y esta acción ulterior, poniendo a la defensa en colisión con los derechos de aquél contra el cual se ejerce, no puede concederse ilimitadamente, porque de la justicia social solamente debe esperarse la regulación de los respectivos derechos de los hombres cuando eventualmente choquen entre ellos."¹

Una verdad actualmente que no se discute, por el cual los individuos pertenecientes a una sociedad, cuando cometen algún ilícito o se encuentran sujetos a una investigación, se restringe la libertad humana y por ende se disminuyen sus derechos.

¹ CARRARA Francesco, Derecho Penal, Volumen 1, Editorial Oxford, México, 2000, pp. 42-43.

El orden y la armonía son una ley eterna, que debe prevalecer en todo momento mientras el individuo no desaparezca de la faz de la tierra, independientemente de que los seres mismos que la soportan, los constriñe el orden y a la armonía continua e irresistible, cuyo objetivo es la convivencia social entre los individuos.

Mientras que de las relaciones entre los individuos no transgredan la esfera de cada uno de ellos, no habrá fuerza de repulsión contra el que realice un acto que se considere ilícito.

El jurista Jesús Zamora Pierce, señala al respecto que "El derecho de defenderse es aquel que tiene el procesado penal para oponerse a la acusación."²

Asimismo, el autor Eduardo Herrera Lasso y Gutiérrez opina que "La defensa es, por tanto, el derecho de probar contra la prueba, el derecho a demostrar que la autoridad probó errónea o insuficientemente. Es, en último término, actividad que versa sobre la perfección de las operaciones o la idoneidad de los medios de prueba. El medio menos idóneo o la operación menos perfecta proporcionados por el Ministerio Público o el juez, deberán ceder ante los mejores que la defensa aporte".³

Por su parte Luis-Alfredo De Diego dice al respecto "por lo que atañe al sujeto emisor de la declaración de voluntad (la defensa) y para que la conformidad surta los efectos que le son propios es imprescindible, según el texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la concurrencia de dos requisitos. En primer lugar se precisa que sea manifestada conjuntamente tanto por el imputado como por el abogado defensor (arts. 791.3.^o y 793.3.^o); y, en segundo término que, habiendo varios acusados, todos ellos declaren igual decisión de conformidad (arts. 655.IV. de aplicación supletoria en el procedimiento abreviado). De lo contrario, faltando

² ZAMORA PIERCE, Jesús, Garantías y Proceso Penal, Editorial Porrúa, México, 1987, p.159.

³ HERRERA LASSO y GUTIÉRREZ, Eduardo, Garantías Constitucionales en Materia Penal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979, p. 94.

cualquiera de los requisitos mencionados, el juicio continuaría por sus trámites como si no se hubiera producido conformidad alguna".⁴

En nuestra ley existen determinados derechos de defensa del inculpado debido a la gran importancia y en beneficio del mismo, entre los cuales se encuentra, el derecho a la defensa adecuada.

Por otra parte Casimiro A. Varela, opina que "La defensa penal que abarca un aspecto material y otro técnico responde a un interés individual primario y a uno público secundario, ya que también tiene interés la sociedad en que no sea condenado a un inocente".⁵

Ante tal tesitura, el derecho de defensa es el derecho público subjetivo emanado de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para poderle asistir a todo indiciado que se encuentre sujeto a una investigación ministerial, ya que se le atribuye un ilícito, en consecuencia el ejercicio de este derecho garantiza al indiciado la asistencia de un abogado defensor, para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva del Ministerio Público, representante de la sociedad, y con ello sea sometido a un procedimiento con reglas objetivas que nos lleven a descubrir la verdad, partiendo del principio de inocencia.

Por lo que a través de la defensa se va aprobar en su momento que el Ministerio Público en su caso probó erróneamente.

⁴ DE DIEGO DIEZ Luis-Alfredo, La conformidad del Acusado, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 316.

⁵ VARELA, A. Casimiro, Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires-Argentina, p.241.

1.2.- EL CONCEPTO DE GARANTÍA.

Cabe señalar que el maestro Ignacio Burgoa Orihuela establece que la palabra garantía "se encuentra en el término anglosajón *Warrantie*, asegurar, proteger, defender o salvaguardar".⁶

Podemos decir entonces que este término protege contra algún riesgo que pueda afectar el interés del gobernado, y como el indiciado se encuentra sujeto a investigación se le debe de respetar dichas garantías.

Es dable señalar que también la estabilidad, como la imparcialidad, necesitan de un marco adecuado de garantías que le permitan a la autoridad ministerial ejercer sus funciones con objetividad posible.

Por lo que el representante social debe de actuar de manera correcta para no vulnerar las garantías del indiciado, si bien es cierto la función de dicha autoridad es proteger los bienes jurídicamente tutelados, también lo es que debe de realizar sus funciones con apego a la normatividad procesal establecida previamente.

1.2.1. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

El jurista César Augusto Osorio y Nieto determina que: "Las garantías constitucionales son las instituciones y condiciones establecidas en la Constitución de un Estado a través de las cuales, el mismo, asegura a los individuos el uso pacífico y el respeto a los derechos que la propia Constitución prevee. Son derechos subjetivos públicos irrenunciables contenidos en la Constitución; los primeros veintiocho artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos instituyen tales derechos que comprenden, precisamente, las garantías constitucionales o garantías individuales".⁷

⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Editorial Porrúa, México, 1994, p. 161.

⁷ OSORIO Y NIETO, César Augusto, *La Aveniguación Previa*, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 35.

Los autores Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara definen a las garantías como: "Las garantías constitucionales son Instituciones y procedimientos mediante las cuales la Constitución Política de un Estado asegura a los ciudadanos el disfrute pacífico y el respeto a los derechos que en ella se encuentran consagrados".⁸

En base a lo anterior podemos establecer que las garantías individuales son las que establecen el derecho de hacer o no hacer, otorgando al Estado la protección a dichas garantías constitucionales, para que el individuo disfrute de los derechos mínimos otorgados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por el sólo hecho de pertenecer a una sociedad, por lo que se considera como instrumento que limita la función de las autoridades para que no vayan más allá de lo permitido por la ley.

De lo que se colige que le compete al Estado otorgar a través de instituciones y procedimientos los mas mínimos derechos y cuya protección deberá de hacerlo a través del sistema legal correspondiente, para que esas garantías sean respetadas, y cuando se vea involucrado un indiciado, deberán de observarse sus derechos con estricto apego a la ley, ya que si no se hace se podría afectar dichos derechos por actos injustos de la autoridad.

En virtud de que el valor de la dignidad humana no se puede menospreciar por la Representación Social por tratarse de un inculpado, toda vez que si una persona ingresa a prisión por no tener una adecuada defensa, ya que incluso podría ubicarse por encima de la propia vida y de otros valores jurídicos, pues se busca, la protección y respeto de los derechos de cualquier indiciado.

⁸ DE PINA, Rafael, y DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México, 1993, p. 299.

1.2.2. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Las garantías constitucionales están encaminadas dentro de la averiguación previa, a otorgar seguridad jurídica para todos los ciudadanos sin excepción alguna, y en un caso particular de aquellas personas que se ven involucradas en algún hecho considerado como ilícito, al establecerlas con mayor claridad desde el inicio del procedimiento del orden penal hasta la conclusión de éste, con el objeto de no afectar uno de los derechos fundamentales del inculpado, que en este caso es la libertad, por tal motivo se requiere de garantías que aseguren el respeto de los derechos de las personas involucradas en la averiguación previa.

Podemos emitir entonces la necesidad de que en la fase indagatoria se lleve a cabo con el absoluto apego a derecho y no se vulnere los derechos fundamentales del inculpado, toda vez que es un ser humano., y deberá ser tratado como cualquier persona.

En lo concerniente tenemos al respeto la jurisprudencia que dice:

“DEFENSA, GARANTÍA DE. La obligación impuesta a la autoridad de instancia por la fracción IX del artículo 20 constitucional, surte efectos a partir de que el indiciado es puesto a disposición de la autoridad judicial, y ésta al recibir la declaración preparatoria del presunto responsable tiene la obligación ineludible de designarle defensor si es que aquél no lo ha hecho; mas la facultad de asistirse de defensor a partir de la detención del acusado, concierne única y exclusivamente a éste, por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fue detenido, esa omisión es imputable al propio acusado y no al juez instructor. Séptima Época: Amparo directo 4942/71, Elia Payón Alcalá. 17 de marzo de 1972. Cinco votos. Amparo directo 5925/71, Julio Carbajal Reséndiz. 26 de julio de 1972. Unanimidad de cuatro votos, Amparo directo. 5934/73, Víctor Manuel Santiago Rodríguez y otro. 26 de julio de 1974. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 1194/74, Francisco Hernández Ruiz, 30 de agosto de 1974. Cinco votos. Amparo directo 5770/74, Ignacio García

Coronado. 9 de abril de 1975. Cinco votos. Séptima Época Instancia: Primera Sala
Fuente: Apéndice de 1995. Tomo: Tomo II, Parte HO. Tesis: 852. Página: 547."

Asimismo la siguiente tesis jurisprudencial señala que:

"AVERIGUACIÓN PREVIA. LA GARANTÍA QUE CONTIENE LA FRACCIÓN VII DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL OPERA TAMBIÉN EN FAVOR DEL INDICIADO. En virtud de la reforma al artículo 20 de la Constitución General de la República, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, se le adicionó un penúltimo párrafo en el que, entre otras cosas, establece que la garantía prevista en la fracción VII, relativa al derecho que tiene el inculpado en todo proceso del orden penal de que le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso, también será observada durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; esto es, con esa referencia el legislador hizo extensivas a los indiciados, sin distinguir si se encuentran o no detenidos, las garantías y derechos fundamentales que en el proceso tiene el inculpado. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO. Amparo en revisión 302/98. Martín Arzola Ortega. 12 de noviembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Rodríguez Olmedo. Secretaria: Emilia Hortensia Algaba Jacquez. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VIII, Diciembre de 1998. Tesis: III.2o.A.40 A. Página: 1021."

1.3. EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL.

En el presente apartado analizaremos los principios constitucionales en materia procesal penal que tengan relación con nuestro trabajo de investigación, asimismo todos y cada una de las garantías individuales que la propia Constitución establece para regir los procedimientos y derechos de los inculpados considerados probablemente como responsables en la comisión de un ilícito.

El jurista Ignacio Burgoa Orihuela afirma que las garantías de seguridad jurídica consisten en "el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos".⁹

Por lo tanto, de esta forma al gobernado se le otorga protección por medio del ordenamiento jurídico en materia de seguridad jurídica, cuando se le pretende privar de su libertad por un acto de autoridad, la ley otorga el derecho de ser oído en defensa.

Es decir las garantías de seguridad jurídica como lo establece la doctrina, son aquellas, por medio de las cuales se determina un conjunto de requisitos que tiene que satisfacer la autoridad administrativa, cubriendo las condiciones y elementos que exige la ley para que sus actos realizados sean válidos y no vulneren el bien jurídico tutelado por la norma.

En relación con lo anterior encontramos que toda persona humana goza de seguridad frente a la actividad del Estado, así pues tenemos que el artículo 14 Constitucional otorga garantías en materia de seguridad jurídica; en efecto analizaremos únicamente para el presente trabajo de investigación el segundo párrafo de dicho ordenamiento jurídico.

Este precepto constitucional contiene diferentes tipos de garantías en favor del gobernado, en general para todo integrante del núcleo de la sociedad, por lo que nos abocaremos únicamente a la garantía especial de seguridad jurídica de audiencia.

En consecuencia textualmente el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional establece que:

⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Op.cit.*, p. 504

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

Se observa entonces que en este precepto constitucional se otorga la garantía especial de seguridad jurídica de audiencia, esto quiere decir en términos generales que, para que se dé el acto de privación será mediante juicio seguido ante los tribunales judiciales correspondientes al caso concreto de que se trate. Considerando que el acto de privación deberá ser conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

La garantía de audiencia se consigna en el párrafo segundo del artículo 14º Constitucional, debido a que es importante para la defensa del inculpado frente a los actos del Ministerio Público que pretenden privarlo de sus derechos, que en este caso es la libertad personal.

La garantía de audiencia se integra por medio de cuatro garantías específicas de seguridad jurídica consistentes en:

- 1.- El juicio previo al acto de privación.
- 2.- Dicho juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos.
- 3.- En dicho juicio se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.
- 4.- Se lleve conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Tenemos entonces que el indiciado tiene el derecho de alegar y poder probar lo que crea conveniente para defenderse de sus intereses.

Al respecto tenemos la siguiente tesis jurisprudencial que indica lo siguiente:

"GARANTÍAS INDIVIDUALES. NO SON DERECHOS SUSTANTIVOS, SINO QUE CONSTITUYEN EL INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL PARA SALVAGUARDAR ESTOS. Las garantías individuales que se encuentran consagradas en los artículos 14 y 16 constitucionales, como lo son la del debido proceso y la de fundamentación y motivación en todo acto de autoridad, como su nombre lo indica, garantizan la aplicación de la ley en cuanto a los procedimientos seguidos ante tribunales, con el objeto de proteger la integridad física, la libertad y los bienes, siendo éstos, los derechos fundamentales del gobernado, entre otros; es decir, las garantías individuales, no son derechos sustantivos, sino que constituyen el instrumento constitucional establecido por la propia Norma Fundamental del país, para salvaguardar tales derechos. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Improcedencia 1986/96. Irasema Guzmán Mendoza. 26 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique R. García Vasco. Secretario: Ramón Arturo Escobedo Ramírez. Improcedencia 1960/96. Materiales Deschamps, S.A. de C.V. y otros. 26 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique R. García Vasco. Secretario: Ramón Arturo Escobedo Ramírez. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: IV, Octubre de 1996. Tesis: I.6o.C.28 K. Página: 547."

1.3.1. ACTO DE PRIVACIÓN.

El maestro universitario Ignacio Burgoa Orihuela manifiesta que: "La privación es la consecuencia o el resultado de una acto de autoridad y se traduce o puede consistir en una merma o menoscabo (disminución) de la esfera jurídica del gobernado, determinados por el egreso de algún bien, material o inmaterial (derecho), constitutivo de la misma (desposesión o despojo), así como en la impedición para ejercer un derecho."¹⁰

¹⁰ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Op.Cit., p. 538.

En virtud de lo anterior podemos decir que el acto de privación, que realiza el Ministerio Público es una disminución de privar de la libertad deambulatoria del inculcado, toda vez que se ha transgredido un bien jurídico tutelado por la norma penal.

Y como consecuencia de ello, toda persona involucrada en un procedimiento penal hará valer la garantía de audiencia, y en cuanto a la libertad personal se preserva a través de ésta.

1.3.2. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.

Nos dice el tratadista Casimiro A. Varela que "el principio de contradicción, bilateralidad o controversia, de raigambre constitucional, cumple su propósito con el aseguramiento de la inviolabilidad de la defensa en juicio a través de la posibilidad de ser oído antes del dictado de un pronunciamiento judicial que pudiese directamente afectarlo.

Sostiene Maier que la base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación, agregando todas las indicaciones que sean pertinentes para evitar las consecuencias jurídicas posibles, inhibiendo la persecución penal, o aminorarlas en su caso".¹¹

Se advierte que el principio de contradicción, se encuentra plasmado en el artículo 14 constitucional, que inspira al proceso. En un Estado de derecho respetuoso de los derechos del hombre, todo proceso judicial ha de ser necesariamente cognoscitivo, lo que equivale que la legitimidad de una sentencia depende de la construcción de la verdad procesal, y esto debe de hacerse ante el

¹¹ VARELA, A. Casimiro, Op.cit. p. 175.

juez, de acuerdo a las pruebas aportadas por las partes, y por ende debe ser desde la integración de la averiguación previa.

Podemos establecer que entre el Ministerio Público y la persona de confianza, ésta última nombrada por el inculpado, quien deberá asistir al indiciado al momento de estar en la etapa de integración de la averiguación previa, hay un desequilibrio entre las partes inherentes a un procedimiento, vulnerando con ello la defensa adecuada.

Con este principio se organiza el proceso cuyo objetivo es que se respete el derecho de defensa.

Ante tal tesitura el principio de contradicción debe de entenderse como un mandato dirigido al legislador, para regular de que se respete el derecho de defensa.

En consecuencia el derecho a la defensa a través del principio de contradicción, en la fase indagatoria, se debe de dar en la igualdad entre imputación y defensa, para crear un juicio equitativo, y con ello dar el paso a la igualdad como valor supremo, establecido por el artículo 1° de nuestra Constitución.

En este derecho de contradicción, en todo proceso debe de respetarse el derecho de defensa como parte contendiente, mediante la oportunidad de alegar y justificar el reconocimiento de sus derechos e intereses, para no frustrar el derecho de defensa o que se vulneren otros derechos fundamentales.

Ya que en nuestro derecho es difícil entablar una igualdad de condiciones jurídicas entre el indiciado y el Ministerio Público en el comienzo del procedimiento, camino largo o corto según sea el caso, y por ser probable responsable, la ventaja del Ministerio Público, como recoger los vestigios de delitos o indicios de responsabilidad del indiciado.

1.3.3. LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

De acuerdo al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

“En los estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

Estableciendo dicho artículo la garantía individual o derecho absoluto de “igualdad”, por lo que todo individuo que se encuentre en el territorio nacional gozará de las garantías individuales que otorga la Constitución.

Por lo que dicha garantía de igualdad, jurídicamente se concibe como la ausencia de diferencias, y por ende desde el punto de vista práctico es la ausencia de distinciones entre sujetos.

La igualdad ante la ley, se concreta en el tratamiento que el Estado da, a través de sus representantes a los individuos, actuando como poder administrador.

Dicha garantía se entrelaza con el principio de contradicción.

Al margen de que este principio se desprende de la Constitución, que viene a garantizar la inviolabilidad de la defensa en un juicio de una persona física y de los derechos públicos subjetivos, siendo inseparable de la administración de justicia.

La igualdad de trato por parte de la autoridad ministerial debe adecuarse a las particulares circunstancias de las situaciones en su condición de administrador del procedimiento, es decir el Ministerio Público integra la averiguación previa correspondiente cuando se ha cometido algún ilícito por una persona, pues el 90% de las averiguaciones son consignadas ante el Órgano Jurisdiccional

correspondiente a efecto de que éste resuelva, si se ha cometido un ilícito o no, no obstante lo anterior dicha autoridad no puede efectuar discriminaciones perjudiciales al respecto.

Atendiendo al principio de contradicción, requiere que la ley procesal le acuerde una razonable oportunidad al indiciado para ser oído y de aportar las pruebas que considere pertinente para lograr el respeto mínimo a sus derechos.

Dicho principio resultaría afectado cuando las partes no hagan valer por omisión los medios de defensa, así como de los medios de pruebas o los recursos que pudieran utilizar durante el proceso.

De ahí la importancia de que el Ministerio Público mantenga un margen de derecho y respeto a dichos derechos, para que en su momento el Juez determine lo que realmente proceda.

Señala el investigador Fernando Tocora al respecto que: "el principio de igualdad está relacionado con el concepto de justicia, y ambos, a su vez, con el de equidad, en el viejo sentido de los romanos: "dar a cada quien lo suyo, entendiendo "lo suyo" con un contenido de "necesidad... Un trato igual a lo diferente implica injusticia, lo mismo que un trato desigual a lo igual. En el derecho, quien no tiene, por ejemplo, la posibilidad de pagarse un abogado, debe ser asistido por el Estado o por la sociedad; allí, la institución del defensor de oficio o del defensor público encuentra un fundamento; lamentablemente, en la práctica han terminado legitimando, más bien, parodias de justicia, antes que prestar sus oficios a los fines determinados".¹²

La igualdad debe de partir de la comprobación de la desigualdad, para aplicar el criterio de "equidad" o "proporcionalidad", atendiendo a las diversas condiciones de los sujetos, y en este caso en específico con el carácter de indiciado.

¹² TOCORA, Fernando, Principios Penales Sustantivos, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2002, pp. 115-116.

Aquí las partes que intervienen en un proceso penal, son el Ministerio Público y la defensa, deben de tener los mismos derechos procesales, como la práctica de la prueba.

1.3.4. EL PROCESO LEGAL PREVIO.

La *nulla poena sine processu* tiene su base en la Constitución, toda vez que de aquí se deriva el procedimiento previo a la sentencia, en donde se aportarán los datos necesarios conducentes para emitir el fallo respectivo ajustada a derecho, atinente a los elementos que constituyen la base que le va dar sustento.

Tenemos pues, que el juicio previo que se consagra en la constitución mexicana, es una garantía procesal, compuesta por diferentes elementos que se deben de observar en proceso antes del dictado de la sentencia.

De ahí la importancia de la defensa que se tiene que hacer respecto a la responsabilidad penal de un indiciado, para aportar los elementos de prueba idónea con el fin de desvirtuar los elementos que obran en contra de un indiciado, por lo que no se debe de soslayar dicho derecho al integrar la averiguación previa.

Debiendo tener presente los pasos fundamentales que se deben de cumplir durante el procedimiento, y no incurrir en la inviolabilidad de la defensa en la integración del procedimiento, y la protección jurídica del tratamiento del indiciado como inocente.

En este orden de ideas el Catedrático de Derecho Procesal Faustino Cordón Moreno señala al respecto "el proceso es el instrumento de que sirve la jurisdicción para realizar su específica actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La realización de la actividad jurisdiccional del Estado, fin objetivo y trascendente de todo proceso, es como veíamos, común a los diversos tipos de procesos que existen. Divergen, sin embargo, en su estructura y contenido, ya que en cada uno de ellos

aquella actividad se concreta de diversa manera, en función de la naturaleza de la norma jurídica que en cada caso se actúa".¹³

1.3.5. PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA.

La observancia de este principio es tal que puede evidenciar la legitimidad del derecho como institución de control social.

De esta manera en la confrontación de los intereses y derechos, se deben de ofrecer garantías de igualdad y oportunidad a las partes involucradas en la defensa de esos intereses.

Indicando el jurista Fernando Tocora, que "el debido proceso" como se ha expresado antes, viene a ser la expresión del principio de legalidad dentro del dominio del derecho procesal".¹⁴

La exacta aplicación de las formas propias del juicio, es el respeto del procedimiento legal, para engarzarla con las garantías constitucionales, y con los derechos fundamentales; ya que el derecho de defensa está relacionado con el debido proceso, en virtud de que se tiene que resguardar las garantías de la defensa en el debido proceso.

La inobservancia de las formas sustantivas relativas a la defensa, se debe al no ser oído en el procedimiento, asimismo el impedir la actuación del indiciado en alguna etapa procesal.

La garantía de la defensa en el debido proceso no culmina con la posibilidad de actuar, ya que es necesario que el Estado a través de sus representantes, y en este caso el Ministerio Público, establezca los medios necesarios para que el inicio del procedimiento se lleve a cabo con los lineamientos establecidos previamente en

¹³ CORDON MORENO, Faustino. Las garantías constitucionales del proceso penal, Segunda Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2002, p.33.

¹⁴ TOCORA, Fernando, Op.cit., p. 191.

la ley, y se desarrolle en condiciones entre quien ejerce el ejercicio de la acción penal y formula la interpretación, y por ende quien debe soportar la misma mediante una efectiva intervención del defensor.

El proceso como institución satisface un interés público, es decir es el medio por el cual se le va castigar a una persona con una pena de prisión por haber cometido algún ilícito penal, o absolviendo a una persona de algún ilícito que obra en su contra.

Pero también dentro del texto constitucional de los principios fundamentales del derecho procesal constituye una necesidad para salvaguardar los derechos de la persona humana y la vigencia de las garantías.

1.3.6. EL DERECHO A SER OÍDO.

El derecho de defensa requiere que el indiciado tenga la oportunidad de ser oído y de hacer valer sus derechos, y con ello poner en conocimiento del Representante Social las razones que le asistan, debiendo aportar los elementos probatorios que se encuentren a su alcance para acreditar en su momento su dicho y esta será de forma que convenga sus intereses, haciendo uso del derecho de defensa.

En materia penal tanto el defensor como el inculcado ejercen la defensa penal, por lo que en primer lugar es de carácter técnico, respondiendo a un principio de derecho público, y por otra parte la sociedad, es quien establece la necesidad de que el indiciado sea asistido por un licenciado en Derecho. Por otra parte, el indiciado es quien puede o no conformarse con la pretensión que se le hace por la parte acusadora.

Se requiere que el licenciado en Derecho sea oído y se le de la oportunidad de hacer valer los derechos en el momento procesal oportuno de acuerdo a lo establecido por la ley procesal aplicable.

No debemos de entender como una mera expresión semántica con la cual se agotaría el derecho de defensa, la frase: "El ser oído", sino que se tomen en cuenta las leyes procesales que contemplan los medios necesarios, para que lo que se alegue, se pueda traducir en consecuencias prácticas que permitan el ejercicio del derecho en plenitud.

1.4. EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.

Consideramos que el respeto a los derechos humanos, implica la protección a todas las personas, como se ha establecido en diversos documentos e informes, lo ha reconocido por una parte la Comisión Interamericana de Derechos, por tanto la garantía de la libertad física es la más importante para el inculcado que se encuentra sujeto a investigación, ya que la libertad se encuentra jurídicamente protegida por nuestra Constitución, en virtud de que sólo puede ser restringida en los casos establecidos por la ley.

Por lo que la restricción se debe de dar bajo las formalidades y procedimientos previamente establecidos por la ley.

Nuestra Constitución ha recogido algunos principios desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 9º establece que:

"Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado".¹⁵

¹⁵ BURGOA ORIGÜELA, Ignacio, Op.Cit., p.752.

En el primer párrafo del artículo antes citado consideramos que es una introducción obligatoria al debido proceso, de acuerdo con los derechos consagrados en el mismo; en éste precepto se dispone que existe una condición impuesta por las últimas reformas que se le han hecho a la ley adjetiva, por lo que establece los requisitos generales (mandamiento por escrito, autoridad competente, fundamentación y motivación), y que deben reunir todos los actos de autoridad que impliquen una molestia para los gobernados; subsecuentemente los párrafos prevén, además, los requisitos específicos que deben cumplir determinados actos de autoridad.

El maestro Ignacio Burgoa establece por lo que hace a la primera parte del artículo 16 constitucional que: "la garantía de legalidad que se consigna en este precepto constitucional, pone a la persona a salvo de todo acto de mera afectación a su esfera de derecho que no sólo sea arbitrario; cuyo orden jurídico total, desde la Ley Suprema hasta el más minucioso reglamento administrativo, registra su más eficaz tutela en las disposiciones implicadas en dicho precepto".¹⁶

En un Estado democrático respetuoso de los derechos humanos, como acontece en el nuestro, debe proteger la libertad física de todos los gobernados y restringirla únicamente en los casos establecidos, previa y limitativamente como se señala en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debiendo reunir todas las formalidades y requisitos que ésta misma establece.

Del análisis de este precepto constitucional, podemos establecer que la esfera jurídica que protege al indiciado, en efecto lo hace sobre cualquier acto de simple molestia que realice el Estado a través de sus representantes, y en la investigación que se realiza, específicamente el Ministerio Público, de cualquier forma cuando afecte los bienes jurídicamente tutelados (en la persona, la familia, el domicilio, los papeles; se refiere al caso concreto, a los documentos en donde consten actos jurídicos, posesiones etc.).

¹⁶ Ibid, p. 589.

Para efectos de nuestra investigación, nos centraremos en los actos de privación de la libertad por causa penal (la orden de aprehensión, la detención en los casos de flagrancia, urgencia, la detención por orden del Ministerio Público y la orden judicial de cateo).

1.4.1. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD.

Siendo la intervención penal la más drástica de todos los ordenamientos jurídicos, afectando en principio, la libertad personal, su aplicación debe de encontrarse rodeado de las más cuidadosas garantías.

Nos dice el autor Fernando Tocora, que: "el principio de legalidad revela todo un tópico de conocimientos, porque si el ciudadano no puede conocer la ley, aunque esta exista y sea incluso, auténtica, clara y precisa, será difícil reprocharle que no se haya adecuado a ella",¹⁷

Siendo así que el principio de legalidad no implica exclusivamente la pre-existencia de la ley. Por el contrario, la ley debe ser auténtica, cierta y precisa.

Es importante señalar que la garantía de legalidad esta compuesta por dos elementos la **fundamentación y motivación**.

Desde luego se debe observar un elemento importante que es la fundamentación, ya que es obligatorio invocar los preceptos legales aplicables a un caso concreto. Por otra parte, la motivación, es considerada como el razonamiento por medio del cual el caso concreto se adecua a la previsión de la ley.

¹⁷ TOCORA, Fernando, Op.cit., p. 98.

1.4.1.1. CONCEPTO DE FUNDAMENTACIÓN.

El jurista César Augusto Osorio determina que: "Fundamentar es invocar con toda precisión y exactitud el derecho aplicable al caso concreto... La fundamentación debe ser precisa, esto es mencionar claramente el ordenamiento que se invoque, el precepto o preceptos en que se apoye el acto, señalando detalladamente número, fracción, inciso, hipótesis o supuesto normativo, los preceptos aplicables deben ser exactamente ajustables al caso concreto, encontrarse en coincidencia con la situación planteada".¹⁸

EL maestro Ignacio Burgoa Orihuela nos dice que: "la fundamentación, debe basarse en una disposición normativa general, es decir, que ésta prevea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice."¹⁹

Partiendo de lo antes precisado, podemos establecer que: Fundar consiste en citar de forma correcta y precisa el precepto legal aplicable al caso concreto para un mejor desenvolvimiento de la actuación de la autoridad, es decir, la autoridad sólo puede hacer lo que este permitido por la ley.

1.4.1.2. CONCEPTO DE MOTIVACIÓN.

El investigador César Augusto Osorio y Nieto considera que: "Motivar es exponer con claridad los argumentos lógicos que permiten adecuar la conducta o hechos a las normas jurídicas invocadas.

En la motivación deben señalarse los hechos, las pruebas que los demuestran, el enlace lógico que adecuó aquellos a las normas abstractas y la conclusión que implica la mencionada adecuación.

¹⁸ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, Op.cit., pp. 36, 37.

¹⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Op.cit., p. 602.

La motivación es un razonamiento en el cual se contienen las consideraciones que permiten concluir que una conducta o hecho se enmarca, coincide con la norma jurídica".²⁰

Al respecto el maestro Ignacio Burgoa Orihuela nos señala que: "El concepto de motivación empleado en el artículo 16 constitucional indica que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley."²¹

En cuanto a la motivación, se precisa que en el caso concreto se ajuste exactamente a la ley aplicable. Es decir, debe de existir un encuadramiento al marco general establecido por un precepto legal que va a regir el acto; como resultado de la fundamentación y motivación se resume en cuatro puntos: la norma de derecho, los hechos, un razonamiento lógico y por último, la conclusión.

Por lo que respecta a la Representación Social es importante que exponga, cuales son aquellos hechos que hacen aplicable ó inaplicable la previsión de un delito y las formalidades del procedimiento, del igual forma su pedimento, así como la valoración de las pruebas aportadas por la misma, por medio del cual deben plantear o decidir si una persona esta sujeto a investigación y como consecuencia si hay o no el ejercicio de la acción penal.

Por lo que dicho artículo dispone que las órdenes de aprehensión únicamente emanan de las autoridades judiciales, por lo que los jueces tienen la facultad de dictar resoluciones cuyo efecto sea privar la libertad de una persona, pero más adelante enunciaremos las excepciones a esta regla general.

Al respecto el tratadista Luigi Ferrajoli apunta que: "...Por razones diversas pero convergentes, la verdad del juicio y la libertad del inocente, que constituyen las

²⁰ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, Op.cit., p. 37.

²¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Op.cit., p. 604.

dos fuentes de legitimidad de la jurisdicción penal, requieren órganos terceros e independientes de cualquier interés o poder: **la verdad**, por el carácter necesariamente libre y desinteresado de la investigación de lo verdadero; las **libertades** –de la libertad personal a la de pensamiento, de los derechos de defensa a las libertades políticas-, porque equivalen a otros tantos derechos de los particulares frente el poder y los intereses de la mayoría...”²²

En consecuencia la verdad, es necesariamente libre y desinteresado de la investigación, que a través del procedimiento se obtendrá, de esta forma se busca que la jurisdicción resuelva de forma imparcial.

Y con ello las libertades, porque constituyen una serie de derechos de los particulares frente al poder del Estado y los intereses de la sociedad, no sin antes el Ministerio Público deben acreditar dos elementos, que son: el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

1.4.2. CASOS DE FLAGRANCIA.

El cuarto párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece a la flagrancia: “En los casos de delito flagrante cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público”.

Por lo anteriormente establecido podemos considerar lo siguiente, se permite a cualquier particular a aprehender sin ninguna orden judicial, a toda persona sorprendida en el momento mismo de cometer un ilícito penal, con el único propósito de ponerlo sin demora a disposición de la autoridad inmediata, que en el presente estudio es el Ministerio Público, para que ésta haga de su conocimiento los motivos y circunstancias por el cual fue detenido.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Cuarta Edición, Madrid, España, 2000. p 544.

Asimismo, en el artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, indica que: "Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito".

De esta forma dicho precepto regula de igual forma lo estipulado por el artículo 16 constitucional, es decir, existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estar cometiéndolo, o de igual forma cuando es perseguido inmediatamente después de haber ejecutado el delito.

La flagrancia equiparada se configura cuando la persona es señalada como responsable por la víctima o por algún testigo que presencié los hechos y quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; asimismo cuando se encuentre en su poder toda clase de objetos o productos del delito, o bien aparezcan huellas; siempre y cuando se trate de un delito grave como lo establece la propia ley, además que no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas, desde el momento de la comisión de los hechos ilícitos, si hubiese iniciado la averiguación previa correspondiente y que no se haya interrumpido la persecución del delito.

Ante tal tesitura se debe iniciar la averiguación previa cuando se ponga a disposición al inculpado, por lo que el Ministerio Público debe decretar la retención del indiciado si se cumple con los requisitos de procedibilidad y el delito es sancionado con pena privativa de libertad, de igual manera se ordenará la libertad del inculpado, cuando la sanción no sea privativa de libertad, o bien alternativa.

En la práctica puede haber riesgos de todo tipo como llegar a causar perjuicios a seres inocentes, por lo que en el artículo antes citado se prevé quien decrete la indebida retención se hará responsable penalmente y el inculpado deberá ser puesto inmediatamente en libertad.

De esta forma se debe de intentar una mejor protección de los derechos del inculpado y por otra parte una adecuada aplicación de las facultades investigadoras del Ministerio Público. Derivándose que el detenido en caso de flagrancia, será entregado sin demora a esa autoridad, no pasando por alto que existe un límite de tiempo preciso para la privación de su libertad. Otorgando la ley un plazo al Ministerio Público para integrar los elementos del cuerpo del delito y acreditar la probable responsabilidad mediante el cual se ejercerá la acción penal si procede, y en caso de no proceder, podrá decretar el no ejercicio de la acción penal o que el expediente se deje en reserva al no contar con los elementos suficientes para poder ejercer la acción penal ante el Órgano Jurisdiccional correspondiente.

1.4.3. LA DETENCIÓN EN LOS CASOS URGENTES.

Del párrafo quinto del artículo 16 constitucional se desprende lo siguiente: "Sólo en casos urgentes, cuando se trata de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el inculcado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante 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".

Luego entonces, el Ministerio Público se va a ocupar de los casos señalados como urgentes, junto con los delitos flagrantes que, son considerados como excepciones a la regla general, por que nadie puede ser aprehendido sin un mandato judicial como lo determina la ley.

Asimismo como lo determina el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que a la letra reza: "Habrà caso urgente cuando concurren las siguientes circunstancias:

- I. Se trate de delito grave así calificado por la ley;

II. Exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y

III. El Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

Existirá el riesgo fundado a que se refiere la fracción II anterior, en atención a las circunstancias personales del inculpado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho o, en general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia.

El Ministerio Público ordenará la detención en caso urgente, por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en las fracciones anteriores,

Salvo que el individuo se encuentre en presencia del Ministerio Público, las demás detenciones serán ejecutadas por la policía judicial, la que deberá sin dilación alguna, poner al detenido a disposición del Ministerio Público..."

Debemos entender, según ya indicamos para efectos del desarrollo del presente trabajo, que también se podrá detener a una persona en la averiguación previa tratándose de caso urgente, si se presentan las siguientes circunstancias:

- a). Cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley.

El delito grave es aquel que rebasa el término medio aritmético de 5 años, siendo el primer requisito que condiciona la detención en el caso urgente.

b). La existencia de un riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.

En efecto, la Representación Social debe establecer en que momento el inculpado puede evadirse, debiendo poner especial atención de acuerdo a las circunstancias personales del inculpado, tomando en cuenta sus antecedentes penales, de igual forma puede ser cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia; para determinar que dicha urgencia quede debidamente establecida en la averiguación previa, apoyándose a través de las pruebas idóneas que tenga a la vista y promover las diligencias necesarias para reunir todas aquellas con el fin de comprobar el delito cometido.

Habida cuenta que entonces la Representación Social efectivamente llegue a la conclusión que existe un riesgo de que el indiciado se pueda evadir, por lo que dicha resolución será fundada apoyándose en motivos, pruebas, elementos y dispositivos legales suficientes, debido a que la apreciación que haga el Ministerio Público a efecto de determinar las circunstancias de las causas concretas en que se pueda dar esta figura del riesgo fundado, fundando y motivando esta circunstancia.

c). Siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia.

Otro punto importante para hacer efectiva la imposibilidad de acudir ante la autoridad judicial, del mismo modo limita cualquier desvío del órgano ministerial, al llevar acabo la detención de un probable responsable, por estar ante la presencia de la figura de la urgencia.

En verdad el Ministerio Público, tendrá que impedir una evasión, mientras no se ha integrado la averiguación previa. En virtud de que esta Representación Social actuará ante la imposibilidad de ocurrir a la autoridad judicial, no por razón de la hora, por razón del lugar, y por razón de la circunstancia. Dicha circunstancia

consiste en el hecho de no contar con los elementos suficientes para ejercer la acción penal, por tal motivo no se puede hacer nada ante el juez debido a que no se ha concluido con la respectiva averiguación previa.

d). La detención será ordenada por el Ministerio Público bajo su responsabilidad.

Pero es evidente que el Ministerio Público tiene facultades para ordenar la detención en caso urgente, del probable responsable durante la averiguación previa, con el auxilio de la policía judicial.

e). El Ministerio Público ordenará por escrito la detención del probable responsable deberá fundar y expresar los indicios que motiven su proceder.

La intervención de la representación social es muy importante, se va a reflejar en el momento de fundar y motivar la causa legal de la detención, asimismo la forma de proceder e incluir todo lo relacionado a la averiguación, de esta forma acreditará su actuación para no violentar los derechos del inculpado en la fase de investigación.

1.4.4. DELITOS GRAVES.

Los delitos graves de acuerdo con la doctrina en el derecho mexicano son aquellos que por sus efectos o dada la naturaleza de éstos, alteran seriamente a la tranquilidad y paz pública e implican un riesgo para la sociedad, afectando de manera importante los valores fundamentales de la sociedad; es decir cuando se comete un delito flagrante, es un hecho delictivo cometido públicamente y el probable responsable fue visto por una o varias personas, por lo que con posterioridad serán testigos en el procedimiento, asimismo van a señalar si efectivamente el probable responsable es quien cometió tal ilícito.

Por lo que atañe a cada entidad federativa en sus respectivos Códigos de Procedimientos Penales, se tipifican los delitos graves de acuerdo a los usos y costumbres de manera que no contravengan a la Constitución Federal Mexicana. Por lo que solamente enunciaremos que el delito grave que señala el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los delitos que por su gravedad justifican la detención en caso urgente realizada por el Ministerio Público.

A propósito para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se clasifican como delitos graves aquellos que rebasen el término medio aritmético de 5 años.

Se prohíbe en nuestra ley otorgar la libertad provisional bajo caución cuando se comete un delito grave, por las razones anteriormente analizadas.

En este sentido el Ministerio Público y la policía judicial que lo auxilia, se encuentran en posibilidad de inventarles algún delito imputable al indiciado, y que pueden ir desde el chantaje hasta la satisfacción de las expectativas por parte de la autoridad, y basta mencionar que no sólo existen arbitrariedades de esa índole, pues se han puesto a disposición una cantidad de personas ante el Ministerio Público al realizar diferentes operativos policíacos.

1.5. NOCIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA.

1.5.1. LOS VALORES Y EL ORDEN JURÍDICO.

Los derechos humanos en las constituciones modernas dan como resultado que pasen a ser derechos fundamentales al ordenamiento jurídico correspondiente, siendo asegurados por las reglas procesales.

La dignidad de la persona no se puede perder por el sólo hecho de estar sometido a una investigación, y si el fin del derecho es la paz social, se debe de

respetar la misma, pues varios autores la reconocen con la categoría de Principio General de Derecho.

Y para garantizar la dignidad de la persona humana, se debe de tomar en cuenta desde una base constitucional, creando o formando de igual manera un ordenamiento jurídico y con ello la realización social de esos valores.

Los principios que se han estipulado en diferentes normas y tratados, el legislador debe de plasmarlos en la Constitución y por ende en la ley adjetiva penal, para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Señala el investigador Juan Montero Aroca que el derecho fundamental de defensa es "cuando del derecho de defensa o de audiencia se está haciendo referencia a la consideración del principio de contradicción desde la perspectiva de un derecho fundamental de las partes en el proceso, que se articula mediante toda una serie de garantías, que en la mayoría de los países han adquirido rango constitucional...".²³

Sabemos de antemano que al estar presente un defensor desde el inicio de la averiguación previa podría haber un mayor porcentaje en cuanto al derecho de defensa.

Como se ha establecido en la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Ginebra, Suiza, que "el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier clase de detención, siendo adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, se determinó que el ámbito de aplicación del conjunto de

²³ MONTERO AROCA, Juan, *Principios del Proceso Penal*, Editorial Tirant lo Blilanch, Valencia, 1997, p.140.

principios tiene como objetivo la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de **detención** o prisión.

"Principio 1. Toda persona sometida a cualquier forma de **detención** o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

"Principio 2. El arresto, **la detención** o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin."

"Principio 3. No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de **detención** o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado."

...

"Principio 9. Las autoridades que arresten a una persona, la mantengan **detenida** o investiguen el caso sólo podrán ejercer las atribuciones que les confiera la ley, y el ejercicio de esas atribuciones estará sujeto a recurso ante un juez u otra autoridad."

"Principio 11. 1. Nadie será mantenido en detención sin tener la posibilidad real de **ser oído** sin demora por un juez u otra autoridad. La persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por **un abogado** según prescriba la ley.

2. Toda persona detenida y su abogado, si lo tiene, recibirán una comunicación inmediata y completa de la orden de detención, junto con las razones en que se funde.”

...

“Principio 12. La constancia de esas actuaciones será puesta en conocimiento de la persona **detenida o de su abogado**, si lo tiene, en la forma prescrita por la ley.”

“Principio 13. Las autoridades responsables del arresto, **detención** o prisión de una persona deberán suministrarle, en el momento del arresto y al comienzo del período de detención o de prisión o poco después, información y una explicación sobre sus derechos, así como sobre la manera de ejercerlos.”

...

“Principio 15. A reserva de las excepciones consignadas en el párrafo 4 del principio 16 y el párrafo 3 del principio 18, no se mantendrá a la persona presa o detenida incomunicada del mundo exterior, en particular de su familia **o su abogado**, por más de algunos días.”

...

“Principio 17. 1. Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo.

2. La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez u otra autoridad le designe un abogado en

todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo.”

“Principio 18. 1. Toda persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse con su abogado y a consultarlo.

2. Se darán a la persona detenida o presa tiempo y medios adecuados para consultar con su abogado.

3. El derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden.

4. Las entrevistas entre la persona detenida o presa y su abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste no podrá hallarse a distancia que le permita oír la conversación.

5. Las comunicaciones entre una persona detenida o presa y su abogado mencionadas en el presente principio no se podrán admitir como prueba en contra de la persona detenida o presa a menos que se relacionen con un delito continuo o que se proyecte cometer.”

...

“Principio 23. 1. La duración de todo interrogatorio a que se someta a una persona detenida o presa y la de los intervalos entre los interrogatorios, así como la identidad de los funcionarios que los hayan practicado y la de las demás personas presentes, serán consignadas en registros y certificadas en la forma prescrita por ley.

2. La persona detenida o presa, o su abogado, cuando lo disponga la ley, tendrá acceso a la información descrita en el párrafo 1 del presente principio."

...

"Principio 32.1. La persona detenida o su abogado tendrán derecho a interponer en cualquier momento una acción, con arreglo al derecho interno, ante un juez u otra autoridad a fin de impugnar la legalidad de su detención y, si ésta no fuese legal, obtener su inmediata liberación."

"Principio 33. 1. La persona detenida o presa o su abogado tendrá derecho a presentar a las autoridades encargadas de la administración del lugar de detención y a las autoridades superiores y, de ser necesario, a las autoridades competentes que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas una petición o un recurso por el trato de que haya sido objeto, en particular en caso de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

2. Los derechos que confiere el párrafo 1 del presente principio, podrán ser ejercidos por un familiar de la persona presa o detenida o por otra persona que tenga conocimiento del caso cuando ni la persona presa o detenida ni su abogado tengan posibilidades de ejercerlos."

...

"Principio 36. 1. Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa."

"Principio 37. Toda persona detenida a causa de una infracción penal será llevada sin demora tras su detención ante un juez u otra autoridad determinada por

ley. Esa autoridad decidirá sin dilación si la detención es lícita y necesaria. Nadie podrá ser mantenido en detención en espera de la instrucción o el juicio salvo en virtud de orden escrita de dicha autoridad. Toda persona detenida, al comparecer ante esa autoridad, tendrá derecho a hacer una declaración acerca del trato que haya recibido durante su detención."

"Cláusula general. Ninguna de las disposiciones del presente Conjunto de Principios se entenderá en el sentido de que restrinja o derogue ninguno de los derechos definidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".²⁴

Con estos principios, se viene a fortalecer aún más al derecho de defensa; con ello se pretende proteger a toda persona que se encuentre involucrada en alguna investigación que es el caso que estamos analizando, lo que nos lleva a determinar que en la edad moderna, la autoridad ministerial debe de tomar en cuenta dichos principios, para una mejor administración de justicia procurando que no se lleven inocentes a las prisiones.

Así como existen otros derechos en favor del inculcado en la fase indagatoria, abordaremos en este punto especialmente las garantías durante la averiguación previa, llamándolos como otros derechos en favor del inculcado, debido a la suma importancia para el indiciado de conformidad con lo establecido en el párrafo cuarto del apartado a) fracción X del artículo 20 constitucional, que a la letra dice: "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."

Los juristas Luis Gómez Romero y Carlos Ríos Espinosa establecen al respecto que: "Esta supuesta garantía contradice los rasgos acusatorios del proceso penal mexicano que revisamos en el apartado correspondiente de este documento;

²⁴ PÁGINA PRINCIPAL | MAPA DEL SITIO | BUSQUEDA | INDEX | DOCUMENTOS | TRATADOS | REUNIONES | PRENSA | MENSAJES, © Copyright 1996 - 2000 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Ginebra, Suiza.

ello en razón de que al no existir la garantía orgánica que dota de subsistencia a las garantías mencionadas en las fracciones respectivas, -el derecho a ofrecer pruebas; el derecho a que se le faciliten todos los datos para defenderse; y, el derecho a la defensa- esto es la garantía de jurisdiccionalidad estricta, todas las demás no son sino ilusionismo constitucional, pues no puede haber defensa efectiva sin un tercero imparcial que supervise todos los actos procesales. En este sentido, la mención de que en la averiguación previa se respetaran también las garantías citadas no es sino simple retórica legislativa, pues su cumplimiento depende de garantías orgánicas que no se ven satisfechas en el texto constitucional".²⁵

Creemos que si el inculpado cuenta con la asistencia de un licenciado en Derecho desde el inicio de la averiguación previa habrá una mayor certeza, de que se logrará una defensa adecuada, pues al asistirlo se podrá vigilar que se respeten los derechos mínimos que se consagran en nuestra Constitución, que es la base de los derechos de toda persona involucrada en algún ilícito penal.

1.5.2. EL DERECHO DE NO AUTOINCRIMINARSE.

En el apartado A) fracción II del artículo 20 constitucional establece:

"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."

En los Manuales del Instituto de Capacitación, Área Ético-Ministerial de la Procuraduría General de la República, se establece que: "La iniciativa dejó asentada con acierto que se busca dejar atrás la práctica nociva de interpretar el silencio del inculpado como una medida de autoincriminación bajo la lógica de quien calla

²⁵ GÓMEZ ROMERO, Luis, y RÍOS ESPINOSA, Carlos, Interpretación constitucional integral de los principios del proceso penal en México, Fundación Rafael Preciado Hernández A.C., México, 1999, p.71.

esconde; además, atendiendo a la demanda generalizada de la sociedad para la consolidación y protección de los Derechos Humanos, el precepto prohíbe terminantemente incomunicar, intimidar o torturar al inculcado, por lo que se prevé que la ley secundaria contemple sanciones penales para aquellas autoridades, que por sí o por terceros realicen dichos actos. Se busca privilegiar, aclaración de fundamental importancia por sus enormes consecuencias en los hechos, otros medios distintos de prueba al de la confesión y establecer las condiciones legales que garanticen los requisitos de libertad y conciencia del inculcado al rendir su prueba.²⁶

El jurista Jesús Zamora Pierce, opina al respecto que: "En esta materia, nuestra Constitución se encuentra a la altura de las más avanzadas del mundo. La garantía que otorga prohíbe no sólo el tormento, sino también la incomunicación y, genéricamente, cualquier otro medio que tienda a compeler a una persona a declarar en su contra. En consecuencia, cuando un procesado manifiesta su voluntad de declarar, no puede exigírsele que rinda protesta de decir verdad, ni tampoco, si falta a ella, podrá imputársele delito de falsedad en declaraciones, pues en ambos casos se le estaría coaccionando para que declarase en su contra..."²⁷

Por su parte el autor Mariano Palacios Alcocer establece que: "En la segunda fracción se reafirma la obligación de respetar los derechos humanos de las personas sujetas a proceso penal, por parte de las autoridades, asimismo, las confesiones que realice el inculcado deben ser voluntarias, ante el Ministerio Público o el juez, y presente su defensor, ya que de no ser así carecerían de validez".²⁸

Los investigadores Gloria Caballero, y Emilio Rabasa O., señalan que: "Durante largo tiempo fue costumbre la de forzar e incluso atormentar a los acusados, con el fin de obtener su confesión, que se consideraba la reina de la

²⁶ P.G.R., Manuales de Instituto de Capacitación. Área Ético-Ministerial, México, 1993, pp. 69, 70.

²⁷ ZAMORA PIERCE, Jesús, *Op. Cit.*, p. 88.

²⁸ PALACIOS ALCOCER, Mariano, El Régimen de Garantías Sociales en el Constitucionalismo Mexicano, Editorial Unam, México, 1995, p. 96.

pruebas. También se prohibía que el detenido se comunicará con sus familiares o abogados, para obtener una declaración que le fuera perjudicial.²⁹

Observamos que en la últimas reformas que se le han hecho al artículo 20 constitucional se ha ido perfeccionando día con día la protección del inculpado, analizando las opiniones antes referida, podemos aludir que del apartado A) fracción II del artículo 20 constitucional se refiere a la garantía de no autoincriminarse, para afirmar que su observancia y aplicación no queda sujeta a condición alguna, que el goce de tal garantía debe ser irrestricto. La importancia de los derechos consagrados en esta fracción II no deberán ser limitados.

Así en el contenido de su texto la fracción II antes mencionada, ordena en su primera parte, que no podrá ser obligado a declarar, es decir existe la prohibición de ser obligado a declarar contra si mismo, es decir aceptar los hechos delictivos que se le imputan, y en su momento procesal oportuno tomarse su declaración como confesión, asimismo después de que un inculpado rinde su declaración podemos saber si lo hizo en su contra o en su favor, no obstante lo anterior se le otorga a éste el derecho a guardar silencio.

Se pretende evitar conductas que realizan algunas autoridades respecto de la declaración, debido a que anteriormente con el solo hecho de declarar se consignaba al inculpado sin contar con otras pruebas más que la confesión, ya que esta en algunas ocasiones o casi todas se arrancan a través de la incomunicación, intimidación o torturación hacia la personas de los inculpados, así como a sus familiares con el fin de que acepten los hechos que se les imputa. Se busca pues la protección del inculpado al rendir su declaración para que la realice con toda la libertad del mundo, con el objetivo de evitar que se le vulneren sus derechos públicos subjetivos.

²⁹ CABALLERO, Gloria y RABASA, O. Emilio, Mexicano: Esta es tu Constitución, H. LII Legislatura, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, México, 1984, p. 73.

Por otra parte se prohíbe toda incomunicación, intimidación o tortura, y anuncia que estas conductas serán sancionadas penalmente, sin embargo en la práctica cuando un inculpado se encuentra ante el Ministerio Público, el abogado no se puede comunicar con el inculpado, sino hasta después de que rinde su declaración ministerial, asimismo en la actualidad es muy difícil comprobar la intimidación que se les hace a los inculpados, así como la tortura sufrida por algunos inculpados antes de rendir su declaración ministerial.

Por último se dice que 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. Así entonces carece de todo valor probatorio toda confesión rendida ante autoridad distinta, rendida ante el Ministerio Público o el juez si no está presente el defensor del inculpado, y por supuesto solamente tendrá valor probatorio la declaración si el declarante estuvo asistido por su defensor.

Más adelante hablaremos del derecho de defensa para hacer efectivo el derecho de no autoincriminarse. Por otro lado cuando el defensor, asiste a la declaración puede evitar que se vulneren los derechos y garantías del inculpado, otorgadas por nuestra Constitución; se logra con esto que solamente se manifieste con libertad o ejerza su derecho a guardar silencio.

En términos generales se otorga al inculpado el derecho constitucional de guardar silencio, se da también la seguridad al detenido de no declarar ante autoridades policíacas que es lo más común, ya que al no contar con la presencia de su defensor carece de todo valor probatorio.

El inculpado tiene el derecho constitucional y legal al silencio. Al declarar asistido por su defensor, se evita que se violen sus derechos esenciales, ya que en caso de no asistirlo un defensor, y si éste declara en su contra sin haber realizado el ilícito que se le imputa, y posteriormente si no se desvirtúa la declaración inicial, se afectaría gravemente al indiciado y como consecuencia perdería su libertad.

Durante largos siglos se había considerado la confesión como la reina de las pruebas, pero en la actualidad deja de serlo. Ya que anteriormente la forma más eficaz para obtener confesión, consistía en ejercer tormentos, torturas e intimidación a los detenidos con el objetivo de obtener dicha confesión. Debido a esto la Ley para sancionar la tortura viene a reglamentar la forma en que debe obtenerse la confesión y sancionando a todas aquellas autoridades o personas que obliguen a los inculpados a confesarse como autores de una conducta delictiva.

Se entiende desde luego que esta garantía protege al inculpado, al declarar ante el Ministerio Público, Juez, o ante cualquier otra autoridad.

Este derecho o garantía es el instrumento del derecho de defensa, y como consecuencia recae a quien se le hace una imputación, y de ello puede optar por defenderse en el proceso en la forma que él crea útil para sus intereses, sin que en algún momento pueda ser forzado o inducido, sin condición alguna, a declarar para autoincriminarse, al caso es aplicable el siguiente criterio jurisprudencial:

"Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XIV-Diciembre. Tesis: XX. 269 P. Página: 363. **DECLARACIÓN RENDIDA ANTE EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO. SI EL QUEJOSO NO SE ENCUENTRA ASISTIDO DE SU ABOGADO O DEFENSOR CARECE DE VALOR PROBATORIO LA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS).** Si bien es cierto que el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chiapas, en su artículo 272, previene que, "cuando el presunto responsable fuere aprehendido, se hará constar la hora en que lo haya sido, y se le recibirá su declaración...", también lo es, que el Ministerio Público precisamente al recibir en la averiguación previa respectiva una declaración con carácter de confesión, por referirse tal manifestación a hechos propios que le perjudican, debe sin restricción cumplir con la obligación que le impone el numeral 273 del mismo ordenamiento, relacionado con la fracción II del artículo 20 de la Carta Magna, consistente en respetar el derecho del declarante a nombrar defensor que lo asista

en esa diligencia ministerial, y si no lo hace así la declaración rendida ante esa autoridad y la posible confesión de los hechos delictuosos que contenga, no puede tener valor probatorio alguno. TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 419/94, Rito Hernández Velázquez. 27 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Ángel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

1.5.3. EL DERECHO DE SER INFORMADO.

Así tenemos también que el derecho de ser informado se encuentra ligado para un mejor proveer de la Defensa adecuada del inculpado, es decir que tiene derecho a una defensa adecuada, luego entonces tenemos que se le debe de informar por parte de la Representación Social, la imputación que se le hace en su contra, y de los elementos probatorios que obran en su contra, ya que la mayoría de los indiciados no pueden entender dichos derechos que le otorga la Constitución, por lo que al estar presente un abogado y siendo perito éste en la materia le explicará en que consisten dichos derechos o garantías, con ello cumplir cabalmente con el derecho de defensa.

La fracción VII del apartado a) del artículo 20 constitucional, establece que:

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

De dicha fracción se otorga el derecho de información durante la averiguación previa por lo que el inculpado tendrá la garantía de que le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

En los Manuales del Instituto de Capacitación, Área Ético-Ministerial de la Procuraduría General de la República, se desprende que: “...se puede agregar que de no cumplirse esta disposición, se generaría evidentemente una limitación en el

derecho de defensa. Además, expresa Pérez Palma en la obra ya citada, que si la sentencia habrá de estar fundada en los datos o constancias que obren en el proceso, éstos deben de ser del conocimiento del acusado y de su defensor para que esté en aptitud de combatirlos si arrojan elementos contrarios a la defensa. En este sentido, el precepto constitucional que se estudia no es sino un aspecto de la garantía de defensa consignada en la fracción IX de este artículo 20 constitucional.³⁰

Asimismo el jurista Jesús Zamora Pierce, señala en este aspecto: "Así pues, ninguna actuación podrá mantenerse secreta para el acusado. Este, y su defensor, tienen acceso a todas y cada una de las constancias de la causa. Pueden leerlas, pueden tomar notas de su contenido, pueden solicitar copia de las mismas. Actualmente, al amparo de este derecho, y gracias a la existencia de máquinas fotocopadoras, el acusado puede obtener copia fiel e íntegra del expediente del proceso. De hecho, todo abogado debe iniciar su labor como defensor haciéndose de esa copia, para conocer la acusación y preparar su defensa".³¹

De igual forma los juristas Gloria Caballero, y Emilio Rabasa O., establecen que: "En este párrafo nuestra máxima ley otorga a los acusados el derecho a conocer cuantos datos existan en el proceso, con el fin de que puedan preparar mejor su defensa."³²

Partiendo de las opiniones emitidas anteriormente por algunos autores, pierde así la averiguación previa su carácter de secreto, por lo tanto el indiciado puede exigir que se le informe, y por otro lado el Ministerio Público está obligado a informarle, el nombre de su acusador, la naturaleza y causa o motivo de la acusación, y de las pruebas que aporte el denunciante, o las que obtenga el Ministerio Público, o recabe a través de la investigación que debe realizar.

³⁰ Procuraduría General de la República, *Op.cit.*, p. 74.

³¹ ZAMORA PIERCE, Jesús, *Op.cit.*, p. 162.

³² CABALLERO, Gloria y RABASA, O. Emilio, *Op.cit.*, p. 74.

El derecho del Estado a través del *ius puniendi* está por lo tanto, en manos de los representantes del mismo. La autoridad no es un principio, sino una institución que sirve de instrumento de la sociedad. Por ende el derecho de punición es un instrumento indispensable de la autoridad.

Por lo tanto tenemos dos importantes principios: la justicia absoluta, y la defensa de los derechos del hombre.

Respecto al segundo principio nace la necesidad de la defensa como consecuencia de la causa primera del derecho de castigar, quien comete un ilícito también tiene el derecho de defenderse.

La situación del inculcado en la averiguación previa que sabe que es sometido a una investigación, y que se le seguirá un proceso, pero ignora de que se le acusa, de ahí la necesidad del licenciado en Derecho.

La siguiente jurisprudencia establece que:

"DEFENSOR PÚBLICO. CARECE DE VALOR PROBATORIO LA DECLARACIÓN DEL INculpADO CUANDO LA DESIGNACIÓN HECHA POR EL MINISTERIO PÚBLICO PARA RECIBIRLA NO RECAE EN UN DEFENSOR DE OFICIO. El artículo 128, fracción III, inciso b), del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación con el diverso 287, fracción II, de ese mismo ordenamiento legal, ambos en concordancia con las fracciones IX y X del artículo 20 de la Constitución General de la República, establecen que desde el inicio de su proceso, el inculcado **será informado de los derechos** que en su favor consigna la Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza, surtiéndose la primera y la tercera de las hipótesis cuando el acusado manifiesta de manera clara su voluntad de defenderse por sí solo, es decir, se nombra a sí mismo su propio defensor, o bien designa como tal a una persona de su confianza; sin embargo, cuando el inculcado no manifiesta su

voluntad de defenderse por sí mismo y además expresa que no tiene persona de su confianza que lo defienda, deberá serle designado un defensor de oficio, hoy defensor público, pues de lo contrario la defensa que se le asigne no sería la adecuada en contravención al texto constitucional y a las disposiciones legales secundarias citadas. Así, si como en el caso la persona que el Ministerio Público nombró al quejoso para que lo asistiera en su declaración ministerial no tiene el carácter de defensor de oficio, por estar en el supuesto contemplado en la fracción IX del artículo 20 de la Carta Magna, es inconcuso que tal nombramiento no satisface el requerimiento constitucional anotado y en esa virtud, la declaración ministerial vertida carece de valor probatorio. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO. Amparo directo 373/99.-Raquel Lara González.-11 de agosto de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura.-Secretario: Juan Ramón Carrillo Reyes. Amparo directo 374/99.-Pedro Chávez Muñoz.-11 de agosto de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura.-Secretario: Juan Ramón Carrillo Reyes. Amparo directo 375/99.-Alejandro Flores Castillo.-11 de agosto de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura.-Secretario: Juan Ramón Carrillo Reyes. Amparo directo 376/99.-Antonio Bernal González.-11 de agosto de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura.-Secretario: Juan Ramón Carrillo Reyes. Amparo directo 377/99.-David Vela Luna.-11 de agosto de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura.-Secretario: Juan Ramón Carrillo Reyes.³³

1.6. EL CONCEPTO DE INCULPADO

Partimos que en la comisión de un hecho delictivo desde luego interviene un sujeto, que mediante un hacer o un no hacer (delito acción u omisión), considerado

³³ Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis número 87/99, pendiente de resolver en la Primera Sala. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo X. Octubre de 1999. Tesis: XXIII.1o. J/16 Página: 1179. Tesis de Jurisprudencia.

legalmente tipificado, da lugar a la relación jurídica material y como consecuencia a una relación procesal.

El autor Guillermo Colín Sánchez, establece que: "No obstante, habrá sido objeto de los actos y formas del procedimiento, razón por la cual se le debe calificar, en tal caso, como supuesto sujeto activo, nombre aplicable en términos generales, sin desconocer las otras denominaciones que adquiera conforme al momento procedimental de que se trate"³⁴.

1.6.1. TERMINOLOGÍA.

Dentro de la doctrina tanto en la legislación, se ha otorgado varias denominaciones al supuesto autor del delito, tales como: indiciado, probable responsable, imputado, inculpado, encausado, procesado, inculpatado, probable culpable, enjuiciado, acusado, condenado, reo, justiciable; sin embargo se habrá de atender al estadio procedimental para atender a cualquiera de estos calificativos.

Por lo tanto el inculpado es a quien se le puede atribuir la comisión o participación de un hecho delictuoso, siempre y cuando se le señale como responsable por la víctima u ofendido, en la averiguación previa.

1.6.2. SUJETO ACTIVO DEL DELITO.

La figura denominada sujeto activo del delito es el autor del mismo, es quien lleva acabo la conducta ilícita, quien participa directamente o en compañía de otros sujetos.

En el Diccionario Jurídico 2000 se establece que: "El concepto no genera mayores problemas en cuanto a la estructura del tipo y de los elementos que lo

³⁴ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Décima Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1992, p.183.

integran mientras la ley no conceda al autor una calidad especial, esto es, mientras no sea otro que "quienquiera", "quién", "el que" realice u omita una determinada acción, caso en el cual ese "quienquiera" es simplemente "todo el mundo" (Beling). Tratase entonces de los delicta comunia, en oposición a los delicta propria, en los cuales la ley requiere que el agente posea una determinada cualidad o se halle en determinadas relaciones. A estos últimos suele denominárseles también exclusivos.³⁵

Se establece que si el particular tipo legal no requiere necesariamente más de un autor, si nos encontramos ante un delito individual o unipersonal, al cual se contraponen el pluripersonal, en que es legalmente preciso que la acción u omisión descrita se lleve a cabo por varios sujetos.

1.7. EL ARTICULO 20 APARTADO A) FRACCIÓN IX CONSTITUCIONAL, COMO FUNDAMENTO DE LA GARANTÍA DE DEFENSA.

El artículo 20 de la Constitución es el medio básico del proceso penal, es por medio del cual se inicia el procedimiento penal, ya que en él se contemplan un sin fin de derechos fundamentales y garantías individuales que deben de tomarse en cuenta en el proceso penal.

Pues todos los derechos que emanan del artículo 20 constitucional están íntimamente relacionados entre sí, sin embargo para nuestra investigación únicamente estudiaremos las garantías previas al proceso, para que en su caso el juez al momento y de la necesidad de propiciar cualquier resolución dictada por él, se tomen en cuenta todos los medios probatorios aportados y emitir una respuesta jurídica efectiva.

³⁵ Diccionario Jurídico 2000, Todos los Derechos Reservados. DJ2K – 2391.

De ahí que de dicho precepto constitucional emanan las garantías procesales, como lo es el derecho de defensa, de nombrar a un defensor, derecho a no declarar contra si mismo, derecho a un juicio previo, sin dilaciones y con todas las garantías y derechos, con el fin de violentar la presunción de inocencia.

De acuerdo con el artículo 20 apartado a) fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es inviolable la defensa en juicio de las personas. Por lo que los valores integrantes del orden jurídico sirven de parámetro para justipreciar hechos y conductas, es por ello que la normativa procesal resulta importante a los fines de salva guardar la garantía del derecho de defensa, que culminará dicha investigación, en auto de libertad por falta de elementos para procesar, no existe delito que perseguir, que se deje la causa para los efectos del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, o en una sentencia condenatoria o absolutoria.

De esta forma la ley fundamenta el proceso desde el marco de la Constitución y lleva consigo la constitucionalidad de los valores jurídicos fundamentales, y partiendo de dicha situación es donde se desenvolverá lo establecido por la ley suprema.

Partiendo del núcleo básico que opera en la Constitución se crea un desarrollo de otros valores que están contemplados a favor del indiciado.

De lo que se busca en el marco de un verdadero proceso a través de las disposiciones constitucionales, es la verdad real que exige que en el proceso penal el logro de la evidencia se lleve a través de una sana oposición entre el Ministerio Público y el contradictor que es la defensa.

1.7.1. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE DEFENSA.

El tratadista Casimiro A. Varela sostiene que: "Así es de rigor observar el derecho del imputado a tomar intervención en el proceso seguido en su contra con la posibilidad de ejercer todos los derechos y atribuciones que la ley procesal y sustantiva le acuerda. Las formas del proceso penal deben organizarse de tal manera que conjuguen la necesidad de la indagación y del descubrimiento del delito y el derecho del procesado a que se le repunte inocente hasta ser convicto por sentencia firme".³⁶

La defensa que se debe de llevar en un juicio tiene su base en la Constitución, que un primer momento se desarrolla en la averiguación previa que es el inicio del procedimiento, pues de manera administrativa el Ministerio Público con dicho carácter, y que su propósito va dirigido o cuyo fin es lograr una decisión jurisdiccional.

Por lo tanto, si el indiciado no pudiera defender su libertad, las garantías establecidas en la Constitución serían letra muerta y de nada serviría que se contemplen en dicha ley suprema.

En el moderno derecho procesal penal se requiere que no haya una imputación sin el debido ejercicio del derecho de defensa.

Se exige pues, a través del principio constitucional, que al imputado se le otorgue un correcto ejercicio del derecho a la defensa, aunque haya un desinterés por parte del indiciado o no quiera ejercerlo.

Debemos de atender que en la presente investigación, si bien como sujetos afectados en el derecho de defensa se reconoce tanto al licenciado en Derecho,

³⁶ VARELA, A. Casimiro *Op.cit.*, p.171.

como al acusado, ya que la imposibilidad de indefensión puede y debe referirse a éstos sujetos.

Por tal motivo nos avocaremos al indiciado, no sin antes decir que la defensa se reconoce a todas las partes.

De ahí tenemos que el contenido esencial del derecho se tiene a la necesidad de ser oído, pero que se encuentre asistido por un defensor público o privado, tomando en cuenta dos elementos básicos de todo proceso: alegar y probar.

Ante tal tesitura el Ministerio Público en la fase de la averiguación previa ha de aportar al proceso los elementos que se estimen adecuados al objeto de la imputación, y por su parte el indiciado aportará los elementos de prueba legales, conducentes y eficaces para probar su inocencia.

En consecuencia el indiciado **de hecho**, debe de tener conocimiento de los hechos afirmados por el denunciante para poder alegar en contra de los mismos. Y **de derecho** debe de aportar los elementos de derecho que sirvan de sustento para la decisión judicial.

Ahora bien, el artículo 20 constitucional prevé garantías para aquellos sujetos que se encuentren en el supuesto de indiciados.

En los mencionados Manuales de Instituto de Capacitación. Área Ético-Ministerial de la Procuraduría General de la República aparece que: "No sólo debe estar garantizado en la norma fundamental el derecho a la defensa en el proceso, sino que dicha defensa debe cumplir con requisitos, formas, formalidades y procedimientos determinados, a los cuales debe apegarse de manera irrestricta, todo lo anterior si deseamos contar con instituciones verdaderamente sólidas de un Estado protector y promotor de los derechos fundamentales del gobernado..."³⁷

³⁷ Procuraduría General de la República, Op.cit., p. 75.

El autor Mariano Palacios Alcocer opina al respecto que: "...se contempla el derecho que tiene el inculpado para contar en todo momento con un defensor que haga guarda de sus derechos. Además se establece que la defensa puede realizarse por el propio acusado o por persona o abogado de su confianza. De igual forma durante todo el proceso el inculpado o la víctima podrán contar con asesoría jurídica, la prestación de atención médica y a coadyuvar con el Ministerio Público."³⁸

Los tratadistas Gloria Caballero, y Emilio O. Rabasa, señalan en relación al apartado a) fracción IX del artículo 20 constitucional, y en este aspecto que: "En la primera parte de esta fracción se garantiza a los acusados su defensa, ya que pueden hacerse oír por sí o personas de su confianza. Reitera el mandato del artículo 17 en el sentido de que la justicia es gratuita, cuando ordena que los defensores de oficio deben actuar sin costo alguno para los procesados.

La segunda parte constituye una novedad introducida por la Constitución vigente, pues con el objeto de otorgar las máximas garantías al acusado, ...establece que cuando éste no quiera nombrar defensor, aun contra su voluntad el juez designará uno de oficio, cuyo deber consiste en proteger a su defenso en la forma más completa posible."³⁹

En el apartado a) de la fracción IX del artículo 20 constitucional, otorga al inculpado el derecho a la defensa, garantía que en su favor se consagra en la Constitución. Por otra parte establece un sin fin de derechos en favor del inculpado; encontrándose en gran desventaja, si no cuenta con alguna persona que le explique detalladamente estos derechos, porque de nada servirá que escuche un extenso inventario de derechos que no podrá conservar en la memoria ni comprenderá estos derechos individualizados.

³⁸ PALACIOS ALCO CER, Mariano, Op.cit., p. 96.

³⁹ CABALLERO, Gloria y RABASA, O. Emilio, Op.cit., p. 75

Luego entonces desde el momento en que el inculpado es detenido, aun en la averiguación del delito, hay obligación de que se le designe una defensa, derecho que la propia Constitución otorga en su favor, para ejercer una defensa adecuada, y no se vulneren sus derechos públicos subjetivos.

1.7.2. LA DEFENSA PENAL EN LA CONSTITUCIÓN.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige para la condena y la imposición de una pena, un juicio previo fundado en una ley anterior al hecho que dio paso al proceso penal.

En el campo penal, nuestra Constitución concretamente en el derecho procesal penal se ha consolidado a través del tiempo, estableciendo una normatividad tendiente a la protección del honor, la vida y el patrimonio de las personas.

Por lo que en materia penal impone la inviolabilidad de la defensa en juicio, pues la defensa del inculpado constituye una actividad esencial del proceso, y con ello descubrir la verdad, partiendo del estado de inocencia, y por ende la exacta aplicación de las normas del procedimiento constituye la máxima garantía de la libertad individual.

1.7.2.1. EL PRINCIPIO DE INOCENCIA.

Por lo que respecta al artículo 18 constitucional, para nuestro trabajo de investigación analizaremos únicamente el primer párrafo de este precepto que a la letra dice:

“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”.

El maestro Ignacio Burgoa dice que: "La aprehensión o detención de una persona es el acto que origina la privación de su libertad. Esta privación se manifiesta en un estado o situación que se prolonga, bien durante el proceso penal propiamente dicho, o bien hasta la compurgación de la pena corporal impuesta por sentencia ejecutoria. En el primer caso, el estado o situación privativos de la libertad personal se traduce en la prisión preventiva, la cual obedece, no a un fallo en el que se haya estimado a una persona como penalmente responsable de la perpetración de un delito, sino a la orden judicial de aprehensión o al hecho de que el detenido o aprehendido quede a disposición de la autoridad judicial, por una parte, o al auto de formal prisión que, como condición sine qua non de todo juicio penal, prevé el artículo 19 constitucional, por la otra".⁴⁰

Por lo que en base a este artículo se limita únicamente a aquellas garantías que indirectamente se vinculan con el proceso penal.

Es importante destacar que este precepto constitucional establece las bases para la prisión preventiva, por lo que únicamente podrá ser recluido el inculpado a la prisión preventiva, cuando se trate de un delito que merezca pena corporal; desde luego si se tratare de los delitos que no se sancionan con pena corporal se decretará la libertad del inculpado de conformidad con lo establecido en nuestras leyes.

Podemos emitir entonces que la prisión preventiva comienza desde el momento en que se dicta el auto de formal prisión y finaliza con la sentencia dictada por el juez. Además indica por un lado cuales serán los lugares para los inculpados que se encuentran en prisión preventiva debido a que solamente es una medida preventiva y por otro lado a los sentenciados los cuales se le ha demostrado su culpabilidad a través de la sentencia dictada por el juez; por tal motivo deben de estar separados, los unos de los otros.

⁴⁰ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Op.cit., p. 639

Por lo que tenemos que la garantía que ordena la separación entre procesados y las personas ya sentenciadas responde a la finalidad de conservar la presunción de inocencia, por lo cual beneficia a los que se encuentran procesados.

La presunción de inocencia ha sufrido y seguirá sufriendo continuos combates por parte del constituyente permanente y del legislador ordinario.

De esta forma al indiciado no se le puede atribuir el carácter de culpable antes de una sentencia, pues mientras se encuentre en la etapa de la averiguación previa, se encuentra en estado de inocente con respecto a los hechos que le imputan por parte del denunciante y como su representante el Ministerio Público.

Señala el letrado Ricardo Rodríguez Fernández que: "La presunción de inocencia es un derecho subjetivo público que posee su eficacia en un doble plano: por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos; por otro lado, tal derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influencia decisiva en el régimen jurídico de la prueba".⁴¹

De ahí la importancia de contar con un licenciado en Derecho desde el inicio de la averiguación previa, pues dicho principio abarca a todos los integrantes de la sociedad, como probable responsable mientras no se dicte una sentencia firme que lo declare plenamente responsable tomando en cuenta las pruebas aportadas al procedimiento ya que es exigido por la norma constitucional y la ley adjetiva.

La defensa debe probar la inocencia del indiciado, o tratar de disminuir la pena, por su parte el Ministerio Público tendrá que acreditar la responsabilidad penal del inculpado, en la comisión de un ilícito.

⁴¹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal, Granada, España, 2000, p.51.

Dicho principio tiene como objetivo eliminar todas aquellas prácticas desleales de los procedimientos inquisitivos en los que normalmente se acudía a métodos inhumanos sobre la persona humana con el propósito de obtener pruebas, y que no importaban si violaban sus derechos o garantías, por lo que se tiene que respetar dicho principio con el fin de que no ocurra esa violación a las garantías individuales.

Por lo que desde el inicio del procedimiento se le debe de garantizar al indiciado la oportunidad de realizar los actos necesarios para hacer valer su derecho de defensa.

Luego entonces el principio de inocencia protege al inculpado durante toda la secuela procedimental, de no estar junto aquellos sentenciados.

El inculpado se encuentra en la misma situación jurídica que el inocente, mientras no sea considerado responsable a través de una sentencia condenatoria.

Tal principio no impide que se le aplique al indiciado una medida coercitiva durante el proceso, sin embargo no permite afirmar que las medidas coercitivas carezcan de límites, y de esta forma asuma características irrestrictas, conculcando los derechos de los inculpados.

De esta forma si se le encuentra en un una condición de restricción de su libertad personal, al inculpado se le otorga el carácter de inocencia, su libertad puede ser restringida a título de cautela o como medida de seguridad, cuando se es necesaria la aplicación de una ley.

Los fines que se buscan con la prisión preventiva es someter a un inculpado a un proceso, pues por una parte se trata de evitar que el procesado se sustraiga a la acción de la justicia y eliminar evidencias que obran en su contra, sin embargo debe ser utilizada lo menos que sea posible.

Por lo que todo indiciado al que se le hace una imputación de un delito tiene el derecho a que se presuma de inocente mientras no se pruebe su responsabilidad conforme a la ley.

1.7.2.2. IN DUBIO PRO REO.

Este principio **in dubio pro reo** no sólo se aplica en la sentencia, sino también se aplica durante la etapa de la averiguación previa, atendiendo a lo que más le beneficia al inculcado.

Por lo tanto dicho principio se debe de aplicar en este momento para que el juez al emitir su sentencia, tenga la certeza de que las pruebas aportadas en el procedimiento sean la conducentes para emitir un fallo condenatorio o absolutorio, pues este deberá comprobar si los hechos probatorios se encuentran dentro de lo establecido por la ley para formar una convicción plena en el juzgador.

Que de hecho se puede emitir diferentes resoluciones durante la etapa de averiguación previa, como el no ejercicio de la acción penal y la reserva, y dentro del proceso dictarse un auto de falta de elementos para procesar con las reservas de ley o determinar que no hay delito que perseguir, y en definitiva una sentencia absolutoria o condenatoria.

1.7.2.3.- LA DEFENSA PENAL.

La defensa del inculcado ha sufrido una larga evolución en los distintos sistemas procesales penales, a lo largo de la historia se ha ido modificando.

En el derecho griego se permitía una amplia defensa de los derechos de las personas, pues la partes podían interrogarse mutuamente, hacerlo con los testigos y los imputados, y los litigantes tenían su defensor natural en el amigo que tenía mejores aptitudes para efectuar la defensa.

Se viene el cambio del sistema acusatorio por el inquisitivo que limitó en tal forma el derecho de defensa.

Tenemos que la Revolución Francesa fue la encargada de modificar las disposiciones de la Ordenanza del año 1670 en la que se prohibía la intervención del defensor en el proceso penal, pero permitía que el inculpado solicitara la presencia de un defensor.

1.7.2.4.- DEFENSA MATERIAL.

El poder de defensa, se ejercita por el inculpado quien se ve amenazado por una pretensión punitiva a través del derecho de defensa, que se ventila durante la marcha del procedimiento.

Las manifestaciones del poder de defensa se produce primeramente en la etapa de la averiguación previa, por medio de la actividad del indiciado y de su defensor, y deben ser tomadas en cuenta de manera irrestricta, ya que si no se hace se produciría su violación a los derechos subjetivos públicos.

Se llega a la certeza de que el derecho de defensa del inculpado comprende la intervención en el procedimiento penal, y con ello llevara a cabo las actividades que pongan al descubierto la falta de fundamento de la potestad represiva del estado, o que la excluya o atenúe.

1.7.2.5. LA DEFENSA TÉCNICA.

La defensa técnica es la que se da por medio de un profesionalista quien mediante la formulación de argumentos lógicos y jurídicos, alegatos fundados en la ley sustantiva y adjetiva, y de los datos arrojados por la investigación ministerial, tienen como objetivo que se respeten las normas vigentes, para lograr en su momento la absolución o una pena mínima del imputado.

Encontrando la defensa técnica a cargo de un licenciado en Derecho, aunque nuestras leyes constitucional y adjetiva admite la defensa por sí o por persona de su confianza.

El defensor es el profesional del Derecho y que el inculcado le confía a él su defensa, y por ende el defensor pone al servicio de aquel que ve comprometido sus intereses en una averiguación previa, su actividad profesional y sus conocimientos jurídicos, y que con posterioridad va dar un paso a un proceso; no en todos lo casos.

El defensor ejerce la defensa técnica de quien se ve sometido a una pretensión punitiva, asegurando el derecho de defensa en el procedimiento.

La necesidad de que sea un licenciado en Derecho quien ejerza ese derecho de defensa, si se tiene en cuenta que es necesario asegurar la igualdad de las partes desde el inicio del procedimiento, con el propósito de que no se afecten los derechos del inculcado.

Ya que tenemos por una parte que el Representante Social es quien va ejercer la acción penal y éste es un licenciado en Derecho, lo justo es que el que desempeña la tarea de la defensa también lo sea y con ello allegar al juez las razones que posibiliten una mejor situación jurídica del inculcado.

Las reglas están dadas ya que la sociedad y al Estado les interesa que todo inculcado se defienda oportunamente, a efecto de que no se condene a gente inocente.

Y para que se logre lo anterior es necesario que no se violen las reglas del debido proceso, y que el derecho de defensa sea desempeñada por un perito en la materia, tenga conocimiento en las normas procesales penales y sustantivas.

Concluyendo que la defensa técnica debe ser un licenciado en Derecho, y no a la persona de confianza, así como el indiciado, quien va a decidir quien dirija el derecho de defensa.

1.7.2.6. LA IMPUTACIÓN.

Tenemos que para que el inculpado pueda defenderse debe de existir algo de que defenderse, es decir que se le atribuya haber realizado alguna conducta de acción u omitido una conducta ilícita.

De ahí que el inculpado es el sujeto de la relación jurídica procesal a quien se le atribuye un hecho ilícito. Por lo que es el centro de toda actividad desplegada al inicio de la averiguación previa, ya que ésta se lleva a cabo en razón a la imputación que se le hace por parte del denunciante o denunciantes por algún delito cometido en su contra, y de esta forma si se acredita o no el cuerpo del delito así como su probable responsabilidad en la comisión del mismo, y con ello en su momento la aplicación de una sanción punitiva.

El carácter que se le puede dar a una persona por el hecho de haber alguna imputación en contra de una persona por algún hecho delictivo que supuestamente cometió sería la atribución de autoría, conforme a lo establecido en el artículo 22 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, tal como lo establece de la siguiente forma:

“(Formas de autoría y participación). Son Responsables del delito, quienes:

- I. Lo realicen por sí.
- II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;
- III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;

IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo;

V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y

VI. Con posterioridad a su ejecución, auxilien al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito³⁹.

El Ministerio Público en el sistema acusatorio formal es quien ejerce la acción penal, previa investigación que le corresponda efectuar ante la noticia de un hecho considerado como delito, y de esta forma consignar al probable responsable ante una autoridad judicial.

En consecuencia con la imputación que se le hace al indiciado nace el derecho de defensa del que resulta imputado.

No obstante el derecho de defensa, por una parte como derecho natural y constitucional del inculcado, y al hacerle una imputación grave el denunciante o la Representación Social, se encuentran amenazados sus derechos del inculcado, y de acuerdo a la presunción de inocencia, se tiene que defender en las diligencias de la averiguación previa.

Y como se ha indicado en líneas precedentes para defenderse es necesario saber de qué se le acusa, por lo que para hacer valer el derecho de defensa y garantizar el derecho de ser oído, se debe de tener conocimiento de la debida imputación.

Por lo que el Código Procesal otorga al indiciado, desde el momento en que es detenido, los derechos para que se hagan valer por cualquier persona, siempre y cuando sea autorizado por el indiciado, y si no lo hiciera este, el Ministerio Público le designará uno de oficio.

En un primer paso que se tiene que dar para que no se de la inviolabilidad de la defensa en la etapa de la averiguación previa, es la adecuada garantía de audiencia, es decir, el derecho que tiene el inculpado para ser oportunamente oído y poner de manifiesto la amplitud del derecho de su defensa.

1.7.2.7. LA IGUALDAD DE LAS PARTES.

El Estado a través de sus representantes, y en esta etapa que es el Ministerio Público quien ejerce la persecución de los delitos, e igualar dicho poder es una aspiración: que en la práctica, se torna imposible dados los medios técnicos y materiales puestos a disposición de dicha representación social.

En nuestra legislación procesal penal moderna trata de lograr un equilibrio entre las partes en la averiguación previa, sin embargo en la práctica no se da.

Por lo que en la etapa de la averiguación previa vemos en la actualidad que no hay un equilibrio, dada la naturaleza de dicha Representación Social. Pues la división de las funciones del Ministerio Público que consagra el sistema acusatorio, ya que no hay una mayor posibilidad de ejercitar el derecho de defensa por parte de la defensa y del inculpado en la etapa de la averiguación previa.

En virtud de que en el proceso es donde se logra un mayor equilibrio de las partes, debido a las oportunidades de la producción de las pruebas que se aportan, sin embargo se le debe de dar la oportunidad al inculpado desde el inicio de la averiguación previa, que se le asista por licenciado en derecho, para aportar las pruebas conducentes para probar la inocencia de su representado en un momento dado. Toda vez que se busca que desde el inicio de las investigaciones, se aplique el principio del *in dubio pro reo*, con el fin de estar por lo menos en igualdad de circunstancias el inculpado y la defensa con el Ministerio Público.

1.8. EL DERECHO DE TENER DEFENSOR.

El derecho de tener un defensor se contempla en el apartado a) fracción Ix del artículo 20 constitucional, y en virtud de que el licenciado en Derecho es considerado como un sujeto secundario en la relación procesal, y el inculcado es la parte pasiva del procedimiento penal, quien tiene deberes y poderes que no conciernen al licenciado en Derecho, es decir puede o no ratificar un escrito presentado por el licenciado en Derecho (recurso de apelación), asimismo el inculcado puede revocar el nombramiento hecho al licenciado en Derecho como su defensor.

El defensor debe de actuar al lado del inculcado, prestándole la asistencia jurídica necesaria.

La labor del licenciado en Derecho es compleja, tomando en cuenta los intereses del inculcado y un límite que le señale la ley.

El investigador Jorge Rodríguez-Zapata determina que: "el derecho de defensa es un derecho fundamental que garantiza a todo imputado, es decir, a la persona a quien se atribuye la comisión de un hecho punible la plena capacidad de oponerse a la pretensión penal que se dirige contra él, efectuando alegaciones, proponiendo pruebas y reivindicando sus derecho de libertad, sin que en ningún caso se le pueda causar indefensión. Para ello se valdrá de la asistencia de un Letrado, bien de su elección bien de oficio."⁴²

El derecho de defenderse por sí, por abogado, o persona de su confianza. Aquí se menciona al abogado, pero no se exige que el defensor lo sea, claro que el abogado es el más indicado por la preparación que tiene y presuntamente ser perito en la materia jurídica.

⁴² RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge, Teoría y Práctica del derecho Constitucional, Editorial Tecnos, S.A. España. 1996, p. 362.

Asimismo como se ha sostenido en la siguiente tesis jurisprudencial que señala:

"Octava Época, Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: VIII-Diciembre. Tesis: P. LXV/91. Página: 17. **DEFENSOR EN MATERIA PENAL. SU DERECHO PROVIENE, COMO EL DEL ACUSADO, DE LA FRACCIÓN IX, DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL.** La garantía establecida por la fracción IX del artículo 20 constitucional, de ser oído en defensa "por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad", implica que esa persona "de su confianza" tiene también, el derecho de intervenir como defensor del acusado que lo nombra, en los amplios términos que señala la norma constitucional, por lo que los ordenamientos secundarios no pueden condicionar su actuación como defensor, puesto que eso haría nugatorio el derecho del acusado. Amparo en revisión 1052/90. Juan Espinosa Medina. 17 de octubre de 1991. Puesto a votación el proyecto, por unanimidad de diecinueve votos se resolvió modificar la sentencia recurrida y sobreseer en el juicio, en lo que respecta a los actos reclamados de la Legislatura, Gobernador, Secretario de Gobierno y Coordinación de Profesiones, todos del estado de Oaxaca, consistentes en la expedición, promulgación, refrendo y aplicación de la Ley de Profesiones del Estado de Oaxaca, concerniente al artículo 20; y por mayoría de diecisiete votos de los señores ministros Magaña Cárdenas, Alba Leyva, Castañón León, López Contreras, Fernández Doblado, Llanos Duarte, Adato Green, Rodríguez Roldán, Cal y Mayor Gutiérrez, Gil de Lester, González Martínez, Villagordoa Lozano, Gutiérrez Vidal, Moreno Flores, García Vázquez, Díaz Romero y Presidente Schmill Ordóñez se resolvió conceder el amparo al quejoso respecto del artículo 19 de la Ley de Profesiones del Estado de Oaxaca, de Silva Nava y Lanz Cárdenas votaron en contra. Lanz Cárdenas manifestó que formular voto particular. Ausentes: Azuela Guitrón y Chapital Gutiérrez. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Marcos García José. Tesis número LXV/91 aprobada por el Tribunal en Pleno en Sesión Privada celebrada el jueves veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa y uno. Unanimidad de diecinueve votos de los señores ministros: Presidente Ulises Schmill Ordóñez. Carlos de Silva Nava, Ignacio Magaña

Cárdenas, José Trinidad Lanz Cárdenas, Samuel Alba Leyva, No, Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, José Antonio Llanos Duarte, Victoria Adato Green, Santiago Rodríguez Roldán, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordo Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Guitrón y Juan Díaz Romero. Ausente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. México, Distrito Federal, a veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y uno.⁴³

1.8.1. LA DEFENSA ADECUADA.

De acuerdo con la Constitución, para una mejor defensa debe ser necesario que el defensor sea abogado, es decir licenciado en Derecho con cédula profesional, ya que es quien conoce del derecho y está sujeto a los principios de la ética profesional, podríamos lamentar si la defensa se le confía a una persona de su confianza, por ignorar el derecho, o desconocimiento o el alcance de la misma.

Asimismo si no quiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio, empero no puede ser cualquier defensa, el desempeño negligente o ineficaz provocarán indefensión y violación a la garantía de audiencia, entre otras garantías.

Finalmente la fracción IX del apartado a) del Artículo 20 constitucional en estudio dice: "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".

Por lo tanto obliga al defensor, por la confianza en él depositada, de apoyar el silencio o negativa de su defenso, así como de presentarse las veces que sea necesario ante la autoridad ministerial.

⁴³ NOTA: Esta tesis también aparece publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 48, Diciembre de 1991, pág. 47.

1.9. LA GARANTÍA DE DEFENSA DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

1.9.1. ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL.

Por lo que respecta a este precepto constitucional en su primer párrafo establece:

“...La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con un policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...”

El maestro Ignacio Burgoa establece que: “De acuerdo con esta disposición, el gobernado no puede ser acusado sino por una entidad autoritaria especial, que es el Ministerio Público. Consiguientemente, mediante esta garantía queda eliminado el proceder oficioso inquisitivo del juez, quien no puede actuar, en el esclarecimiento de los delitos y en la determinación de la responsabilidad penal de sus autores, sin previa acusación del Ministerio Público...”⁴¹

Ante tal situación el precepto constitucional justifica la función del Ministerio Público, asimismo se le otorga la titularidad de la averiguación previa en relación a la persecución de los delitos.

En términos generales podemos decir que la investigación y persecución de los delitos le incumben únicamente al Ministerio Público, las cuales se inician por medio de la averiguación previa debiéndose aportar pruebas para la comprobación del cuerpo delito, asimismo para demostrar la probable responsabilidad, y en su caso solicitar la orden de aprehensión o de comparecencia, de igual manera ejercitar la acción penal mediante la cual se solicita a la autoridad juzgadora la aplicación de una pena.

⁴¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Op.cit.*, p. 656.

Por lo que en dicho precepto constitucional se establece que la autoridad judicial es quien impone la penas, y por su parte el Ministerio Público, es la instancia encargada de la investigación y con apoyo de la policía judicial para la persecución de los delitos; concretándose en la garantía orgánica de la estricta separación entre acusación y jurisdicción en el proceso penal.

Luego entonces, de dicha garantía se obtiene el aseguramiento de un proceso penal cognitivista y no decisionista, siendo que los sujetos procesales se encuentran plenamente diferenciados y en su oportunidad un tercero permitirá asegurar la imparcialidad en la toma de una decisión.

Correspondiéndole también a la autoridad ministerial recibir y desahogar pruebas, sin embargo en ocasiones no se lleva a cabo su desahogo, sino hasta ante la autoridad jurisdiccional, no obstante ello si se hace oportunamente estaremos ante una igualdad ante la ley.

A su vez la tesis jurisprudencial señala que:

“DEFENSA, GARANTÍA DE. Las diligencias practicadas por el Ministerio Público cuando actúa como autoridad investigadora y no como parte en el proceso sí son válidas, puesto que se adecúa a lo mandado por el artículo 21 constitucional, en el que se previene que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, debiéndose advertir que si el inculpado no ejercitó el derecho que tuvo para nombrar abogado que lo defendiera en la etapa de averiguación previa, la garantía constitucional establecida en la fracción IX del artículo 20 impone la obligación al juez de nombrar un defensor en caso de que el acusado no lo nombre, obligación que evidentemente es a cargo de la autoridad judicial, y no del Ministerio Público, y ya durante el proceso. Amparo directo 1261/75. Marcos Antonio Hidalgo Argote. 15 de

octubre de 1975, 5 votos. Ponente: Abel Huitrón y A. Secretario: Arturo Deigado Pimentel.¹⁴⁵

1.9.2. LA DURACIÓN DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN AVERIGUACIÓN PREVIA.

Por lo que respeta al párrafo séptimo del artículo 16 constitucional éste dispone que:

"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".

Por esta razón podemos observar claramente el plazo por medio del cual la autoridad ministerial puede retener a una persona que ha sido detenida en algún acto ilícito de flagrancia o urgencia. El plazo es de cuarenta y ocho horas, y al término de dicho plazo deberá ordenarse la libertad del indiciado o ponerlo a disposición del juez correspondiente.

En suma, no significa que el Ministerio Público tiene que agotar este plazo, sino que de lo contrario lo va a utilizar de acuerdo al estado de avance de la averiguación correspondiente, teniendo pues la obligación de integrarla o terminarla en este tiempo para estar en aptitud de consignarlo ante la autoridad jurisdiccional ejercitando así la acción penal.

¹⁴⁵ NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1975, Segunda Parte, Primera Sala, página 47, con el rubro "MINISTERIO PÚBLICO. VALIDEZ DE LAS ACTUACIONES PRACTICADAS POR EL". Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Séptima Época. Volumen 84 Segunda Parte. Tesis: Página: 51. Tesis Aislada.

Como regla general, no podrá exceder de ese término, nadie puede ser retenido para efecto de la averiguación por más de cuarenta y ocho horas.

Así entonces, por lo que respecta al indiciado por el solo hecho de verse involucrado en hecho delictuoso en una averiguación previa, no se le puede detener de manera indefinida. Luego entonces el Ministerio Público cuenta con plazo razonable para la integración de dicha averiguación, para evitar una desagradable impunidad, como en algunas ocasiones ha sucedido.

Marcando la diferencia que la palabra detener, se ha referido a la realización instantánea, por medio de la cual se priva de su libertad a una persona; asimismo la palabra retener, es considerada como el tiempo que dura esa privación de la libertad, durante la integración de la averiguación previa.

El Ministerio Público tiene la función de ejercer la acción penal, para poner al indiciado a disposición del órgano jurisdiccional, también poner en libertad al detenido, por lo cual no se afecta y no impide el curso de la averiguación previa con el solo hecho de dejarlo en libertad.

Además se permite duplicar el plazo de la privación de libertad o en los casos donde la ley prevea como delincuencia organizada. Tal como se establece en el artículo 268 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que establece lo siguiente: "En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada a que se refiere el artículo 254 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal". Entendiendo por delincuencia organizada, aquella figura que requiere que tres o más personas se organicen bajo una jerarquía para cometer un acto delictivo con fines lucrativos.

También se ordena sancionar todas las conductas que, se salgan de la esfera jurídica, y lesione la libertad individual.

Contar con plazos, claros y eficaces para la retención ministerial beneficia la libertad de los inculpados, otorgándole la oportunidad al Ministerio Público, para que integre la averiguación previa, y evitar que se evada o substraiga el probable responsable de la acción de la justicia, ya que la ley debe de ser pronta y expedita.

Es importante señalar que la duplicación del plazo de cuarenta y ocho horas para integrar la averiguación previa si fuere necesario ampliar este término; el detenido será puesto en libertad, sin afectar a la fase indagatoria continúe sin detenido. Dentro de esta posición la ampliación de este término implica en razón de la dificultad que la investigación e integración de la ya mencionada averiguación previa, debido a la capacidad que los delincuentes tienen, los recursos económicos que emplean para eliminar toda clase de huellas y testigos que puedan afectarlo en la averiguación previa, en virtud de que en esta fase se tienen que comprobar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpadado.

Concluyendo que en términos generales la detención ante la autoridad ministerial está reglamentada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual se da en la averiguación previa, bajo la más estricta responsabilidad del Ministerio Público.

1.9.3. TÉRMINO PARA LA INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA SIN DETENIDO.

Una vez que se encuentra sujeto a investigación un inculpadado y al no acreditarse por el momento el *Corpus delicti*, así como la probable responsabilidad del indiciado también debe de estar asistido por su defensor o persona de confianza, desde luego en este periodo el indiciado deberá ofrecer las pruebas que estimen pertinentes para una mejor defensa; he aquí la participación del Licenciado en

Derecho para poderlo asistir cuantas veces se le requiera al inculpado, ya que en todas y cada una de las diligencias realizadas por el Ministerio Público el indiciado deberá de estar asistido por su defensor o persona de confianza.

Cabe señalar que el tiempo que tiene el Ministerio Público para integrar la averiguación previa sin detenido conforme al ACUERDO número A/003/99, por el que se establecen las bases y especificaciones para la atención y el servicio a la población, los procedimientos y la organización de las agencias del Ministerio Público, en los siguientes artículos:

"Artículo 31. Las unidades de investigación sin detenido con competencia general organizarán sus actuaciones de acuerdo con lo siguiente:

...

VII. La carga de trabajo de cada unidad de investigación sin detenido será, en principio, de 100 averiguaciones previas en trámite en todo momento, iniciando y determinando cincuenta mensualmente, con un periodo de integración y determinación de la averiguación previa de **60 días**, salvo circunstancias excepcionales debidamente acreditadas;"

"Artículo 95. Los subprocuradores de averiguaciones previas, fiscales, responsables de agencia y agentes del Ministerio Público de investigación, en el ámbito de su competencia, serán responsables de que las averiguaciones previas se integren y determinen de acuerdo con lo siguiente:

I. Las averiguaciones previas con detenido se integrarán y determinarán de conformidad con el término establecido en el artículo 16 de la Constitución:

II. Toda averiguación radicada en unidad de investigación sin detenido, con competencia genérica, deberá integrarse y determinarse en un término **no mayor de**

60 días desde su inicio, excepto que de su naturaleza o requerimientos específicos se desprenda la necesidad de un término mayor, en cuyo caso el agente del Ministerio Público titular de la unidad correspondiente deberá informar al agente responsable de la agencia para que resuelva lo procedente; y

III. Las averiguaciones previas radicadas en unidades de investigación sin detenido y competencia especializada se integrarán y determinarán en el tiempo requerido por el Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las características particulares de la especialidad, la naturaleza del trabajo consecuente y tomando en cuenta las equivalencias que se establezcan en relación con las averiguaciones de las unidades de investigación sin detenido con competencia genérica”.

De lo que se colige que para la integración de una averiguación previa sin detenido por regla general es de 60 sesenta días, por lo que en este periodo el Ministerio Público tiene la facultad de que el inculcado se le cite para declarara cuantas veces sea necesario para la debida integración de la averiguación previa.

De ahí la importancia de la intervención o participación del defensor durante la averiguación previa, ya que al estar presente en todo interrogatorio que se le hace al individuo, puede darse cuenta si efectivamente se le esta respetando o haciendo valer su derecho a guardar silencio, también vigilar que sus declaraciones sean libremente emitidas. Por tal motivo se ejerce la garantía de defensa y de esta manera por consecuencia se protege el derecho de no autoincriminarse.

Desde luego si no se protege la libertad de declarar del indiciado en el momento de rendir su declaración durante la averiguación previa, en el proceso judicial puede iniciarse sobre la base de una confesión coaccionada o una confesión lisa y llana.

Cuando se impide la intervención del defensor durante la averiguación previa, puede causarse al inculpado daño jurídico que posteriormente pueden ser de imposible reparación en el proceso judicial, y con ello condenar a un inocente.

Asimismo a nivel constitucional, el indiciado tiene derecho de nombrar un defensor durante la averiguación previa. Dentro de la fracción IX apartado a) del artículo 20 constitucional, establece que si el procesado no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio.

Debe entenderse que al ser aplicable esta garantía dentro de la averiguación previa, al imponer al Ministerio Público el deber de hacer tal designación supletoria del defensor de oficio para los casos en que el probable responsable se negare a hacerlo, cumpliendo el Ministerio Público cabalmente con dicha formalidad y requisito, con la finalidad de integrar la Averiguación Previa.

Tal como se ha sostenido en la siguiente tesis jurisprudencial:

***DEFENSOR, FACULTAD DEL ACUSADO DE ASISTIRSE DE, A PARTIR DE LA DETENCIÓN.** La obligación señalada por la fracción IX del artículo 20 constitucional, en el sentido del nombramiento de defensor para el acusado, se refiere a cuando este ha sido ya declarado sujeto a proceso, momento en el cual es ineludible la obligación del juez de nombrarle defensor, en caso de que aquél no lo haya hecho; mas la facultad de asistirse de defensor, a partir de **la detención** del inculpado, concierne única y exclusivamente a éste, por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fue detenido, esa omisión es imputable al propio acusado y no al juez instructor. Octava Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Apéndice de 1995 Tomo: Tomo II, Parte TCC Tesis: 505 Página: 302. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Octava Época: Amparo directo 46/91. Fernando Narváez Yáñez. 19 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Amparo directo 54/93. Felipe Cano Cruz. 4 de marzo de 1993. Unanimidad de votos.

Amparo directo 280/93, Asunción Linares Rojas, 7 de julio de 1993. Unanimidad de votos. Amparo directo 426/93, Francisco García Paz, 23 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos. Amparo directo 53/94, Nicolás Piedras Méndez, 2 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. NOTA: Tesis VI.2o.J/305, Gaceta número 80, p g. 75; v,ase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIV-Agosto, pág. 352.⁴⁶

1.9.4.- LA ACCIÓN PENAL

Para el autor Guillermo Colín Sánchez afirma que: "El proceso solo puede darse si existe un impulso que lo provoque: la acción penal. La acción penal, está vinculada al proceso; en términos generales, es la fuerza que lo genera y lo hace avanzar hasta alcanzar la meta deseada."⁴⁷

Por otro lado el ilustre Giuseppe Chiovenda establece a la acción como: "el poder jurídico de realizar la condición para la actuación de la voluntad de la ley".⁴⁸

Asimismo el jurista Eugenio Florián afirma que: "la acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal".⁴⁹

El licenciado César Augusto Osorio Nieto define que: "La acción penal es la atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público por lo cual pide al órgano jurisdiccional competente aplique la ley penal a un caso concreto".⁵⁰

⁴⁶ Esta tesis en su voz y texto coincide con la jurisprudencia número 88 de la Sala Penal de la Suprema Corte, formada durante la Séptima Época y que aparece a fojas 199, Segunda Parte, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985.

⁴⁷ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op.cit., p. 303.

⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Revista de Derecho Procesal Civil, Madrid, España, 1957, p. 6.

⁴⁹ FLORIÁN, Eugenio, Elementos de Derecho Procesal Penal, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1934, p. 15.

⁵⁰ OSORIO NIETO, César Augusto. Op. cit. p. 24.

En base a lo anterior podemos establecer lo siguiente: la acción penal es el medio por el cual el Ministerio Público pide al Órgano Jurisdiccional que se le aplique a un inculpado una sanción, por lo que dicha acción penal da vida al proceso. Es decir, una vez reunidos los requisitos legales, el Ministerio Público puede en ese momento ejercitar la acción penal, dando así paso al periodo de la preinstrucción.

El investigador Fabricio O. Guariglia señala al respecto que: "Este deber del Ministerio Público de promover la acción penal ante la comisión de un delito, y que implica, a su vez, la prohibición de suspenderla una vez iniciada, es conocido como *principio de legalidad*, el cual excluye toda discrecionalidad por parte de los órganos de la persecución penal; estos órganos deben, entonces, cumplir a rajatabla con el deber impuesto e procura de una decisión judicial que solucione el caso planteado".⁵¹

1.10.- IMPORTANCIA Y OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ PROCESAL EN AVERIGUACIÓN PREVIA.

En todo proceso penal la importancia de la inmediatez procesal es de gran interés, debido a la cercanía de los hechos, o lo más próximo a un evento delictivo, en consecuencia es necesario que el inculpado deberá de estar siempre asistido de un Licenciado en Derecho, ya que en la práctica se han dado casos que el inculpado en su primera declaración argumenta un sin fin de hechos y posteriormente manifiesta hechos distintos, creando para el Juez incertidumbre respecto a las declaraciones del inculpado, por lo que recurre a la inmediatez procesal para resolver un asunto, de acuerdo a las constancias que obran en el sumario.

Es decir en algunas ocasiones un inculpado confiesa que cometió los hechos o hecho, ante el Ministerio Público y luego ante el juez se retracta de su primera declaración, negando los hechos o aceptando parcialmente los mismos.

⁵¹MAIER, B. J., Julio. Compilador; El Ministerio Público en el proceso penal, Editorial Ad-hoc S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2000. p.87.

Situación por la cual las primeras declaraciones prevalecen sobre la posteriores, pues el principio de inmediatez procesal resulta aplicable en el procedimiento penal, dada la cercanía de los hechos y de posibles asesoramientos o reflexión sobre los mismos, así como su espontaneidad, encontrando apoyo en las siguientes tesis jurisprudenciales emitidas por nuestro máximo Tribunal:

“DECLARACIONES DEL REO. INMEDIATEZ PROCESAL. Cuando el acusado rinde una primera declaración, en la que niega su culpabilidad en el delito que se le imputa, y luego, en una segunda declaración, da una versión que le perjudica, aceptando su responsabilidad penal, no puede invocarse el principio de inmediatez procesal, conforme al cual las primeras declaraciones del reo prevalecen sobre las posteriores, pues sería absurdo desestimar una segunda declaración, en la que el activo admite su culpabilidad, cuando éste tuvo tiempo de reflexionar e incluso preparar una mejor versión, en apoyo a su negativa inicial. La preferencia de las primeras declaraciones sólo se da cuando, primeramente, éstas perjudican al inculpado, y luego, en un afán defensivo, él las modifica en su beneficio, pero este principio lógico no opera a la inversa, o sea, cuando la primera declaración beneficia al que la rinde y luego la modifica en su perjuicio. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. Amparo directo 182/96. Camilo Olivares Casanova y Natividad Villanueva Lara. 13 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltasar Alvear. Secretario: Guillermo Salazar Trejo. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 187-192, Primera Sala, página 23. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo IV, Julio de 1996. Tesis: IX.1o.6 P Página: 385. Tesis Aislada.”

“PRINCIPIO DE INMEDIATEZ PROCESAL, INTERPRETACIÓN DEL DIVERSAS DECLARACIONES DEL REO. Es cierto que de acuerdo al principio de inmediatez procesal las primeras declaraciones del reo tienen ordinariamente mayor valor probatorio que sus posteriores versiones de los hechos, empero no menos cierto es que cuando las posteriores declaraciones del procesado se encuentran

corroboradas por otros medios que hagan más factible su credibilidad, debe entonces estarse a estas últimas. **SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.** Amparo en revisión 342/90. Félix Torres Mendoza. 10 de octubre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván. Amparo en revisión 233/89. Isaac Gómez Virgen Garza. 15 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo VIII-Agosto. Tesis: Página: 207. Tesis Aislada.”

“PRINCIPIO DE INMEDIATEZ PROCESAL, INTERPRETACIÓN DEL DIVERSAS DECLARACIONES DEL REO. Atendiendo al principio de inmediatez procesal, las declaraciones iniciales del inculcado deben prevalecer sobre las posteriores, si éstas no se encuentran corroboradas con diverso medio de prueba, porque las originalmente verdidas fueron rendidas sin tiempo suficiente de meditación y aleccionamiento. **PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.** Amparo directo 295/91. Amador Balderas Padilla. 19 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Díaz Infante Aranda. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Época: Octava Época. Tomo VIII-Agosto. Tesis: Página: 206. Tesis Aislada.”

“INMEDIATEZ, VALIDEZ ABSOLUTA PARA TODAS LAS PRUEBAS DEL PRINCIPIO DE. No es exacta la afirmación en el sentido de que el principio de inmediatez procesal tenga vigencia única y exclusivamente en tratándose de las declaraciones de los inculcados, pues ese principio tiene validez absoluta y relación con todos los elementos probatorios que se allegan al proceso, pues es lógico que las pruebas aportadas inmediatamente después de sucedidos los hechos, por su espontaneidad y falta de preparación, tengan un mayor valor probatorio que otros diversos elementos que expresamente se ofrezcan en el proceso para acreditar la inocencia de los inculcados. Amparo directo 4805/72. Salvador Guzmán Palencia. 2

de febrero de 1973. Mayoría de 3 votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera. Disidentes: Ernesto Aguilar Álvarez Y Manuel Rivera Silva. NOTA (1): En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: "Véanse: Tesis de Jurisprudencia números 78, 79 y 284, Apéndice 1917- 1965, Segunda Parte, Págs. 171, 173 y 563". Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Séptima Época. Volumen 50 Segunda Parte. Tesis: Página: 19. Tesis Aislada."

Por lo que es de vital importancia la presencia del licenciado en Derecho para dar el debido cumplimiento al principio de inmediatez procesal debido a la cercanía de los hechos y del posible aleccionamiento por parte de terceros, o reflexión sobre un hecho determinado, aunado a la espontaneidad de los mismos.

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

Así tenemos que la garantía constitucional de la defensa exige que las normas procesales que organizan y reglamentan el derecho de defensa, y en el presente caso en el Distrito Federal, se debe contener los medios para su debida aplicación.

De esta forma el interés que se tiene es que no se prive de una adecuada y oportuna tutela de los derechos del inculpado, sino mediante un proceso legal y que en su caso concluirá con una sentencia fundada en base a los datos arrojados en el expediente.

Por lo que en la etapa de averiguación previa es exigible el derecho de defensa para el correcto ejercicio del derecho. Debiendo cumplir con el sistema de garantías del proceso, en virtud de un mandato constitucional que obliga a la protección de los derechos y no a perjudicarlos.

El artículo 269 de la ley adjetiva procesal antes señalada establece lo siguiente:

“Cuando el inculpado fuere detenido o se presentará voluntariamente ante el Ministerio Público, 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:

- a) No declarar si así lo desea;
- b) Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará 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 la cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el acta de averiguación previa;

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

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

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

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

IV.- Cuando el indiciado fuere un indígena o extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que la hará saber los derechos a que se refiere este artículo. Si se tratare de un extranjero la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda."

Se puede decir que el artículo 269 de la ley adjetiva procesal para el Distrito Federal viene darle cumplimiento al apartado a) del párrafo cuarto de la fracción X del artículo 20 de la Constitución Federal, enunciando la palabra averiguación en lugar de proceso. Esto permite leer con más claridad los derechos otorgados en la averiguación previa, debido a que en este apartado se alude con todo detalle a cada uno de los derechos otorgados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos refiriéndose únicamente a la averiguación previa.

1.12. EL DERECHO DE DEFENSA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México es una República representativa, democrática y federal, constituida por estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación de acuerdo al artículo 40 constitucional.

Tenemos que la jerarquía normativa, según el artículo 133 de la ley fundamental de México, la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que de ella emanen y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o las leyes de los Estados.

La vigencia de la Constitución mexicana, así como a los demás cuerpos normativos, se tiene la jerarquía del orden jurídico en el Derecho mexicano siendo la siguiente:

1. La Constitución;
2. El tratado internacional,
3. La ley federal;
4. La ley ordinaria;
5. El decreto;
6. El reglamento, y

ESTA TESIS NO SE
DE LA BIBLIOTECA

7. Las normas jurídicas individualizadas.

Ante tal tesitura la organización política responde al siguiente principio: la supremacía de la Constitución. Esto implica que ningún poder en México puede hallarse sobre la Constitución: ni el Gobierno federal, ni los Estados, ni los órganos de los gobiernos federal o local. Por ello, toda autoridad está limitada por esta ley fundamental y a ella sometida.

En conclusión la Constitución es la norma suprema del país y todas las autoridades, sea cual fuere su jerarquía, deben ejercer su actividad de acuerdo a los mandatos y en concordancia con los principios que en ella se determinan.

Por lo que los tratados internacionales que estén de acuerdo con la Constitución, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, son de cumplimiento obligatorio o de observancia general en todo el país. Prevalciendo entonces los tratados de los derechos humanos sobre las leyes secundarias.

La noción de los derechos fundamentales, deben de aplicarse al caso concreto la norma más favorable, como se ha señalado en el cuerpo del presente estudio, y más aún tratándose de un inculpado.

Nos dice el tratadista Casimiro A. Varela que "en cuanto a la regla *pro hominis* son los mismos tratados de derechos humanos los que establecen, en algunas de sus cláusulas, que ninguna de sus disposiciones autorizan a limitar o restringir el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad reconocido por otra norma internacional o nacional vigente".⁵²

De igual forma señala el jurista Casimiro A. Varela en cuanto a las reglas procesales que "así la declaración universal de derechos Humanos, aprobada por la

⁵² VARELA, Casimiro A., *Op.cit.*, p.180

Resolución 217 A de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, estatuye que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocido por la Constitución o por la ley".⁵³

Con ello se debe establecer el acceso a la jurisdicción, para así el Estado asegure al indiciado sus derechos a través de las garantías necesarias para la defensa adecuada, con anterioridad a la sentencia, es decir en la averiguación previa.

Asimismo el Ministerio Público tomará en cuenta la presunción de inocencia de todo imputado de delito mientras se integra la averiguación previa, el plan de igualdad en el proceso, otorgamiento del tiempo y de los medios adecuados para su defensa, y el derecho del indiciado de defenderse por sí, o de no serlo se hará por un tercero, es decir elegir un defensor para comunicarse libre y privadamente con él.

Se tiene también la del derecho irrenunciable de ser asistido por un perito en la materia proporcionado por el Estado si el indiciado no se defendiere por sí, ni nombrare defensor alguno dentro de los lineamientos establecidos por la ley.

Es importante señalar que cuando se coaccione al indiciado para obtener la confesión del indiciado y no esté presente el defensor, dicha confesión no será válida, pues al faltar este requisito, no se cumplirá con lo establecido en el artículo 249 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

De ahí la importancia de que le asista el defensor desde el inicio de la averiguación previa, para el debido respeto de los principios procesales que el código procesal contiene.

⁵³ Ibid. p. 180.

1.13. SISTEMAS PROCESALES

Debemos de tener presente que para enjuiciar a alguien a quien se le atribuye la comisión de una conducta relevante para el derecho penal, tenemos tres sistemas que son los siguientes:

a) El acusatorio.

Se señala que el sistema acusatorio fue el propio de los griegos.

Nuestro sistema procesal vigente, tiene una relación directa con el derecho de defensa, ya que de las posibilidades que se asegure a ésta, se obtendrá una mayor o menor oportunidad garantista, pues tenemos por una parte el Ministerio Público, el acusado y el Juez que es imparcial.

Nos dice el ilustre autor Luigi Ferrajoli, que "precisamente, se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe a juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa".⁵⁴

Caracteres.

De acuerdo con la doctrina podemos establecer lo siguiente:

⁵⁴ Ibid, p.564.

1. El órgano jurisdiccional se diferencia de la acusación y defensa, sus funciones la realizan de forma independiente. La jurisdicción se ejerce por tribunales populares.

2. El enjuiciamiento es tramitado verbalmente, y solo lo esencial se hace por escrito. Se lleva una sola audiencia.

3. No hay un límite para ofrecer pruebas, y no existe la tasación de su valor.

4. El Ministerio Público y la defensa actúan en contradicción e igualdad.

5. El indiciado se encuentra en libertad mientras dura el juicio.

b) El inquisitivo.

Por su parte el sistema inquisitivo apareció con el Imperio Romano, siendo el típico del Derecho canónico.

Aquí no opera el órgano acusador autónomo, ya que el encargado de investigar, reúne las pruebas y dirige el curso del proceso, por lo que éste es escrito y secreto, el juez investigador y acusador es quien resuelve de la causa con la cual la garantía de imparcialidad se ve afectada.

Caracteres.

1. Se concretan en un solo órgano las actividades de acusación y decisión judicial, y podría darse también la defensa. Aquí se trata de jueces profesionales y permanentes.

2. Aquí encontramos el secreto de las actuaciones. Se realizan diversas audiencias.

3. La prueba se restringe y su valor se encuentra tasado por la ley.

4. No hay un equilibrio entre el Ministerio Público ya que tiene preeminencia sobre la defensa.

5. El inculcado se encuentra en prisión preventiva durante el proceso.

c) el mixto.

El sistema mixto recoge características de ambos modelos. En virtud de que en la integración de la averiguación previa se acoge el modelo inquisitivo, ya que predominan la escritura y el secreto, y en proceso seguido ante el Órgano Jurisdiccional, es preferentemente acusatorio y tiende a la publicidad y la oralidad, no obstante que todo lo actuado se queda inserto en constancias.

Señala el tratadista Juan Montero Aroca que "...no existen dos sistemas por lo que pueda configurarse el proceso, uno inquisitivo y otro acusatorio, sino dos sistemas de actuación del derecho penal por los tribunales, de los cuales uno es no procesal, el inquisitivo, y otro procesal, el acusatorio. El sistema inquisitivo responde a un momento histórico en el que los tribunales imponían las penas, pero todavía no por medio del proceso"⁵⁵

Todo lo anterior nos lleva a concluir válidamente que el sistema procesal mexicano, adopta un sistema de procedimiento penal mixto. Ello es así, en virtud de que se establece la pluralidad de partes en el proceso, cada una con funciones claramente definidas e independientes, característico del modelo acusatorio; si embargo, en la primer etapa, concretamente en la averiguación previa, se sigue la escritura y el secreto, que forman parte del sistema inquisitivo, sin embargo, se reconoce la defensa del indiciado, lo que advierte inicialmente el principio de contradicción procesal, propios del sistema acusatorio.

⁵⁵ MONTERO AROCA, Juan, Op.cit. p.28.

Y por su parte en el procedimiento de instrucción, se admite la oralidad, la publicidad, el principio de contradicción, de libre defensa y sigue el sistema de valoración de pruebas mixto.

Aún cuando se encuentren estructuralmente integrados a éste, como el defensor público oficial, pues éste, al igual que la defensa particular, ejerce su función con autonomía plena ante los órganos de acusación y resolución.

Con la adopción del sistema mixto, el legislador propugnó establecerle equilibrio procesal, sin que pase desapercibido que en algunas ocasiones la sociedad, sigue pretendiendo hacerse justicia a sí misma, violentando los derechos humanos, como han sido los casos de linchamiento que ya tan frecuentemente nos presentan los medios de comunicación, prejuzgando a las personas sin que se respete el derecho a ser oído, de lo que podríamos decir que no encontraríamos ante un Estado bárbaro.

El sistema procesal penal en los Estados modernos democráticos, y para estar en el marco de los valores democráticos, es necesario respetar el principio de legalidad, y en lo que se refiere al Distrito Federal, contemplados en los artículos 14 y 16 constitucionales.

Ante tal tesitura se necesitan, para efectos de nuestro estudio, la observancia de las siguientes garantías⁵⁶:

1. Principio de jurisdiccionalidad (nulla culpa sine iudicio).

El principio de jurisdiccionalidad asegura la prevención de las venganzas y de las penas privadas, el juicio viene simplemente requerido por el conjunto de las garantías penales o sustanciales.

⁵⁶ Cfr. Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Valladolid, 1995, p.93.

En este sentido al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba.

2. Principio acusatorio o de separación entre el juez y la acusación (*nullum iudiciuem sine accusatione*).

El principio acusatorio, es la organización de la actividad judicial: por un lado, a la distribución de funciones entre juez y acusación, y por otro, a los procedimientos y métodos de averiguación que definen el juicio, es decir la división del procedimiento en dos fases, primeramente la investigación, y en segundo lugar la decisión del hecho punible. Asimismo se caracteriza al principio acusatorio, el ejercicio y mantenimiento de la acusación por órgano distinto al Juez.

3. Principio de la carga de la prueba o de verificación (*nulla accusatio sine probatio*).

Dicho principio de la carga de la prueba o de verificación, consiste en la carga de la prueba que pesa sobre el acusador.

4. Principio contradictorio, o de la defensa o de la acusación (*nulla probatio sine defensione*).

La formulación de la imputación, con la que se formaliza la hipótesis acusatoria y se hace efectiva la contradicción.

El desplazamiento de la carga de la prueba sobre la acusación comporta, lógicamente, el derecho de defensa para el inculpado. La defensa, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes.

CAPITULO SEGUNDO

LA DEFENSA ADECUADA DEBE SER UN LICENCIADO EN DERECHO.

2.1. DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DEL ABOGADO.

La lucha permanente entre las dictaduras y las democracias, el capitalismo y el socialismo, entre las corrientes materialistas y las humanistas del mundo en el que vivimos, de igual forma los conflictos normales de la vida humana, la profesión del licenciado en derecho está sometida habitualmente a diversas presiones que tienden a desnaturalizarla y ponerla al servicio del fuerte contra el débil, de los gobernantes contra los gobernados, y por lógica a poner trabas a su realización cuando se trata de los segundos.

Al respecto opina Anthony Giddens que "La diferenciación del derecho, tal como surge del puro derecho consuetudinario, hace accesible este desarrollo a la lógica de las reglas de pensamiento, al pluralismo de los intereses económicos, y al establecimiento de fines y a la unificación relacionada con el proceso político legislativo central. Parte de acción de la comunidad y se acerca a los ámbitos del pensamiento científico y cultural, del intercambio económico y del ejercicio del poder político; como tal, ocupa una nueva posición en tanto que zona de interpenetración entre estos campos de acción extremos".⁵⁷

Por ende se ha llegado a integrar una gran masa de débiles, que ha dado lugar al nacimiento del derecho procesal penal.

La Deontología, como teoría de los deberes, también aplicable a los estudiosos del derecho, forma parte de la Ética que, a su vez, es parte de la filosofía.

⁵⁷ GIDDENS, Anthony, La teoría social, hoy, Editorial Alianza, Madrid, 1990, p.193.

Los valores prácticos de la teoría de los deberes del jurisprudente que siendo aplicables a cada una de sus especialidades y suposiciones en que pueden actuar habrán, de ser enriquecidos por nuevos aspectos.

Luego entonces el jurista ha percibido la necesidad de que en sus escuelas y facultades se examine, cuando menos, la deontología, como teoría de sus deberes; o de la ética jurídica, que lo orienten en sus relaciones con el inculcado, para saber la resolución del conflicto de conciencia que le plantea en cada momento frente a nuevas situaciones o relaciones humanas más o menos complejas.

Tenemos por una parte como ser humano que es el jurisperito, cualquiera que sea su sexo, su edad o su condición social, no debe poner en práctica forma alguna de la crueldad, o la indiferencia ante ella, ya que debemos de tomar en cuenta los principios emanados de la doctrina y plasmados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por nuestras leyes sustantiva y adjetiva.

No se debe de caer en lo inhumano, sea de carácter psíquico, físico o social, ni permitirlo en los demás, toda vez que sería ilegal o antijurídico. Por lo que en la materia penal debe reexaminar la innecesaria crueldad de la cárcel como medida sistemática, que se aplica por costumbre, más que por la utilidad que tenga para la readaptación del delincuente.

El profesionista goza de la presunción de ser hombre apegado al estudio; que sabe esgrimir la razón, el derecho y que domina la interpretación jurídica y humana de sus contenidos, en todo conflicto en que intervengan.

La realidad personal esto es, profundizar los conocimientos y a meditar, antes de cada actuación, para defender los derechos fundamentales contemplados en nuestra Constitución.

Por supuesto, como profesionista, la sociedad puede suponer que se trata de un hombre culto, desde luego erudito en cualquier materia, ya que éste es el que conoce datos de varias materias, ciencias o artes y lo sabe aprovechar en el momento oportuno.

El abogado, al cultivar su profesión por medio del ejercicio diario y previo estudio, debe ser influido por ella, afinando su personalidad, ya que su interés es dar lo mejor de sí a los demás, ya que en él se encuentra la esperanza de ejercer el derecho de defensa.

Con la adquisición constante de nuevos conocimientos y el ponerlos en práctica, favorece la superación de los diversos aspectos de su vida, cuando ella se pone al servicio de los hombres.

Por otra parte el abogado debe ser conocedor de los principios generales del Derecho, los de cada rama, los singulares de cada ley que encare las necesidades colectivas, y ser sabedor de las particularidades de cada organización, para que le sirvan de fondo en la percepción de las manifestaciones individuales o sociales.

Saben estudiar y valorar, en casos de conflicto, unas frente a otras, para encontrar las que sean justamente valederas, para cumplir con la defensa penal.

En el ejercicio diario, se ha definido si se dedicará a la investigación, al estudio general o particular de una materia, a la cátedra o a la atención de clientes individuales, colectivos, particulares o gubernamentales.

En tanto que dentro del Estado, deberá aceptar las calidades de consultor, patrono, funcionario de política, administración o judicatura, o si cumplirá tal o cual misión.

El autor Eliaz Díaz establece que "se entiende generalmente por control social el <<conjunto de los medios y de los procedimientos por medio de los cuales un grupo o una unidad social encamina sus miembros a la adopción de los comportamientos, de las normas, de las reglas de conducta, en una palabra, de las costumbres, que el grupo considera como socialmente buenas>>".⁵⁸

Teniendo presente que el derecho invade con su amplitud y con sus justos preceptos todos los ámbitos de la vida humana, dependiendo de ello si se cumplirá y será fiel a su función hasta su culminación.

Los honorarios es una delicada materia, ya que al fijarlos tomará en cuenta la dificultad del caso, el tiempo de estudio y trabajo que invertirá, el gasto profesional necesario, la situación de su cliente en lo personal, lo social, lo político, lo económico y los factores que podrán compensar su esfuerzo sin ser precisamente honorarios; las necesidades personales, así como el sistema de pago, que debe adaptarse a las condiciones del inculpado de forma particular.

Cobrándose pues según los resultados del litigio, procurará la formulación y firma de un contrato por los honorarios, para determinar el monto de honorarios, forma de cubrir los gastos del litigio y asegurando el cumplimiento al explicar al cliente el alcance del contrato y las garantías para el caso de incumplimiento o imposibilidad de alguna de las partes, ya que actuando de forma particular el indiciado es quien tendrá que cubrir los honorarios del abogado.

Así pues, el caso se debe de estudiar a fondo, sin permitir que se le presione para actuar al abogado o Licenciado en Derecho, mientras no tenga la seguridad de lo que se debe de hacer.

⁵⁸DÍAZ Eliaz, *Sociología y Filosofía del Derecho*, editorial Taurus, Salamanca, Madrid, 1971, p. 14.

No aconsejará ni pondrá conductas inmorales, dañosas o delictuosas, a favor o en perjuicio de alguien. De igual forma no hará nada en contra de quien le rechazó o a quien él decidió no llevar su asunto.

El defensor de oficio a favor de individuos o colectividades, se entregará al servicio de sus funciones sin reservas, pero sin olvidar los aspectos ya mencionados antes.

De no contar con provisión para gastos indispensables del asunto, hará que el beneficiario los cubra o buscará que una institución idónea otorgue la asistencia económica, ya que la mayoría de la gente no cuenta con los recursos necesarios para sufragar los gastos de un litigio o asunto.

Debiendo velar por la protección de los débiles frente a los fuertes, cualquiera que sea su ubicación en la existencia; luchará por la destipificación de delitos cuya persecución causa más daños que ellos.

En toda función profesional que el abogado cumpla, actuará eficientemente para estar a tiempo y usar de la fuerza de su convicción por alcanzar justicia y, cuando ello no fuere posible, al menos obtener el cumplimiento de la ley.

Siendo leal al inculpado al adversario y su fidelidad a la sociedad de que forma parte. Tomará en cuenta los elementos de juicio que se le proporcionen y buscará los que no tenga a la mano.

En los casos de que la parte contraria le manifiesta su verdad, debe no sólo analizarla, sino evaluarla, saber su alcance y obrar en consecuencia.

Atenderá sus obligaciones y trabajará respetando la dignidad y libertad ajenas; demostrando la fe y su confianza en el derecho y en las instituciones, sabrá responder en los casos interesados de otros seres humanos.

Por eso al examinar un caso y elaborar su defensa hasta terminarlo, debe evitar la arrogancia del triunfador o el resentimiento del derrotado, por que si bien es verdad no debe tomarlo como si fuera propio, no permitirá que la pasión le domine y nulifique su serenidad y su equilibrio al mezclarse con el ejercicio profesional.

En ocasiones la sociedad se queja de la inmoralidad judicial o de la carencia de una buena administración de justicia. Así pues, encontramos en la realidad la falta de selección del Ministerio Público, que trabajan lejos de sus aficiones o especialidades, lo que ya constituye un serio impedimento de desarrollo sano.

Se ha encontrado en ciertos asuntos escasez de conocimientos del abogado, inactividad, falta de estudio de fondo, particularmente si se trata de un inculpado con escasos recursos, ignorantes, incapaces o de baja capacidad mental.

Frecuentemente los abogados no observamos a los contenidos de otras disciplinas científicas, artísticas o políticas, cuando ahora es común que en otras profesiones se practique ya, no solamente la multidisciplina sino la interdisciplina.

Tenemos la obligación de modernizar nuestra actividad profesional tomando en cuenta la complejidad humana y la necesidad de estudiarla desde diversos puntos de vista, por medio de nuestra conexión, correlativa, con otras actividades humanas que obligadamente deben influir en la composición y la integración del servicio jurídico al hombre, ya que no solamente es sujeto y objeto del derecho, sino que es producto biológico, psicológico y social.

Toda vez que para servir al ser humano debemos de comprenderlo por la situación en que se encuentra.

El derecho a simple vista es fácil, pero en realidad es una de las disciplinas más difíciles en su ejercicio, pues en materia penal en las manos de un Licenciado en Derecho se encuentra la libertad de una persona, ya que el sentido del derecho

no puede dejar de conocer a la persona humana, valiéndose del trabajo conjunto de diversas ciencias con la jurídica.

El abogado tiene que amar a su profesión, para profundizar en su conocimiento y cuidar el atender las causas que considera justas y, cuando no lo son, vela porque el derecho sea aplicado idóneamente al injusto, sin prometer privilegios o querer alcanzar imposibles u objetivos inalcanzables.

En algunas ocasiones, los policías presentan como criminales a meras víctimas, para proteger a los verdaderos y poderosos culpables, lo que la Representación Social debe poner atención en estos casos.

Algunos policías privan de alimentos a los detenidos o los conservan incomunicados; también los atormentan moralmente o amenazan a quienes tienen la razón, persiguiendo a los familiares del detenido, alguno son torturados moralmente y físicamente a los detenidos, dejando o sin dejar huellas, en ocasiones se aplican interrogatorios insidiosos, o prologándose por muchas horas o días, lo que no está permitido pero se hace en la vida práctica.

De ahí la importancia del licenciado en Derecho que este presente desde que el inculcado se encuentre detenido ante el Ministerio Público, con el objetivo de vigilar la actividad de la autoridad ministerial.

En algunos casos como el narcotráfico, secuestro y asociación delictuosa, suelen las autoridades ministeriales atentar contra los abogados y sus familiares.

No se ha encontrado una verdadera organización entre nosotros, para enfrentar a aquellas personas que por sus actos negativos infringen la ley al amparo del derecho, para que sean juzgados y condenados, como cualquier persona común.

Debemos tener siempre presente que el abogado, en cualquier actividad que ejerza, no puede ni debe olvidar el bien común.

Una injusticia cometida contra el sujeto más insignificante trasciende y redundando en desconfianza contra los tribunales o contra el gobierno, y por ende habrá un desequilibrio jurídico y, como consecuencia, el social.

De ahí que la constante e inmovible voluntad de hacer justicia en lo individual o lo colectivo, que comprende el dar servicio al hombre hasta alcanzar la seguridad jurídica y por supuesto el bien común.

2.2.- PRINCIPIOS DE LA DEFENSA.

El Abogado como sinónimo de Licenciado en Derecho, el que, contando con el título universitario correspondiente, en calidad de ejerciente y como tal se dedica al asesoramiento, dirección y defensa de los derechos e intereses ajenos ante los tribunales de cualquier índole, aplicando la ciencia y técnica jurídica. La abogacía es una profesión liberal que, en orden a la justicia, otorga de manera exclusiva y excluyente la posibilidad de defensa jurídica de las partes intervinientes en un litigio.

En la relación del abogado con el indiciado se distinguen los siguientes elementos de mandato, gestión y representación; pactándose los honorarios que percibe el abogado como compensación económica adecuada por los servicios prestados.

El abogado tiene el deber de cooperar con la administración de justicia mediante la defensa jurídica de los intereses que le sean confiados o conferidos. La actuación de éste debe ser siempre libre e independiente y, como profesional, el abogado recibirá el amparo de los tribunales en su libertad de expresión y defensa, es decir la litis que plantea ante los tribunales.

Por ende la dignidad de la función del abogado en el goce de todos los derechos inherentes a la misma y como contrapartida se le exige probidad, lealtad y veracidad en el fondo de todas sus declaraciones, así como dirigirse de forma respetuosa en sus peticiones y siempre guiado por el principio de buena fe.

Por lo tanto el abogado tiene el deber y el derecho de guardar secreto profesional de todos los hechos y noticias que conozca por razón de sus funciones y no puede ser obligado a declarar sobre los mismos.

Como ya se ha establecido la asistencia del licenciado en Derecho, es el servicio que prestan los abogados aplicando sus conocimientos jurídicos a la defensa de los intereses del inculgado.

La asistencia del defensor es uno de los derechos del detenido. Así, toda persona que se encuentre detenida tiene derecho a designar a un abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias durante la averiguación previa durante su declaración ministerial y para que intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto.

En el caso de que el detenido no designara un abogado, se le asignaría uno de oficio actualmente defensor público, por lo que tendrá que acudir a tal efecto con la mayor celeridad al centro de detención asistiéndolo en su declaración ministerial.

El abogado responsable de asumir esta asistencia solicita, que se informe, de modo que le sea comprensible al detenido, de los hechos que se le imputan, de las razones por las que se le ha privado de libertad y de los derechos que se le confieren por la ley, como son entre otros los siguientes: derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo, a ser asistido de forma gratuita por un intérprete si es extranjero o no entiende la lengua española, aunque sea la oficial del país, por tratarse de otra la lengua que conoce; por ejemplo, los problemas lingüísticos de determinadas comunidades indígenas.

El abogado puede pedir la declaración o ampliación de la misma considerándolo oportuno, así como que conste en acta cualquier circunstancia que se haya producido durante la práctica de las diligencias realizadas por el Agente del Ministerio Público.

En las legislaciones se prevé que el detenido pueda renunciar a su derecho de asistencia de su defensor.

2.3.- REQUISITOS PARA SER LICENCIADO EN DERECHO.

La base constitucional para ejercer la función de Licenciado en Derecho se encuentra en el artículo 5o, en el segundo párrafo de la Ley Reglamentaria, que a la letra reza:

"La Ley determinará en cada Estado cuales son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo".

Ante tal tesitura, tenemos como antecedente que el Congreso Federal expidió la Ley Reglamentaria de los dispositivos 4o. y 5o., promulgada el 30 de diciembre de 1944, Diario Oficial de 26 de mayo de 1945.

Actualmente en la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, en su artículo 2º segundo que a la letra dice:

"Las leyes que regulen campos de acción relacionadas con alguna rama o especialidad profesional, determinarán cuáles son las actividades profesionales que necesitan título y cédula para su ejercicio".

Por lo que en artículo segundo Transitorio del Decreto de 31 de diciembre de 1973, publicado en el Diario Oficial de 2 de enero de 1974, que a la letra dice:

“SEGUNDO. En tanto se expidan las leyes a que se refiere el artículo 2º, reformado, las profesiones que en sus diversas ramas necesitan título para su ejercicio, son las siguientes:

.....
Licenciado en Derecho

..”

Así tenemos que, el tercer artículo de la Ley Reglamentaria del artículo 5º. constitucional establece que toda persona a quien legalmente se le haya expedido título profesional o grado académico equivalente, podrá obtener cédula de ejercicio con efectos de patente, previo registro de dicho título o grado.

Aquí en el Distrito Federal en la Universidad Nacional Autónoma de México se requiere cursar el Plan de Estudios correspondientes a la carrera de Derecho con una duración de cinco años divididos en diez semestres, debiendo acreditar ocho materias por cada semestre.

Asimismo, para obtener dicho Título se requiere realizar la prestación del servicio social, así como elaborar una tesis profesional y aprobar un examen profesional en relación a la tesis, ante tres sinodales, siendo la forma más común.

En algunas universidades privadas, como por ejemplo la Universidad del Valle de México, la carrera de Licenciado en Derecho su duración es de cuatro años dividido en ocho semestres.

Del mismo modo, para obtener el Título de Licenciado en Derecho, en esta Universidad se requiere realizar la prestación del servicio social, así como elaborar una tesis profesional y aprobar un examen profesional en relación a la tesis, ante tres sinodales, siendo la forma más común, además de acreditar un idioma extranjero.

Cumpliendo con lo antes anotado se expide un título profesional por las instituciones del Estado o descentralizadas, y por instituciones particulares que tengan reconocimiento de validez oficial de estudios, a favor de la persona que haya concluido los estudios correspondientes.

Una vez expedido el título profesional se debe de registrar ante la Dirección General de Profesiones, dependiente de la Secretaría de Educación Pública, expidiendo esta la cédula profesional para el ejercicio profesional de dicha carrera.

Al respecto tenemos la siguiente tesis jurisprudencial que indica que:

“PROFESIONES, REGISTRO DE TÍTULOS EN LA DIRECCIÓN GENERAL DE. (ARTICULO 26 DEL REGLAMENTO DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 4o., Y 5o., CONSTITUCIONALES, RELATIVA AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES Y EN MATERIA FEDERAL). El artículo 26 del Reglamento de la Ley Reglamentaria de los artículos 4o., y 5o., de la Constitución Federal, relativos al ejercicio de las profesiones en el Distrito y Territorios Federales y en Materia Federal, al disponer que el registro surtirá todos sus efectos desde el día y la hora en que se hubiere presentado la solicitud respectiva en la Dirección General de Profesiones, únicamente quiere referirse a que, una vez que se acceda al registro de un título profesional, ese registro surtirá efectos, desde la fecha de presentación de la solicitud correspondiente, sin equiparar la solicitud de registro con éste, sin embargo, basta con que se acredite fehacientemente que se ha solicitado ante la Dirección General de Profesiones, el registro de un título profesional, para que con ese sólo hecho se esté facultado legalmente para ejercer la profesión, mientras la mencionada

Dirección resuelve si es de accederse, o no, al registro. Por tanto, basta con que el recurrente haya acreditado ante el Juez de Distrito, por medio de una certificación federal, que desde cierta fecha solicitó a la Dirección General de Profesiones el registro de su título de Abogado, para que por ese sólo hecho dicho recurrente esté facultado legalmente para ejercer su profesión, mientras la mencionada Dirección resuelve si es de accederse, o no, al registro. Amparo en materia de trabajo. Revisión del auto que tuvo por no interpuesta la demanda 5669/47. "Almacenes Nacionales de Depósito" S. A. 8 de julio de 1948. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Instancia: Cuarta Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo XCVII. Tesis: Página: 252. Tesis Aislada."

2.4. LA ABOGACÍA, SUS PRINCIPALES COMPETIDORES.

En la práctica profesional los principales competidores de los abogados, son aquellas personas que realizan funciones de abogado, es decir las personas de confianza, algunos denominados "coyotes", y gestores que realizan trámites penales sin aportar nada al caso concreto.

Aquellas personas que a través del tiempo van conociendo los trámites como asistirlos en su declaración ministerial, ya que no es necesario que sean abogados o licenciados en Derecho, y por ende se aprovechan de dicha situación para obtener algún lucro, pero sin que se le defienda al inculcado aún cuando se violentan sus derechos.

En algunos Estados de la República Mexicana se les conoce como "huizacheros", personas que conocen de los Códigos Penales y de Procedimientos Penales, así como los derechos que emanan de la Constitución Federal.

De igual forma en el Distrito Federal los "coyotes" son concedores de dichas leyes, aplicándolas únicamente para administrativos, y cuando se trata de alguna

violación de derechos del inculpado no saben nada al respecto y dejan al inculpado en estado de indefensión.

Como se ha dado en la práctica, algunos "coyotes" por ganar algún dinero solo en lugar de beneficiar al inculpado lo incrimina aún más por no tener los conocimientos jurídicos necesarios para defender a una persona, dejándolos en estado de indefensión.

Sin embargo dichas personas, pueden incurrir en el delito de usurpación de profesión, es decir cuando se ostenta como licenciado en Derecho, de igual forma los estudiantes de Derecho incurrir en dicho delito, al representar a un Indiciado y en otras materias, sin embargo para efectos de nuestro trabajo de investigación nos limitaremos a hacerlo en materia penal.

Por lo que la mayoría de las personas que al representar a un inculpado en un caso de índole penal, se atribuyan el carácter de defensor y realicen funciones de dicha actividad profesional, al margen de incurrir en otros delitos como al presentar alguna cédula profesional en calidad de licenciados en Derecho, sin que esta sea original, incurrirá de igual forma en algún delito como el uso de documento falso.

Ya que en el artículo 323 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal señala que:

"Al que se atribuya, ofrezca o desempeñe públicamente sus servicios como profesionista sin serlo, se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión o de cien a trescientos días multa".

Por lo que la persona que ofrezca los servicios de abogado o desempeñe dichas funciones como si lo fuera y al no tener un título profesional, será acreedor a una pena de prisión y multa como lo establece el anterior artículo, corriendo el riesgo de ir a la prisión.

Como ya lo hemos señalado en el cuerpo del presente trabajo, pueden incurrir también el delito de usurpación de profesión que regula el artículo 323 del Nuevo Código Penal que a la letra dice:

“Al que se atribuya, ofrezca o desempeñe públicamente sus servicios como profesionista sin serlo, se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión o de cien a trescientos días multa”.

De igual forma como se ha sostenido por los tribunales en las siguientes tesis jurisprudenciales:

“USURPACIÓN DE PROFESIÓN. ABOGACÍA. Es correcta la resolución que establece el juicio de la autoridad responsable al tener por establecida la certeza del delito de usurpación de profesión que describe el artículo 250, fracción II, del código, y por comprobada, asimismo, la responsabilidad penal del acusado, si éste, sin tener título profesional o autorización para ejercer la profesión de abogado práctico, venía desplegando actividades propias de tal profesión; sin que sea óbice la afirmación del quejoso y lo releve del dolo penal con que procedió, el que afirme en descargo que su comportamiento no puede ser constitutivo del delito de usurpación de profesión, por cuanto había presentado solicitud en la Dirección General de Profesiones, para ejercer como abogado; ni obsta la circunstancia de que dicha dependencia no hubiera resuelto la solicitud de referencia en un sentido o en otro, si se atiende al hecho probado de que dicha dependencia manifiesta que, en efecto, el quejoso presentó solicitud para ejercer como abogado práctico, pero que no le había sido concedida autorización para ejercer tales actividades, por no haber dado cumplimiento a los diversos requisitos que la ley establece. Amparo directo 3595/58. José María León. 16 de enero de 1959, Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época. Sexta Época. Volumen XIX. Segunda Parte. Tesis: Página: 224. Tesis Aislada.”

“USURPACIÓN DE PROFESIÓN. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). El artículo 209, fracción II, del Código Penal de Guanajuato exige para la configuración del delito de usurpación de profesión dos requisitos: primero, atribuirse el carácter de profesionista sin tener título legal, y segundo, ejercer los actos propios de la profesión. En consecuencia, el hecho de que el acusado haya suscrito cartas o telegramas con la antefirma de licenciado, cuando sólo era un pasante, puede conceptuarse como una petulancia, pero no en realidad una atribución del carácter de abogado, pues tal atribución u ostentación debe hacerse en autos, al comparecer por escrito o verbalmente ante los funcionarios o empleados judiciales. Amparo directo 3733/53. 11 de enero de 1956. Mayoría de tres votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo CXXVII. Tesis: Página: 69. Tesis Aislada.

“USURPACIÓN DE PROFESIÓN, DELITO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MORELOS). Conforme a la definición contenida en la fracción II del artículo 291 del Código Penal del Estado de Morelos, el delito de usurpación de profesión comprende dos hechos distintos: que el presunto responsable se atribuya el carácter de profesionista, sin tener título expedido por quien tiene facultades para hacerlo, y que dicho individuo ejerza actos propios de la profesión relacionada con el título de que carece. Ahora bien, si el propio quejoso en su demanda de amparo afirma que desde hace años ejerce la abogacía en el Estado de Morelos, fundando su defensa en que para el ejercicio de la misma, tiene el título correspondiente, expedido por autoridad facultada para ello, o sea, el Gobierno del Estado de Morelos, en el caso está comprobado por la propia confesión del acusado, que éste se atribuye el carácter de profesionista y que ejerce actos propios de la profesión que se atribuye; no obstante lo cual, es evidente que si no hay datos que hagan presumir la responsabilidad en el delito previsto por el artículo citado, sino que, por lo contrario, hay elementos que señalan su inocencia en la comisión de dicho delito, como es el título mismo de abogado, expedido legalmente conforme al artículo 7o, transitorio, de la Constitución Política del Estado de Morelos, cuya validez está confirmada por la

prevención contenida en la fracción XV del artículo 70 de la propia Constitución, según la cual, "son facultades del Gobernador del Estado, entre otras, expedir títulos profesionales de acuerdo con los requisitos que establezcan las leyes respectivas", mientras no se declare la invalidez del título profesional exhibido por el quejoso, carece de base el auto de formal prisión dictado en contra del mismo, por no existir elemento alguno que venga a comprobar la comisión del delito de usurpación de profesión que se le atribuye. Amparo pena en revisión 1996/44. Sierra José de la. 28 de junio de 1944. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo LXXX. Tesis: Página: 4340. Tesis Aislada."

2.5.- PROBLEMAS QUE ENFRENTA EL LICENCIADO EN DERECHO O ABOGADO.

Los problemas cotidianos que enfrenta el Licenciado en Derecho son de carácter económico, toda vez que si una persona no cuenta con dinero para pagar, o exhibir una fianza, o una caución, pues el licenciado en Derecho no podrá tramitar la libertad de su defensor.

Aunado a que las personas en la actualidad desconfían de los abogados, por que existe una mayoría de ellos que no han tenido la ética profesional en cuanto a sus honorarios profesionales y respecto al fondo del asunto, pues algunos abogados cuando alguna persona se encuentra en algún problema de carácter penal le piden a sus familiares una fuerte cantidad de dinero o valores, en el supuesto para defenderlos sin que así lo hagan, por lo que por uno pagamos todos.

El ponerse de acuerdo con los familiares en la forma de trabajar, siempre es difícil llegar a un acuerdo, toda vez que manifiestan cuanto se les va a cobrar, debido a la desconfianza que se le tiene a Licenciado en Derecho, por las anomalías que algunos han cometido.

Por ende consideramos que la confianza entre el inculcado y el abogado es de vital importancia, para un mejor desempeño del abogado donde se pretende aplicar los conocimientos jurídicos aplicados a un caso en concreto.

2.6.- OBLIGACIONES DEL DEFENSOR PARTICULAR Y DE OFICIO.

Las obligaciones de un defensor ya sea particular o público, deben ser las mismas, pero sin embargo en la práctica es totalmente diferente, por lo que el defensor debe estar al tanto de su defenso; suele darse en ocasiones que cuando el indiciado contrata los servicios de un particular, una vez que no pueda pagar los mismos se le deja de dar asesoría, situación en la que se tiene que nombrar a un defensor de oficio y al tener diferentes inculcados al mismo tiempo es difícil ayudarlos como debería ser.

Asimismo consideramos que una de las obligaciones de un defensor es estar en todo lo que necesite el inculcado, ya que para ello pues el particular y el público tienen la obligación de asistirlos en todo momento, pero no por ello debemos de perder de vista la ética profesional del abogado.

2.6.1 OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES.

Cuando los abogados representen a un indiciado mantendrán en todo momento el honor y la dignidad de su profesión y con ello lograr que el indiciado se le administre la justicia que se requiera de acuerdo con las leyes correspondientes.

Podemos decir que las obligaciones de los abogados para con el indiciado son las siguientes:

- a) Prestarles asesoramiento con respecto a sus derechos y obligaciones;

b) Darles asistencia en todas las formas adecuadas, y adoptar medidas jurídicas para protegerlos o defender sus intereses;

c) Ser asistidos ante las agencias del Ministerio Público, cuando corresponda.

Asimismo los abogados, al proteger los derechos del indiciado y defender la causa de la justicia, procurarán apoyar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional, actuando con libertad y diligencia.

Así tenemos que los abogados velarán lealmente en todo momento por los intereses del indiciado.

De igual forma en el artículo 33 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional que a la letra dice:

"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".

De esta forma el abogado en materia penal por regla general debe de aplicar sus conocimientos referentes a dicha materia, alegar lo que tenga relación con el caso en específico y no así lo que no tiene que ver con el asunto que se defiende.

2.6.2.- SOLICITAR SI PROCEDE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN DEL INculpADO EN CUALQUIER MOMENTO DEL PROCESO.

Ahora bien, para toda persona involucrada en algún evento delictivo busca la forma de salir de la agencia del Ministerio Público, por tanto la autoridad ministerial le hará saber este derecho cuando se integre la averiguación previa, en consecuencia el defensor particular o de oficio en el caso de proceder la libertad provisional bajo

Caución, deberán de realizar los trámites necesarios para que dicho inculpado obtenga su libertad provisional bajo caución, mientras se encuentre en esta etapa, ya que dicho derecho otorgado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ya que tratándose de delitos no graves, es decir aquellos que no rebasen el término medio aritmético de 5 cinco años establecido por la ley en el artículo 268 de Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, tienen derecho a la libertad provisional bajo caución.

Misma que solicitará el defensor particular o público por ser perito en la materia bajo las condiciones que establece el apartado A) del artículo 20 constitucional.

2.6.2.1. CONCEPTO DE LIBERTAD.

La libertad es uno de los bienes más importantes de la persona humana, la libertad es ilimitada, pero el entorno social en que vivimos establece leyes prohibitivas que la van a limitar cuando se trate de actos negativos que vayan a afectar la esfera jurídica de otro individuo, por lo que no permite que los actos realizados vayan más allá de lo establecido y estos afecten los intereses de los particulares.

Ante tal tesitura libertad es una cualidad inseparable de la persona humana, por lo que todo individuo es libre para actuar en base al fin que persigue, el objetivo principal es lograr el desarrollo de su propia personalidad, asimismo elegir los medios que más le convengan para llegar a la culminación de sus fines.

Tomemos en cuenta lo manifestado por el juez Learned Hand de que "la libertad reside en los corazones de los hombres y de las mujeres; cuando muere en ellos ya no hay constitución, ley, ni tribunal que la pueda salvar".⁵⁹

Al respecto el jurista Isidro Montiel y Duarte afirma que: "La libertad es la facultad de hacer ó de no hacer todo aquello que en voluntad nos venga."⁶⁰

Del Diccionario Jurídico Mexicano se desprende que: "La libertad (Del latín *libertas-atis* que indica la condición del hombre no sujeto a esclavitud). La palabra libertad tiene muchas acepciones. Se habla, en sentido muy amplio, como la ausencia de trabas para el movimiento de un ser. Con una significación menos amplia, pero no técnica, se usa el término libertad para indicar la condición del hombre o pueblo que no esta sujeto a una potestad exterior."⁶¹

Dentro del Diccionario Porrúa de la Lengua Española al respecto define a la libertad como: "Facultad natural del hombre de obrar de una manera o de otra; y de no obrar. Estado o condición de ser libre, del que no está preso."⁶²

En efecto se puede apreciar de mejor manera el concepto de libertad establecida por el maestro Ignacio Burgoa Orihuela, que la determina en la forma siguiente: "Esta es, en términos genéricos, la cualidad inseparable de la persona humana consistente en la potestad que tiene de concebir los fines y de escogitar los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su felicidad particular."⁶³

⁵⁹ SANDIFER Durman V., y SHEMAN L. Ronald., Fundamentos de la Libertad, Editorial Uteha, México, 1967, p.11.

⁶⁰ MONTIEL Y DUARTE, Isidro, Estudio sobre Garantías Individuales, Editorial Porrúa, México, 1972, p.104.

⁶¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1996, p.1987

⁶² RALUY POUDEVIDA Antonio, y MONTERDE Francisco, Diccionario Porrúa, Editorial Porrúa, México, 1993, p.438

⁶³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Op.cit.*, p. 304

Por otro lado, como lo establece Jorge Xifra Heras: "En el último término, la libertad no es otra cosa que la facultad de elección frente a un número limitado de posibilidades".⁶⁴

Por ende, la libertad es una facultad de elección frente a un número limitado de posibilidades, desde el punto de vista natural se habla que la libertad es la ausencia de obstáculos, luego entonces esa limitación la va a ejercer el Estado, sin para que se afecten los intereses de las personas.

En consecuencia considerándose que la libertad es el poder que tienen todos los individuos para ejercer o no ejercer algún acto. Ya que toda persona es libre, desde luego, que es una cualidad de la naturaleza humana, que se va a restringir con la prisión y se pierde con la muerte.

No pasando desapercibido de que la libertad como derecho, de la libertad como atributo de la persona humana, ya que ésta última es la capacidad de pensar del individuo en la forma de actuar, como consecuencia de esto debe ser jurídicamente tutelado por el derecho. Por lo que es considerado que el individuo es libre interiormente, pero en el momento de actuar externamente en la sociedad existe una barrera que no puede ir más allá de lo establecido, debido a que hay una limitación regulada por el derecho vigente.

De lo anteriormente señalado podemos emitir lo siguiente: el hombre es un ser inteligente que teniendo la capacidad de pensar podrá actuar en la forma que más le convenga, ya que es dueño de sus propios actos, desde luego que dentro de la sociedad va a estar sujeto a ciertas normas emanadas por el Estado, en efecto esta será la vía por medio de la cual se logrará una mejor convivencia social, si no fuese regulado sería un caos si no existiera un principio de orden para controlar dichos actos.

⁶⁴ Cit. por BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Op.cit.*, p. 18.

2.6.2.2. LIBERTAD COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

El jurista Manuel Rivera opina que "la libertad es algo de lo máspreciado para el hombre. El liberalismo le dio tónica privilegiada y a partir de ese momento, todas las Constituciones, basadas en la corriente liberal, luchan por protegerla. Es tan exagerada la inquietud de proteger la libertad, que se extiende hasta los inculpados, encontrándose en todas las legislaciones modernas, cierta inclinación por concederles, hasta donde sea posible el goce del bien que hemos citado."⁶⁵

Al respecto afirman los autores Fernando Flores Gómez y Gustavo Carbajal lo siguiente: "No siempre ha gozado el hombre del principio de libertad; es conocido de sobra que estaba reservada a clases privilegiadas, las que imponían su voluntad sobre aquéllos que no reunían los mismos requisitos económicos, sociales, etc. Fue hasta la Revolución Francesa, cuando se proclamó la libertad universal de los hombres; todo individuo por el sencillo hecho de serlo nace y permanece libre."⁶⁶

Una vez que se ha referido a la libertad personal que se protege en nuestra Carta Magna.

El Doctor Juventino V. Castro establece que: "La primera mención forzosa a las garantías constitucionales que protegen a la libertad física, debe referirse al tema de la esclavitud, por que dentro de ésta se pierde inclusive la propia pertenencia, trastocándose a la persona humana en un objeto del cual otro puede apropiarse y disponer sin límites, negándosele a aquélla su esencia vital."⁶⁷

Por ende se ha consignado la libertad en nuestra Carta Magna desde la independencia de México; a raíz de las constantes luchas se busca conciliar los intereses de los particulares frente al Estado, al hablar de libertad en materia penal

⁶⁵ RIVERA, Manuel, El Procedimiento Penal, Editorial Porrúa, México, 1993. p. 538.

⁶⁶ FLORESGOMEZ GONZÁLEZ, Fernando, y CARVAGAL MORENO Gustavo, Nociones de Derecho Positivo Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1990. p. 72

⁶⁷ CASTRO, V. Juventino, Garantías y Amparo, Porrúa, México, 1994. p.41

nos vamos a referir únicamente a la privación de la libertad, por lo que únicamente se le podrá privar de esta libertad cuando cometa algún ilícito descrito en la ley penal.

Partiendo del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el cual se consigna la libertad física que a la letra dice:

“Esta prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán por ese solo hecho, su libertad y la protección de las leyes”.

Como resultado del análisis realizado en líneas precedentes se refiere a la libertad en general y para nuestro trabajo de investigación analizaremos únicamente la libertad física o personal del individuo, señalaremos los casos en que puede perderla o restringirse parcialmente. Por lo que nos referiremos únicamente a la libertad provisional bajo caución consignada en la fracción I del apartado a) del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De acuerdo a lo antes asentado en nuestra Constitución Federal Mexicana, la finalidad de establecer la libertad provisional como derecho o garantía constitucional beneficio que tiene todo inculpado, es para gozar de la libertad personal mientras se encuentra en la fase indagatoria, debiéndose respetar la libertad del inculpado, con el objeto de que el probable responsable no tenga que enfrentarse a la prisión preventiva en tanto se demuestra si es culpable de la comisión de algún delito y evitar efectos negativos que se producen dentro de las propias prisiones.

Dada la jerarquía de la norma constitucional, la libertad constituye una garantía individual, porque todo inculpado tiene derecho a la libertad provisional con la excepción de aquellos casos en que la ley prohíba conceder este beneficio, expresamente, en virtud de la gravedad del delito que se le impute al inculpado; además cumpliendo antes que nada con cada uno de los requisitos señalados por nuestra Constitución y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

El otorgamiento de este beneficio puede reducir el número de procesados sujetos a prisión preventiva. Por lo que en relación a la Constitución y la Ley Procesal para el Distrito Federal el Ministerio Público tiene la obligación de hacer de su conocimiento al probable responsable el derecho de obtener esta garantía constitucional, en la etapa de la averiguación previa.

Por esta razón al incluir esta garantía constitucional, el inculpado podrá gozar ampliamente de su libertad, cumpliendo además con la obligación de comparecer cuantas veces sea requerido por las autoridades judiciales, ya que la autoridad ministerial al fijarla en la etapa de la averiguación previa se le indicará al indiciado tal situación, o deberá presentarse ante esta autoridad, sin ningún temor a que se le pueda detener, solamente en los casos que la ley señala que deberá suspenderse el beneficio por haber incumplido con sus obligaciones procesales, dando motivo para privar de esta forma de su libertad deambulatoria.

2.6.2.3. LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

Partiendo de lo establecido por el Diccionario Jurídico Mexicano el cual establece que: "Es la medida precautoria establecida en beneficio del inculpado de concederle la libertad provisional durante el proceso penal, cuando se le impute un delito cuya penalidad no exceda de determinado límite y siempre que el propio acusado o un tercero otorgue una garantía económica con el propósito de evitar que el primero se sustraiga de la acción de la justicia."⁶⁸

Expresa el maestro Eduardo Pallares la libertad caucional es: "La que se debe conceder al imputado de acuerdo con lo que previene la fracción I del Art. 20 de la Constitución."⁶⁹

⁶⁸ Diccionario Jurídico Mexicano. Op.cit., p. 1990

⁶⁹ PALLARES, Eduardo, Prontuario de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, México, 1989, p. 87

Al respecto el Licenciado Manuel Rivera establece que: "en términos sumamente generales, se puede definir a la libertad bajo caución como el procedimiento promovido por el inculpado, su defensor o su legítimo representante, en cualquier tiempo y con el objeto de obtener su libertad mediante caución económica que garantice la sujeción del propio inculpado a un órgano jurisdiccional."⁷⁰

Desprendiéndose de lo antes señalado la libertad bajo caución es el derecho otorgado por la Constitución, a todo inculpado sujeto de un procedimiento penal desde el inicio de la averiguación previa hasta concluir con la sentencia, y previa satisfacción de ciertos requisitos especificados por la ley pueda obtener el goce de su libertad, siempre y cuando la conducta ilícita que realizó no se encuadre en los llamados delitos graves citados en párrafos precedentes.

Podemos decir que la libertad bajo caución en la averiguación previa debido a lo establecido por la fracción I del apartado a) del artículo 20 constitucional, por lo que debe resolverse de forma rápida sin tramitación alguna. Ante tal tesitura abordaremos los siguientes puntos con respecto a la figura en comento.

2.6.2.4. ARTICULO 20 APARTADO A) FRACCIÓN I CONSTITUCIONAL.

El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos define que:

"En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

A.

⁷⁰ RIVERA, Manuel, *Op.cit.*, p. 358

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

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

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

Se observa que se encuentran consagrados los derechos otorgados por la Constitución Federal y los cuales forman el estatuto del inculcado. Como resultado de esto permite que varias de las garantías que se otorgan en este precepto, se deberán de tomar en cuenta en la etapa de la averiguación previa, de acuerdo con lo establecido en su penúltimo párrafo, del apartado a) del artículo 20 constitucional, que dispone lo siguiente:

“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.”

Estableciendo que el inculpado o el probable responsable puede gozar de la libertad bajo caución, así que el estatuto es para todos los inculcados quienes están sujetos a un procedimiento, con ésto se pretende respetar sus derechos y con el objeto de no violar sus garantías en el proceso de orden penal, consagradas en nuestra Carta Magna, beneficio que se otorga desde el inicio de la averiguación previa.

Dentro del artículo 269 fracción III, inciso g) del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que a letra reza:

“Cuando el inculpado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, 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.

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

Así tenemos que en el ordenamiento invocado el inculpado desde que es detenido o se ha presentado voluntariamente se le otorga la libertad provisional bajo caución en caso de proceder. Este artículo de la ley adjetiva procesal para el Distrito Federal justifica a la fracción primera del artículo 20 constitucional que enuncia que uno de los derechos más importantes es la libertad provisional bajo caución, beneficio otorgado desde el inicio de la averiguación previa.

De conformidad con la fracción I apartado a) del artículo 20 de la Constitución Federal y el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, todos los inculpados tienen derecho a disfrutar de la libertad caucional, con la excepción de aquellos casos en que la ley expresamente prohíba conceder este beneficio, cuando se le impute un delito grave.

Asimismo en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, podemos encontrar cuales son los delitos graves que de antemano no permiten la libertad bajo caución.

Los requisitos que debe cubrir el probable responsable para que se le conceda la libertad bajo caución, de conformidad con el artículo 556 de la ley adjetiva procesal para el Distrito Federal son los siguientes.

“Artículo 556. Todo inculpadado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño;

Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo.

II.- Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;

III.- Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de la ley se deriven a su cargo en razón del proceso; y

IV.- Que no se trate de delitos que por su gravedad están previstos en el párrafo último del artículo 268 de este Código."

Podemos emitir entonces de conformidad con lo dispuesto por la fracción I apartado a) del artículo 20 constitucional y el artículo 556 de la legislación procesal para el Distrito Federal, para que el probable responsable pueda obtener el beneficio de la libertad provisional bajo caución deberá reunir los siguientes requisitos:

1.- Garantizar la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que en su caso se le puedan imponer.

2.- Que no se trate de delito grave.

3.- Que no exista un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

De acuerdo a lo establecido anteriormente se exige que el inculpado, otorgue tres diversas garantías para poder concederle la libertad caucional: En un primer término para caucionar el cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo, que la misma ley dispone en razón del proceso, en un segundo término para caucionar la reparación del daño causado a la víctima u ofendido y en tercer término por las sanciones pecuniarias, que en su caso, puedan imponerse al inculpado. Ello con el fin de poder disfrutar del beneficio de la libertad bajo caución; cabe resaltar que no todos los delitos causan daño patrimonial, ni sanción pecuniaria (multa). Debiendo desde luego el inculpado quedar a disposición de la autoridad para comparecer cuantas veces sea requerido por las autoridades.

La obligación del Ministerio Público para otorgar la libertad provisional bajo caución, es en base a lo ordenado por las leyes, ya que es un derecho de todo inculpado ante esta autoridad.

Partiendo de lo antes citado, únicamente el Ministerio Público, es quien puede otorgarla en la averiguación previa, desde el momento en que el inculpado ha sido detenido en los casos de flagrancia o urgencia, asimismo cuando se ha presentado voluntariamente, obligación que se justifica además en el artículo 269, inciso g), del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. La obligación del Ministerio Público es otorgarla en el preciso momento en que lo solicite el inculpado o por su representante legal en la etapa de la averiguación previa.

Para poder implementar un derecho penal garante, poco a poco se ha avanzado para mejorar la situación jurídica del inculpado, uno de los puntos que ha sido siempre materia de discusión es la libertad provisional, ya que esta condicionada a la gravedad del delito.

Referente a los delitos no graves, a petición del Ministerio Público, el propio juez puede negar este beneficio, cuando el inculpado haya sido condenado antes, por algún delito considerado como grave, asimismo cuando el Ministerio Público, aporte elementos al juez, de que la conducta o circunstancia y característica del delito cometido, funde un riesgo para el ofendido o víctima y la sociedad. Podemos inferir que cuando sea reincidente o habitual no se le puede negar el beneficio de la libertad provisional, si el delito que cometió en la ocasión anterior no fue grave.

En conclusión, la condición es que no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíbe conceder este beneficio.

Las formas en que puede otorgarse la caución de acuerdo con el artículo 562 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal hace más entendible las formas de caución por lo que se autoriza el depósito en efectivo que se puede hacer en una sola exhibición o en parcialidades, la hipoteca, la prenda, la fianza y por último el fideicomiso. Con el fideicomiso se permite que un tercero otorgue dicha caución.

Por otro lado, la forma de la caución, debe atender igualmente a la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito, las características del inculpado, además del cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo, de manera que el Ministerio Público; le facilite las formas señaladas en el párrafo anterior para el caso de no poder contar con el total del depósito en efectivo.

2.6.2.4.1. LA FIANZA.

Se desprende del artículo 2794 del Código Civil Para el Distrito Federal lo siguiente concepto:

“La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no la hace”.

Es oportuno diferenciar la **caución de la fianza**, en un primer término la **caución** es el medio por el cual se otorga seguridad de que una persona entrega a otra que cumplirá con lo establecido. De igual forma es una garantía, que abre la posibilidad de cumplir con ciertas obligaciones procesales, para asegurar el pago de daños y perjuicios provocados, exigidos a un individuo, por haber sido decretado como responsable de algún acto delictivo a través de una resolución judicial.

En segundo término la **fianza**, es considerada como la garantía personal para dar cumplimiento a una cierta obligación a cargo del inculpado. También es considerado como un contrato debido a que un tercero, se compromete a cumplir con una determinada obligación, cuando el deudor o fiador anterior, independientemente de cualquier problema o causa, no cumplan con dicha obligación.

De igual forma tenemos que la fianza legal es la que determina la propia ley para asegurar que se cumplan las obligaciones establecidas ante la ley.

Sin embargo la caución esta compuesta por la garantía y la fianza es una forma de aquella, si bien es cierto que la caución es el genero, y la fianza una especie, al emplear la palabra caución, no es otra cosa que la garantía, la cual debe exhibirse en dinero en efectivo y la fianza viene siendo la póliza expedida en favor del inculcado por una institución de crédito capacitada legalmente y autorizada para los mismos fines.

Las obligaciones del probable responsable al obtener la libertad provisional bajo caución, se encuentra plasmado en el artículo 567 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal se estipulan las siguientes obligaciones:

“Al notificarse al indiciado el auto que le concede la libertad caucional, se le hará saber que contrae las siguientes obligaciones: presentarse ante el Ministerio Público o el juez cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar a los mismos los cambios de domicilio que tuviere, y presentarse ante el Ministerio Público, juzgado o tribunal que conozca de su causa el día que se le señale de cada semana. En la notificación se hará constar que se hicieron saber al indiciado las anteriores obligaciones, pero la omisión de este requisito no libra al indiciado de ellas ni de sus consecuencias.”

Queda claro entonces una vez otorgada la caución no se exime de ciertas obligaciones, por lo que se tiene que presentar ante el Ministerio Público cuantas veces se le requiera y comunicarle al juez los cambios de domicilios que tuviere.

El monto de la caución, deberá ser de acuerdo a la fracción I del apartado a) del artículo 20 constitucional, en el párrafo segundo establece que:

“El monto y la forma de caución que se fija, deberán ser asequibles para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y monto de la caución,

el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpaado 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 inculpaado”.

El término asequible significa en este orden de ideas, la capacidad económica de quien deba cubrir la caución, es decir, que debe estar al alcance del inculpaado, para poder cumplir con las obligaciones que determina la ley.

El monto de la caución debe establecerse en base a las reglas establecidas en el segundo párrafo, que se encuentra en posibilidad económica de cumplir con las obligaciones procesales a su cargo.

Además de acuerdo al artículo 133 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que reza al respecto que:

“Se concederá al inculpaado la libertad sin caución alguna, por el Ministerio Público, o por el juez, cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años, siempre que:

- I. No exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia;
- II. Tenga domicilio fijo en el Distrito Federal o en la zona conurbada con antelación no menor de un año;
- III. Tenga un trabajo lícito;
- IV. Que el inculpaado no haya sido condenado por delito intencional.

La presente disposición no será aplicable cuando se trate de los delitos graves señalados en este Código”.

Por lo que solamente procede cuando la pena no excede de tres años, además de no tratarse de un delito grave y que reúna los requisitos señalados por este mismo artículo.

Dicha figura jurídica se considera que es un traslape con la libertad bajo protesta como lo afirma el jurista Víctor Treviño en virtud de que: "Esta modalidad de la libertad provisional es cuestionable a la luz de la Constitución, pues si la expresión **libertad sin caución alguna** comprende la que debiera fijarse para responder del monto de la reparación del daño, con ello se contraviene el artículo 20 de la Ley suprema, pues no establece excepciones por cuanto al deber de constituir esta garantía, sin que pueda argumentarse que al favorecerse al inculpado no se da tal violación, porque ahora la víctima o el ofendido también gozan de una amplia protección constitucional..."⁷¹

En consecuencia se considera que es un traslape con la libertad bajo protesta debido a que esta figura jurídica operará solo en los casos en que el delito merezca pena privativa de libertad que no exceda de 3 años de prisión e igualmente en el artículo 133 Bis de la ley adjetiva antes mencionada referente a la libertad bajo caución señala que se otorgara la libertad sin caución alguna cuando el delito no exceda de tres años. Resulta entonces que no se contempla ninguna excepción en este artículo.

2.7. DEBER DEL ABOGADO.

En la etapa de la averiguación previa la persona indicada para ofrecer pruebas es el defensor particular o público, por ser perito en la materia, pues debe de ofrecer las pruebas idóneas al caso concreto, para el esclarecimiento de los hechos para no dejar en un estado de indefensión al inculpado.

⁷¹ Temas de Derecho Procesal, Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, La reforma procesal penal y la defensa de los derechos humanos. Editorial UNAM, México, 1996, p. 245.

Y por ser técnico debe de aportar las pruebas conducentes al caso concreto, y no así, aquellas que no tengan relación con los hechos a esclarecer, pues no se requiere cantidad sino calidad.

A través del derecho de defensa se proponen las pruebas con el fin de justificar sus alegaciones propias o para desvirtuar las del Ministerio Público, esto con sujeción a las leyes.

Siendo necesario que en la práctica la prueba sea pertinente, para que no sea rechazada por quien vaya a admitirla y en su momento valorarla.

Al respecto tenemos la siguiente tesis jurisprudencial que señala:

“PRUEBAS. OFRECIMIENTO DE. AFECTACIÓN AL INTERÉS JURÍDICO DEL INculpADO CUANDO NO SON RECIBIDAS EN LA ETAPA DE AVERIGUACIÓN PREVIA. Atento al contenido del artículo 20, fracción V, de la Constitución General de la República, constituye una garantía de legalidad para todo inculpado, la relativa al derecho que tiene en todo proceso del orden penal, a que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca, debiéndosele proporcionar todas las facilidades necesarias para su defensa dentro de la propia causa, las cuales no pueden tener otras limitaciones que las que expresamente señala la ley. En virtud de la reforma efectuada al citado precepto constitucional, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, se adicionó con el párrafo penúltimo, en el que se establece, entre otras cosas, que la garantía prevista en la fracción V, también será observada durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan, lo que significa que el referido derecho del procesado, tiene vigencia a partir de la averiguación previa, esto con el objetivo del legislador de hacer extensivas a los indiciados, las garantías y derechos fundamentales que en el proceso tiene el inculpado. Ahora bien, si el quejoso ofreció pruebas documentales y solicitó al representante social que las recabara, en virtud

de no tener acceso a las mismas, la decisión de no proveer de conformidad a dicha petición, sí afecta el interés jurídico del peticionario de garantías, supuesto que, con su actuación vulneró un derecho legítimamente tutelado, acorde a lo dispuesto por la fracción V, en relación con la X, párrafo penúltimo, del artículo 20 de la Constitución General de la República. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo en revisión 118/95. Emillo Bustos Solís. 14 de septiembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Homero Ruiz Velázquez. Secretario: Francisco Javier Villaseñor Casillas, Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: II, Diciembre de 1995. Tesis: III.2o.P.9 P. Página: 560"

2.7.1.- FASE INDAGATORIA.

Dentro de la fase indagatoria tenemos también el derecho probatorio; siendo otorgado por la fracción V del apartado a) del artículo 20 constitucional que a la letra dice:

"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."

Encontramos en los Manuales de Instituto de Capacitación. Área Ético-Ministerial de la Procuraduría General de la República que: "Con la sola lectura de la fracción anterior se puede entender que se trata de la proyección en la norma suprema de importantes principios de legalidad, tendientes a concederle al indiciado todas las oportunidades necesarias para su defensa, previéndose además la obligatoriedad de que para el efecto, aquél sea auxiliado por el propio Estado."⁷²

⁷² Procuraduría General de la República Op.cit., p. 73.

El jurista Jesús Zamora Pierce señala en este aspecto que "...Es decir que, conforme al texto en estudio, en el proceso penal, el acusado tiene garantizado el sistema de prueba libre, y queda en absoluta libertad para escoger los medios con que pretende obtener la convicción del juez respecto de los hechos del proceso; por oposición al sistema de prueba legal, que limitaba las admisibles a aquellas taxativamente enumeradas en la ley."⁷³

Los investigadores Gloria Caballero y Emilio O. Rabasa indican que "Es una garantía constitucional la de recibir del acusado cuantos testigos quiera presentar, así como auxiliarlo para que declaren los que ofrezca y se encuentren en el lugar del proceso, a todo fin de que pueda defenderse del mejor modo posible".⁷⁴

Tomando en cuenta lo anterior se extiende la garantía probatoria a la averiguación previa al permitirle que ofrezca y desahogue las pruebas, concediéndole un plazo probatorio, e imponer al Ministerio Público el deber de auxiliar al indiciado para el desahogo de esas pruebas, y que con posterioridad, deberá valorar para decidir si ejerce o no la acción penal.

De esta manera el Poder Judicial sería entonces un mero revisor de lo actuado por el Ministerio Público y solamente cuando en los casos en que el ejercicio de la acción penal permitiera esa revisión.

El ofrecimiento de pruebas durante la averiguación previa no debe impedir al Ministerio Público ejercer la acción penal en el momento de reunir los elementos suficientes para hacerlo, acreditando el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. No se puede imponer al representante social la función de auxiliador de la defensa, porque sería opuesto a la función encomendada que es la persecución del delito.

⁷³ ZAMORA PIERCE, Jesús. *Op.cit.* p. 165.

⁷⁴ CABALLERO Gloria y RABASA D. Emilio, *Op.cit.*, p. 74.

De esta manera se le permite el desahogo de pruebas de descargo, más sin incurrir en prolongaciones indebidas del procedimiento administrativo. Puede presentar las siguientes pruebas, la confesión, documentos públicos y privados, los dictámenes de peritos; la inspección ministerial; las declaraciones de testigos, las presunciones, y todas aquellas que pueden ser conducentes.

2.8.- FUNCIONES ESPECÍFICAS DEL DEFENSOR PARTICULAR Y DE OFICIO.

Entre las funciones que le corresponde al licenciado en Derecho se pueden mencionar las de asistencia y representación. Asistiendo al inculcado tanto en la defensa material como a la técnica.

Tenemos que en la primera su labor es despejar la incertidumbre en que puede encontrarse el inculcado por la pretensión punitiva que existe en su contra, orientándolo sobre como debe de exponer los hechos e indicándole sus derechos y de la situación en que se encuentra.

En la segunda tenemos que tiene a su cargo el contralor del procedimiento tendiente a velar por el debido respeto de las normas procesales, con el fin de lograr el éxito de la justicia, y por ende el derecho de defensa.

Representando al inculcado en las diferentes etapas procesales, toda vez que se actúa a su lado, interviniendo en todos los aspectos.

En el derecho penal se exige la defensa técnica, siendo obligatoria, sin embargo se le da el derecho al imputado a designar a una persona de confianza con el carácter de defensor.

Y en caso de no hacerlo, ya sea por la falta de recursos o por cualquier otra razón, es el Estado el que le provee al defensor de manera gratuita, contemplándose además que el inculcado se puede defender por sí. En cuanto lo último, dicho

inculpado no posee las condiciones necesarias para lograr esa finalidad que le impone el Estado.

2.8.1.- AVERIGUACIÓN PREVIA.

Una vez que se encuentre detenida una persona ante el Agente del Ministerio Público, éste le hará saber, entre otras cosas, que tiene el derecho de nombrar a un defensor, si éste no quiere o no puede hacerlo después de haber sido requerido para hacerlo, la Representación Social le designará un defensor de oficio, también tendrá derecho a que dicho defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

2.8.2.- DECLARACIÓN MINISTERIAL.

Ahora bien, el defensor, particular o público, deberá de aceptar el cargo conferido por el inculpado, y una vez hecho lo anterior ante la presencia de éste, el Ministerio Público le hará saber la imputación que obra en su contra, el nombre de su acusador y la causa de la acusación para estar en posibilidades de que pueda contestar dicha imputación, rindiendo en ese acto su declaración ministerial.

Por ende, el defensor deberá de estar presente hasta que se emita dicha declaración ministerial, vigilando que se cumplan los requisitos establecidos por la ley, y en su caso si existe alguna irregularidad por parte de la autoridad ministerial al ser perito en la materia él tendrá la obligación de recurrir a las instancias correspondientes.

De esta forma, al ser asistido por el defensor, no se puede vulnerar los derechos públicos subjetivos del inculpado, como en algunos casos se ha dado en la práctica, garantizando una protección a dichos derechos contemplados en el artículo 20 Constitucional apartado A fracción IX.

2.9. PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LA FUNCIÓN DE LOS ABOGADOS

No perdiendo de vista que dichos principios fueron aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Los pueblos del mundo afirman en la Carta de las Naciones Unidas, entre otras cosas, su resolución de crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia, y proclaman como uno de sus propósitos la realización de la cooperación internacional en la promoción y el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra los principios de la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia, el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, y el derecho de toda persona acusada de un delito a todas las garantías necesarias para su defensa.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama, además, el derecho de las personas a ser juzgadas sin demoras injustificadas y a ser oídas públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recuerda que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas.

En la Oficina del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Ginebra, suiza, se establece el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, que estipula

que toda persona detenida tendrá derecho a la asistencia de un abogado, a comunicarse con él y a consultarlo.

La protección apropiada de los derechos humanos y las libertades fundamentales que toda persona puede invocar, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente.

Las asociaciones profesionales de abogados tienen que desempeñar la función esencial de velar por las normas y la ética profesionales, proteger a sus miembros contra persecuciones y restricciones o injerencias indebidas, facilitar servicios jurídicos a todos los que los necesiten, y cooperar con las instituciones gubernamentales y otras instituciones para impulsar los fines de la justicia y el interés público.

Por lo que se establece los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados que figuran a continuación, formulados para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de promover y garantizar la función adecuada de los abogados, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de su legislación y práctica nacionales, y deben señalarse a la atención de los juristas así como de otras personas como los jueces, fiscales, miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general.

"Acceso a la asistencia letrada y a los servicios jurídicos:

1. Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal.

2. Los gobiernos procurarán que se establezcan procedimientos eficientes y mecanismos adecuados para hacer posible el acceso efectivo y en condiciones de

igualdad a la asistencia letrada de todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sometidas a su jurisdicción, sin ningún tipo de distinción, como discriminaciones por motivos de raza, color, origen étnico, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, situación económica u otra condición.

3. Los gobiernos velarán por que se faciliten fondos y otros recursos suficientes para asistencia jurídica a las personas pobres, y, en caso necesario, a otras personas desfavorecidas. Las asociaciones profesionales de abogados colaborarán en la organización y prestación de servicios, medios materiales y otros recursos.

4. Los gobiernos y las asociaciones profesionales de abogados promoverán programas para informar al público acerca de sus derechos y obligaciones en virtud de la ley y de la importante función que desempeñan los abogados en la protección de sus libertades fundamentales. Debe prestarse especial atención a la asistencia de las personas pobres y de otras personas menos favorecidas a fin de que puedan probar sus derechos y, cuando sea necesario, recurrir a la asistencia de un abogado. Salvaguardias especiales en asuntos penales.

5. Los gobiernos velarán por que la autoridad competente informe inmediatamente a todas las personas acusadas de haber cometido un delito, o arrestadas, o detenidas, de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección.

6. Todas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se les asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios.

7. Los gobiernos garantizarán además que todas las personas arrestadas, o detenidas, con una acusación penal o no, tengan acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención.

8. A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.

Competencia y preparación.

9. Los gobiernos, las asociaciones profesionales de abogados y las instituciones de enseñanza velarán por que los abogados tengan la debida formación y preparación, y se les inculque la conciencia de los ideales y obligaciones éticas del abogado y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

10. Los gobiernos, las asociaciones profesionales de abogados y las instituciones de enseñanza velarán por que no haya discriminación alguna en contra de una persona, en cuanto al ingreso en la profesión o al ejercicio de la misma, por motivos de raza, color, sexo, origen étnico, religión, opiniones políticas y de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento, situación económica o condición social, aunque no se considerará discriminatorio el requisito de que un abogado sea ciudadano del país de que se trate.

11. En los países en que haya grupos, comunidades o regiones cuyas necesidades de servicios jurídicos no estén atendidas, en especial cuando tales grupos tengan culturas, tradiciones o idiomas propios o hayan sido víctimas de discriminación en el pasado, los gobiernos y las asociaciones profesionales de

abogados y las instituciones de enseñanza deberán tomar medidas especiales para ofrecer oportunidades a candidatos procedentes de esos grupos para que ingresen a la profesión de abogado y deberán velar por que reciban una formación adecuada a las necesidades de sus grupos de procedencia.

Garantías para el ejercicio de la profesión

16. Los gobiernos garantizarán que los abogados a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas; b) puedan viajar y comunicarse libremente con sus clientes tanto dentro de su país como en el exterior; y c) no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión.

17. Cuando la seguridad de los abogados sea amenazada a raíz del ejercicio de sus funciones, recibirán de las autoridades protección adecuada.

18. Los abogados no serán identificados con sus clientes ni con las causas de sus clientes como consecuencia del desempeño de sus funciones.

19. Ningún tribunal ni organismo administrativo ante el que se reconozca el derecho a ser asistido por un abogado se negará a reconocer el derecho de un abogado a presentarse ante él en nombre de su cliente, salvo que el abogado haya sido inhabilitado de conformidad con las leyes y prácticas nacionales y con estos principios.

20. Los abogados gozarán de inmunidad civil y penal por las declaraciones que hagan de buena fe, por escrito o en los alegatos orales, o bien al comparecer

como profesionales ante un tribunal judicial, otro tribunal u órgano jurídico o administrativo.

21. Las autoridades competentes tienen la obligación de velar por que los abogados tengan acceso a la información, los archivos y documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz. Este acceso se facilitará lo antes posible.

22. Los gobiernos reconocerán y respetarán la confidencialidad de todas las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes, en el marco de su relación profesional.

...

25. Las asociaciones profesionales de abogados cooperarán con los gobiernos para garantizar que todas las personas tengan acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los servicios jurídicos y que los abogados estén en condiciones de asesorar a sus clientes sin injerencias indebidas, de conformidad con la ley y con las reglas y normas éticas que se reconoce a su profesión.

27. Las acusaciones o reclamaciones contra los abogados en relación con su actuación profesional se tramitarán rápida e imparcialmente mediante procedimientos apropiados. Los abogados tendrán derecho a una audiencia justa, incluido el derecho a recibir la asistencia de un abogado de su elección".⁷⁵

Por lo que al actuar y de acuerdo a la ética de los abogados o licenciados en Derecho, deben de partir de estas bases para el mejor desempeño de sus funciones y con ello lograr transmitir confianza tanto al indiciado como a sus familiares, ya que todo licenciado en derecho o abogado es la esperanza de muchos seres inocentes que se encuentran relacionados con alguna averiguación previa, así como aquellos que verdaderamente son delincuentes pero no por ello dejan de ser personas humanas y están esperanzados en que se les lleve una buena defensa.

CAPITULO TERCERO

EL DERECHO DEL INculpADO DE NOMBRAR A UNA DEFENSA ADECUADA.

3.1.- EL NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR.

Como se ha establecido en líneas precedentes, el derecho a la defensa del indiciado se establece en la fracción IX del apartado a) del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El nombramiento del defensor debe, pues, requerirse siempre cuando se tome la declaración ministerial.

Dentro del artículo 20 constitucional en el apartado a) fracción IX, establece que 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 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.

Así mismo dentro de la ley secundaria el artículo 134 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que a la letra dice:

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

Asimismo en el artículo 269 del mismo Ordenamiento señala que:

"...b) Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor se le designará 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 permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el acta de averiguación previa”.

Una vez hecho lo anterior el indiciado debe declarar o no en presencia de su defensor particular o público, debiendo estar dicho defensor presente, cuando se le requiera.

El indiciado es quien debe decidir el nombramiento de su abogado, y en la presente investigación que se analiza, debe de ser desde la detención, es decir desde el inicio de la averiguación previa mientras se encuentra ante el Ministerio Público.

Por otra parte en el artículo 28 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional, se prevé que:

“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 hiciera uso de este derecho, se le nombrará el defensor de oficio”.

De esta forma si el inculcado en caso de no querer nombrar a un defensor con título o cédula profesional, el Estado tiene la obligación de nombrarle a un defensor de oficio.

Y como se ha señalado en la jurisprudencia que:

“DEFENSOR. LA DESIGNACIÓN HECHA POR EL ESTADO DEBE RECAER EN UN DEFENSOR DE OFICIO, HOY DEFENSOR PÚBLICO. De lo dispuesto por los artículos 20, fracciones II, IX y X, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 128, fracción III, inciso b), y 159 del Código Federal de Procedimientos Penales, 28 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional relativo al ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, y 1o. y 5o. de la Ley Federal de Defensoría Pública, se desprende que en los procedimientos del orden penal el inculcado tiene el derecho fundamental de defenderse por sí, por abogado, o por persona de su confianza, pero si no quiere o no puede designar defensor, debe nombrársele un defensor de oficio, hoy defensor público, a fin de garantizar el derecho a la defensa en materia penal y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica que sólo un profesional del derecho reconocido legalmente puede prestar. **PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO.** Amparo directo 373/99.-Raquel Lara González.-11 de agosto de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura.-Secretario: Juan Ramón Carrillo Reyes. Amparo directo 374/99.-Pedro Chávez Muñoz.-11 de agosto de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura.-Secretario: Juan Ramón Carrillo Reyes. Amparo directo 375/99.-Alejandro Flores Castillo.-11 de agosto de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura.-Secretario: Juan Ramón Carrillo Reyes. Amparo directo 376/99.-Antonio Bernal González.-11 de agosto de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura.-Secretario: Juan Ramón Carrillo Reyes. Amparo directo 377/99.-David Vela Luna.-11 de agosto de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura.-Secretario: Juan Ramón Carrillo Reyes.”⁷⁶

La función primordial del defensor de oficio como el particular, es el asesoramiento jurídico, consistente en el patrocinio que proporcionan estos

⁷⁶ Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis número 87/99, pendiente de resolver en la Primera Sala. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo X, Octubre de 1999. Tesis: XXIII, 1o. J/15 Página: 1178. Tesis de Jurisprudencia.

abogados, a las personas que requieren de sus conocimientos técnicos para resolver problemas jurídicos y procesales.

Requiriéndose la designación imperativa de abogado, en el proceso penal, cuando el inculcado no designa defensor voluntariamente, ya que actualmente, el inculcado puede designar como defensor a una persona de su confianza que no forzosamente debe ser abogado, de acuerdo con lo estipulado en la fracción IX apartado a) del artículo 20 de Constitución.

En la actualidad existe la necesidad de que en la práctica, de acudir al asesoramiento para realizar actividades jurídicas, que se han vuelto cada vez más complejas desde el punto de vista técnico, pero esta asistencia profesional no se encuentra reglamentada adecuadamente, tomando en consideración, entre otras causas, que no existen colegios de abogados que puedan proporcionar y vigilar eficazmente dicho asesoramiento, ya que los existentes son bastante débiles por la carencia de la colegiación obligatoria, debido a una interpretación discutible del artículo 9 de la Constitución sobre la libertad de asociación, y por otra parte hay un problema muy serio en la fijación de honorarios profesionales

La defensa de carácter procesal, que implica la participación en un proceso judicial, se le ha otorgado mayor importancia al asesoramiento procesal, los aspectos preventivos de la asistencia jurídica han tenido un desarrollo reciente bastante significativo.

Con base al artículo 17 de la Constitución, la defensa es gratuita de los que carecen de recursos suficientes para obtener el patrocinio de abogados particulares, a través de la institución de la defensoría de oficio.

Asimismo la tendencia desarticulada de establecer bufetes gratuitos en varias delegaciones del Distrito Federal, así como en las Facultades y Escuelas de Derecho de las Universidades Públicas y privadas en el Distrito Federal.

Al respeto tenemos la siguiente tesis jurisprudencial:

“Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VIII, Septiembre de 1998. Tesis: XV.1o.7 P. Página: 1157. **DECLARACIÓN MINISTERIAL INVÁLIDA, SI SE LE ASIGNA AL PROCESADO COMO DEFENSOR A UN ESTUDIANTE DE LEYES.** Una correcta interpretación de la fracción IX del artículo 20 de la Constitución General de la República lleva a la conclusión de que el inculcado tendrá entre otras garantías, el derecho a una defensa adecuada, misma que puede efectuarse, constitucionalmente, en primer lugar por sí mismo, esto es que el inculcado manifieste de manera clara su voluntad de defenderse por sí solo, es decir se nombre su autodefensor, o bien designe como tal a una persona de su confianza, en estas hipótesis es claro que no es requisito que el inculcado o la persona de su confianza sean abogados, es decir peritos en derecho, sin embargo cuando el inculcado no manifiesta su voluntad de defenderse por sí mismo y además expresa que no tiene persona de su confianza que lo defienda a quien nombrar, deberá ser defendido por un abogado, entendiéndose el término "abogado" como sinónimo de licenciado en derecho, pues de lo contrario la defensa que se le asigna no sería la adecuada por lo que si la persona que el Ministerio Público nombró para su defensa no es abogado, sino **sólo estudiante de derecho**, es obvio que tal nombramiento no satisface la garantía constitucional otorgada y por lo tanto las declaraciones ministeriales así emitidas carecen de valor probatorio. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO. Amparo directo 13/96. Alfonso González Órnelas y otros. 22 de febrero de 1996. Mayoría de votos. Disidente: Raúl Molina Torres. Ponente: Miguel Ángel Morales Hernández. Secretaria: Magdalena Díaz Beltrán.”

3.1.1.- DEFENSOR PUBLICO.

La Defensoría de Oficio, es una Institución Pública encargada de proporcionar los servicios de asistencia jurídica gratuita a las personas que, careciendo de

recursos económicos suficientes para cubrir los honorarios de un licenciado particular, que se ven en la imperiosa necesidad de comparecer ante la Agencia del Ministerio Público como inculpado.

Por lo que esta institución es similar a la que en otros países se conoce como patrocinio gratuito o beneficio de pobreza.

Así mismo dentro de la asistencia jurídica proporcionada por abogados particulares, los servicios de la defensoría de oficio pueden ser requeridos voluntariamente por los interesados.

Empero, la intervención de los defensores de oficio es obligatoria en el proceso penal, cuando el inculpado no nombre defensor particular o de oficio, el Ministerio Público le deberá designar uno de oficio, lo anterior con apoyo en el artículo 20, apartado a) de la fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Actualmente hay diversos órganos y entidades que se encargan de prestar asesoramiento jurídico gratuito en materias específicas.

Contamos con las oficinas de defensoría de oficio, a nivel tanto federal y local, que otorgan asistencia gratuita en materia penal.

Por lo que únicamente abordaremos la defensoría local, ya que es el tema que nos ocupa.

De acuerdo con el artículo 18, fracción VI, de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal de 1978 (de ese entonces, actualmente gobierno del Distrito Federal), es atribución de dicho Departamento: "Vigilar que se preste asesoría jurídica gratuita en materia civil, penal, administrativa y del trabajo, tendiendo a favorecer a los habitantes del Distrito Federal".

Las disposiciones específicas sobre la defensoría de oficio del Distrito Federal se encuentran en el Reglamento de las Defensorías de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal, expedido por el presidente de la República el 7 de mayo de 1940, con base en los artículos 21, 24 y 7o. transitorio de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal del 31 de diciembre de 1928; misma que estuvo vigente hasta 1941.

En esos términos del citado Reglamento, la defensoría de oficio del fuero común proporcionaba en forma gratuita los servicios tanto de defensa en materia penal, a las personas que no puedan cubrir los honorarios de un abogado particular.

En virtud de lo anteriormente señalado, la defensoría de oficio local, funcionaba dentro de la Dirección Jurídica y de Gobierno del Departamento del Distrito Federal bajo la coordinación de un jefe.

Por acuerdo emitido el 7 de julio de 1978 del jefe del Departamento del Distrito Federal, la defensoría de oficio en materia penal pasó a depender, con categoría de Coordinación, de la Dirección General de Reclusorios del propio Departamento.

Por otra parte en abril de 1980 la Coordinación fue transformada en Subdirección Jurídica de la Defensoría de Oficio Penal y, un año después, el 6 de agosto de 1981, fue elevada a la categoría de Dirección, siempre dentro de la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social. El sueldo promedio de estos defensores penales en (septiembre de 1982) era de \$23,200 pesos.

En 1976, el porcentaje de juicios penales en los que participaron defensores de oficio común, fue de 27%. En 1978 el porcentaje era de 69% y llegó al 78%.

Cabe señalarse que, además de la defensoría de oficio del Distrito Federal, el Departamento estableció bufetes jurídicos gratuitos en cada una de las 16 Delegaciones.

El defensor público es el que anteriormente se le conocía como el de oficio que, contando con el título universitario correspondiente, pertenece a la Defensoría Pública, en calidad de ejerciente y como tal se dedica al asesoramiento, dirección y defensa de los derechos e intereses ajenos ante los tribunales, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídica de forma gratuita.

Dicha institución antes aludida, se encuentra regulada por la Ley de Defensoría de Oficio del Fuero Común y su reglamento respectivo, luego entonces la defensoría pública, es un órgano gratuito para aquellas personas que no tienen los ingresos suficientes para pagar a un licenciado particular, ya que los defensores públicos son pagados por el Estado.

La abogacía es una profesión liberal que, en orden a la justicia, otorga de manera exclusiva y excluyente la posibilidad de defensa jurídica de las partes intervinientes en un litigio. La relación del abogado con su cliente es la de un arrendamiento de servicios, aunque en la práctica muchas veces se ve superada esta figura y pueden distinguirse elementos de mandato, gestión y representación.

El abogado tiene el deber de cooperar con la administración de justicia mediante la defensa jurídica de los intereses que le sean confiados. La actuación del abogado debe ser siempre libre e independiente y, como profesional, por lo que recibirá el amparo de los tribunales en su libertad de expresión y defensa.

La dignidad de la función del abogado comporta que goce de todos los derechos inherentes a la misma y como contrapartida se le exige probidad, lealtad y veracidad en el fondo de todas sus declaraciones, así como la utilización de formas respetuosas en sus manifestaciones.

Así tenemos que, el abogado tiene el deber y el derecho de guardar secreto profesional de todos los hechos y noticias que conozca por razón de su actuación profesional y no puede ser obligado a declarar sobre ellos.

En algunos países de Latinoamérica, durante los años que fue sometida por dictaduras, muchos abogados que, en defensa de sus clientes concurrían a los tribunales eran detenidos y en algunos casos desaparecidos.

Ahora bien en cuanto a que el defensor como órgano auxiliar de la administración de justicia, el Dr. Eduardo López Betancourt dice lo siguiente "Se considera también que el defensor no se desempeña tampoco como órgano auxiliar de la administración de justicia, porque ello le impondría la obligación de quebrantar el secreto profesional y tener que informar al órgano jurisdiccional de los detalles e información que reciba del indiciado, el cual, de no mantenerse en la discusión, podría ocasionar un fracaso de la defensa".⁷⁷

En consecuencia el inculpado que no tenga los recursos económicos suficientes puede nombrar al defensor de oficio y si este no lo hiciera el Ministerio Público deberá hacerlo.

3.1.1.1.- ACEPTACIÓN DEL CARGO CONFERIDO.

Una vez que se le haya nombrado al Defensor Público, deberá de aceptar y protestar el cargo, tomándosele protesta en términos de ley conforme al artículo 280 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que a la letra dice:

"...¿PROTESTA USTED BAJO PALABRA DE HONOR Y EN NOMBRE DE LA LEY DECLARAR CON VERDAD EN LAS DILIGENCIAS EN QUE VA A INTERVENIR?...".

⁷⁷ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Derecho Procesal Penal, Editorial Iure Editores, México, 2003, p. 67.

En consecuencia tendrá que contestar "si Protesto", haciéndole saber de igual forma las penas en que incurren los falsos declarantes ante una autoridad en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, con la imposición de dos a seis años de prisión y multa de cien a trescientos días multa, según prevé el artículo 311 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, manifestando sus generales el defensor, debiendo exhibir su Cédula Profesional.

Una vez que se le hace el conocimiento del nombramiento, por cualquier indiciado, y enterado del mismo, afecto de que lo asista al momento de rendir su declaración ante la Representación Social, deberá aceptarla por lo que protestará su fiel y legal desempeño, y como primer objetivo es solicitar el beneficio de la libertad bajo caución para el indiciado si es que procede, con fundamento en lo establecido por el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Y en caso de que el indiciado no quiera nombrar a un defensor público, el Ministerio Público en averiguación previa le nombrará uno, toda vez que tiene la facultad de hacerlo, para no quebrantar los derechos subjetivos públicos del indiciado.

Por su parte, la tesis jurisprudencial nos señala que:

Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: X-Julio. Página: 355. **DEFENSOR. FALTA DE ACEPTACIÓN Y PROTESTA DEL CARGO ATRIBUIBLE A LA AUTORIDAD.** Si el procesado nombra su defensor particular y acordada la petición, la autoridad no notifica a éste la designación, sino que dispone hacer de su conocimiento el aludido nombramiento por conducto del inculpado, se comete una violación substancial al procedimiento que afecta las defensas del quejoso, porque no existe precepto legal que faculte al juez para encomendar a una de las partes la notificación de los acuerdos ni menos para imponer al reo la obligación de comunicar a su defensor que la designación fue aceptada, ya que en todo caso la notificación

de los decretos, autos y sentencias, corresponde al actuario del juzgado; de tal manera que se vulnera lo dispuesto en la fracción IX del artículo 20 constitucional que da derecho al acusado de ser oído en su defensa por persona de su confianza, porque si se encuentra privado de su libertad, es claro que no tiene posibilidad de comunicar a su defensor el nombramiento. TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO. Amparo directo 157/91. Diego Fuentes Loreto. 7 de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Pérez Herrera. Secretaria: Mercedes Montealegre López."

3.1.2.- DEFENSOR PARTICULAR.

El defensor particular, es aquél profesionista que actúa libremente y por su cuenta, asimismo pacta sus honorarios con el indiciado, como compensación económica adecuada por los servicios que prestará.

El abogado particular no tiene algún ingreso por parte del Estado, debido a que los intereses que patrocina son particulares, debiendo de cooperar con la administración de justicia mediante la defensa jurídica de los intereses que le son confiados.

Su actuación del abogado debe ser siempre libre e independiente y, como profesional, recibiendo el amparo de los tribunales en su libertad de expresión y defensa.

La dignidad de la función del abogado comporta que goce de todos los derechos inherentes a la misma y como contrapartida se le exige probidad, lealtad y veracidad en el fondo de todas sus declaraciones, así como la utilización de formas respetuosas en sus manifestaciones

Teniendo el deber y el derecho de guardar secreto profesional de todos los hechos y noticias que conozca por razón de su actuación profesional y no puede ser obligado a declarar sobre ellos.

Aquellos indiciados o familiares que tengan suficientes recursos económicos contarán con defensores particulares.

3.1.2.1.- ACEPTACIÓN DEL CARGO CONFERIDO.

De igual forma una vez que se le haya nombrado al defensor particular, deberá de aceptar y protestar el cargo, tomándosele protesta en términos de ley conforme al artículo 280 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que a la letra dice:

"...¿PROTESTA USTED BAJO PALABRA DE HONOR Y EN NOMBRE DE LA LEY DECLARAR CON VERDAD EN LAS DILIGENCIAS EN QUE VA A INTERVENIR?...".

Por lo que en consecuencia tendrá que contestar "si Protesto", haciéndole saber de igual forma las penas en que incurren los falsos declarantes ante una autoridad en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, con la imposición de dos a seis años de prisión y multa de cien a trescientos días multa, según prevé el artículo 311 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, manifestando sus generales el defensor, debiendo exhibir su Cédula Profesional.

Una vez que se le hace el conocimiento del nombramiento, por cualquier indiciado, y enterado del mismo, afecto de que lo asista al momento de rendir su declaración ante la Representación Social, deberá aceptarla por lo que protestará su fiel y legal desempeño, y un primer momento solicitará el beneficio de la libertad bajo caución para el indiciado si es que procede, con fundamento en lo establecido por el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

3.2. LA PERSONA DE CONFIANZA.

3.2.1. PERSONA.

Dentro del diccionario jurídico 2000 tenemos que "El concepto de persona jurídica tiene una larga y complicada historia. Es el fruto de una lenta y fatigosa elaboración conceptual, en la cual se refleja toda la historia de la dogmática y la experiencia jurídica (Orestano.) Los varios significados de "persona", los de su equivalente griego: y sus derivaciones modernas han sido objeto de muchas controversias entre filólogos, juristas, filósofos y teólogos. En la actualidad "persona jurídica" es un término altamente técnico con el cual los juristas normalmente se refieren a una entidad dotada de existencia jurídica susceptible de ser titular de derechos subjetivos, facultades, obligaciones y responsabilidades jurídicas."⁷⁸

De igual forma en el diccionario antes aludido se desprende que "el significado dramático de "persona" penetró en la vida social. Por extensión metafórica se aplica a todas las "partes" (dramáticas) que el hombre "hace en la escena de la vida". Así como el actor, en el drama representa la parte de alguno, los individuos, en la vida social, "representan" alguna función. En este sentido se decía: "gerit personam princitis" quiere decir: "posición", "función", "papel" (Ferrara)."⁷⁹

Luego entonces la persona, consecuentemente, funge como algo, hace las veces de algo, y protagoniza algo: un papel, una parte; en consecuencia: personifica un papel social, y en el caso ha estudio con las facultades otorgadas por nuestra Constitución y la ley procesal tendrá el carácter de defensor del indiciado en la etapa de la averiguación previa, por disposición de dichas leyes.

Al respecto el maestro Eduardo García Máynez, señala que "se da el nombre de sujeto, o persona, a todo ente capaz de tener facultades y deberes".⁸⁰

⁷⁸ Diccionario Jurídico 2000. Op.cit., DJ2K — 1965

⁷⁹ Ibid., p. 1965

⁸⁰ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Porrúa, México, 2001, p. 271.

En el derecho es uno de los protagonistas y el papel que va a desempeñar, es que representará el carácter de defensor, es decir asumirá las funciones de un licenciado en Derecho y llevará el papel de conducción en la etapa de la averiguación previa.

La persona de confianza, de manera imperceptible es alguien capaz de tomar parte en actos jurídicos, por las facultades otorgadas por nuestras leyes, y como único requisito es ser capaz de representar al indiciado.

3.2.2. CONFIANZA.

Así tenemos que por confianza se entiende por el Diccionario de la Lengua Española como: "f. Sentimiento del que confía, esperanza en una persona o cosa: él me da confianza..."⁸¹

Si bien cuando alguna persona se encuentra con el carácter de indiciado a disposición de una autoridad ministerial lo primero es querer hablar con una persona de su entera confianza, por la situación especial o engorrosa en que se encuentra, de ahí que la persona de confianza le asistirá únicamente con carácter moral más como un defensor, sin embargo como se indicado, se le asiste con el carácter de defensor en dicha etapa, pues así lo dispone nuestras leyes.

Por lo que al nombrar el inculcado a una persona de confianza, o asignarle por parte del Ministerio Público a una persona de confianza, tratándose de cualquier persona (tío, papá, abuelo, sobrino, amigo, esposa, trabajadora social, el bolero etc), y no un licenciado en Derecho, nos encontraremos transgrediendo el principio de derecho a la defensa, ya que por su parte quien integra la averiguación previa, así como el que ejercita acción penal es un licenciado en Derecho, y como consecuencia de ello se están violando los principios del procedimiento penal, como el de igualdad

⁸¹GARCÍA, Ramón, Pelayo y Gross, Diccionario de la lengua española, Larousse, México, 2000, p.132.

entre las partes, y como se ha indicado el primero de los nombrados no es un licenciado en derecho y el segundo de los nombrados si lo es.

3.3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE COLOMBIA.

En el capítulo IV, respecto al **Defensor, se dispone lo siguiente:**

"Artículo 128. *Abogado.* Salvo las excepciones legales, para intervenir como defensor o apoderado de cualesquiera de los sujetos procesales se requiere ser abogado titulado."

"Artículo 129. *Vigencia y oportunidad del nombramiento.* El nombramiento del defensor de confianza o de oficio, hecho desde la vinculación a la actuación o en cualquier otro momento posterior, se entenderá hasta la finalización del proceso,

Quien se encuentre debidamente vinculado al proceso podrá designar defensor, mediante poder autenticado ante autoridad competente y dirigido al funcionario respectivo."⁸²

En dicho país la persona de confianza se refiere a un abogado titulado, y no a cualquier persona como se establece en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

3.4.- PORTUGAL.

Cuando una persona es sospechosa de haber cometido un ilícito en el país de Portugal, tenemos lo siguiente:

ASISTENCIA JURÍDICA:

⁸² Texto oficial sin modificaciones, Editado por santacruz@vango.com, Bogotá, D. C., 20/09/2000, Diario Oficial No. 44097 del 24/07/2000

"Quien haya sido arrestado en Portugal bajo sospecha de haber cometido un hecho delictivo, tiene derecho a asistencia jurídica. La ley obliga a que la defensa esté en manos de un abogado autorizado para ejercer...

Cuando el detenido no puede pagar al abogado, se le asigna un abogado de oficio. Un abogado de oficio no recibe ninguna remuneración del estado portugués y no puede recibir dinero del detenido. Sin embargo, cuando se le ha asignados un abogado de oficio, pero más tarde decide con dinero de terceros optar por otro abogado, el abogado de oficio puede pedir una indemnización.

Un abogado de oficio sólo está obligado a estar presente durante la vista. En general, no tomará contacto con el detenido antes."⁸³

Por lo que se obtiene que desde que se inicie una investigación a una persona como sospechosa de haber cometido algún ilícito, debe de estar representado por un abogado.

⁸³ Portugal. <http://www.espamundo.org/paises/portugal.htm>

CAPITULO CUARTO.

DERECHO A LA DEFENSA Y ASISTENCIA DEL LICENCIADO EN DERECHO.

4.1.- EN LA ACTUALIDAD YA NO ES FACTIBLE QUE AL INculpADO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA SE LE ASISTA POR UNA PERSONA DE CONFIANZA.

En el presente trabajo utilizamos la investigación de campo, utilizando para ello el cuestionario, ya que fue el instrumento que se eligió para recabar la información, con preguntas abiertas y cerradas, fue aplicado a personas con diferentes grados de instrucción, en el Distrito Federal, así como a licenciados en Derecho, y a servidores públicos, con el objeto de que opinaran respecto a la figura de la persona de confianza, llegándose a la conclusión que en la actualidad ya no es factible que al inculcado se le asista en la averiguación previa por una persona de confianza.

La investigadora Susana Pick señala al respecto que "El cuestionario es un método para obtener información de manera clara y precisa, donde existe un formato estandarizado de preguntas y donde el informante reporta sus respuestas".⁸⁴

1. CUESTIONARIO APLICADO A DIFERENTES PERSONAS POR MEDIO DEL CUAL PRETENDO CONOCER SU VALIOSA OPINIÓN ACERCA DE LOS PROCEDIMIENTOS EMPÍRICOS Y ESTADÍSTICOS PARA SABER ACERCA DE LA PERSONA DE CONFIANZA, CON EL FIN DE DAR SOLUCIONES VIABLES Y PRACTICAS A DICHO PROBLEMA.

NOMBRE _____ EDAD _____

NIVEL DE ESTUDIOS _____

OCUPACIÓN _____

⁸⁴PICK, Susana y/o. *Como Investigar en Ciencia Sociales*. Segunda edición, Editorial Trillas, México. 1982, p.60

1.- ¿EXPLIQUE EL CONCEPTO DE ABOGADO?

R.-

2.- ¿QUE ENTIENDES POR LICENCIADO EN DERECHO?

R.-

3.- ¿QUE ES LA PERSONA DE CONFIANZA?

R.-

4.- ¿INDIQUE EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PERSONA DE CONFIANZA?

R.-

5.- ¿EN QUE CONSISTE LA DEFENSA?

R.-

ANÁLISIS Y GRAFICACIÓN DE LOS RESULTADOS.

RESULTADOS.

1.- ¿EXPLIQUE EL CONCEPTO DE ABOGADO?



2.- ¿QUE ENTIENDES POR LICENCIADO EN DERECHO?



3.- ¿QUE ES LA PERSONA DE CONFIANZA?



4.- ¿INDIQUE EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PERSONA DE CONFIANZA?

1%

5.- ¿EN QUE CONSISTE LA DEFENSA?

60%

En un 90% las personas si conocen el concepto de abogado, a diferencia del concepto de licenciado en derecho que es el 80%, dado que es más utilizado la palabra de abogado que licenciado en derecho, ya que es sinónimo de este, a diferencia de la persona de confianza dicha figura no es conocida, en el medio, más aun su fundamento jurídico, ya la contestación fue de un 7% y 1%, por otro lado el 60% contestó respecto a la defensa, ya sea por medio del defensor particular o de oficio, teniendo más clara la idea que una persona de confianza.

La mayoría de las personas tiene mayor conocimiento del abogado o licenciado en derecho, y no de la persona de confianza.

2. CUESTIONARIO APLICADO A JUECES, MINISTERIOS PÚBLICOS, Y DEFENSORES DE OFICIO Y PARTICULARES, POR MEDIO DEL CUAL PRETENDO CONOCER SU VALIOSA OPINIÓN SI EN LA ACTUALIDAD ES FACTIBLE QUE EL INculpADO SEA ASISTIDO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA POR UNA PERSONA DE CONFIANZA, CON EL FIN DE DAR SOLUCIONES VIABLES Y PRACTICAS A DICHO PROBLEMA.

NOMBRE _____ EDAD _____

NIVEL DE ESTUDIOS _____

OCUPACIÓN _____

1.- ¿CONSIDERA USTED QUE SEA ASISTIDO EL INculpADO POR UNA PERSONA DE CONFIANZA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA?

 SI

 NO

2.- ¿ES CORRECTO QUE SE LE NOMBRE AL INculpADO PARA SU DEFENSA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA A CUALQUIER PERSONA?

 SI

 NO

3.- ¿EN LA ACTUALIDAD LA PERSONA DE CONFIANZA ES OBSOLETA?

 SI

 NO

4.- ¿EL INculpADO DESDE LA AVERIGUACIÓN PREVIA DEBE DE ESTAR ASISTIDO POR UN LICENCIADO EN DERECHO?

 SI

 NO

5.- ¿EL LICENCIADO EN DERECHO DEBE DE TENER POR LO MENOS CON UNA ESPECIALIDAD EN MATERIA PENAL?

 SI

 NO

ANÁLISIS Y GRAFICACIÓN DE LOS RESULTADOS.

RESULTADOS.

1.- ¿CONSIDERA USTED QUE SEA ASISTIDO EL INculpADO POR UNA PERSONA DE CONFIANZA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA?

50%

2.- ¿ES CORRECTO QUE SE LE NOMBRE AL INculpADO PARA SU DEFENSA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA A CUALQUIER PERSONA?

90%

3.- ¿EN LA ACTUALIDAD LA PERSONA DE CONFIANZA ES OBSOLETA?

90%

4.- ¿EL INCUPLADO DESDE LA AVERIGUACIÓN PREVIA DEBE DE ESTAR ASISTIDO POR UN LICENCIADO EN DERECHO?

90%

5.- ¿EL LICENCIADO EN DERECHO DEBE DE TENER POR LO MENOS UNA ESPECIALIDAD EN MATERIA PENAL?

100%

En un **50%** de las personas entrevistadas manifestaron que el inculpado sea asistido el inculpado por una persona de confianza en la averiguación previa; asimismo el **90%** determinó que no es correcto que se le nombre al inculpado para su defensa en la averiguación previa a cualquier persona; de igual forma el **90%** estableció que en la actualidad la persona de confianza es obsoleta; y por otra parte el **90%** señaló que el inculpado desde la averiguación previa debe de estar asistido por un licenciado en derecho; y por último el **100%** coincidieron que el licenciado en derecho debe de tener por lo menos una especialidad en materia penal.

3. PREGUNTAS DE TEST.

Con las siguientes preguntas se pretende obtener respuestas concretas por parte de estudiantes, personas de diferentes grados de instrucción, y Licenciados en Derecho, respecto a la declaración confesoria del inculpado que realiza ante el agente del Ministerio Público, y los requisitos que deben reunir una declaración confesoria, y como operaría ante el Órgano Jurisdiccional, en caso de retractarse el

Inculpado ante dicho Órgano y como se valoraría por este mismo, que haría en un momento determinado el abogado si conoce la culpabilidad del inculpado en base a la confesión, de ahí la importancia de que se le

Debemos de señalar con una cruz las alternativas que sean correctas (un mínimo de uno, y un máximo de tres).

Problema I

Tenemos diferentes obras legislativas, sin embargo en una se encuentra, para el caso de imputación de un homicidio, la siguiente regla relativa al modo de proceder del Ministerio Público:

Si el indiciado por homicidio confiesa, será interrogado por que lo hizo, a que hora lo realizó, que medios utilizó y que fines tenía para hacerlo.

¿En cuál de las siguientes obras legislativas se contienen los requisitos que se deben de reunir para que sea considerada la declaración del inculpado como confesoria?.

- a) Declaración de los Derechos del Hombre o del Ciudadano.
- b) Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- c) Nuevo Código Penal para El Distrito Federal.
- d) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal
- e) Carolina

Problema II

Ahora bien, observando las formas y reglas del Derecho Procesal Penal, imaginense que el indiciado ha confesado ante el Ministerio Público, es decir en averiguación previa, después de haberle dicho sus derechos, pero posteriormente se retracta de ella. Y ante el juez niega el inculpado todos los datos sobre la causa.

¿Cómo podría valorar la confesión el juez al momento de dictar su Auto de Plazo Constitucional, Orden de aprehensión o de Comparecencia, y en su caso como fundamento para emitir su sentencia?

a) A través de referencia a los autos que obran en el expediente, en el que se encuentra la declaración confesoria del inculpado.

b) A través de la lectura de la declaración confesoria del inculpado.

c) De ninguna forma.

d) Por medio de pruebas aportadas por el inculpado.

e) Por medio de su declaración preparatoria o ampliación de declaración hecha ante el Órgano Jurisdiccional.

Problema III

¿Qué puede hacer el abogado, si conoce la culpabilidad del inculpado en base a su confesión realizada ante el Ministerio Público?

a) Que se retracte de su primera declaración.

b) Hacerle de su conocimiento de la declaración del denunciante para que en forma contraria responda.

c) Solicitar al Juez la absolución por considerar que la responsabilidad no se acreditó.

d) Aconsejar al inculcado que se de a la fuga y en su momento solicitar la prescripción de la sanción penal por el transcurso del tiempo.

e) Aconsejar al inculcado que fue coaccionado.

Soluciones de los problemas son las siguientes:

Ahora bien en el problema I, la respuesta era el inciso d), pues se obtuvo de los estudiantes de derecho un 60% de preguntas correctas, y personas de diferentes grados de instrucción, sus respuestas fueron correctas en un 10%, en tanto que los Licenciados en Derecho, sus respuestas fueron correctas en un 100%, de ahí la importancia del abogado en la averiguación previa.

Por su parte en el problema II, las respuestas eran los incisos: b) y e), y en base a ello se obtuvo el 3% de preguntas correctas de personas de diferentes grados de instrucción, un 40% de preguntas correctas por parte de los estudiantes de derecho, y un 100% de preguntas correctas del licenciado en Derecho.

Así como en el problema III, las respuestas correctas eran los incisos: a), b) y e), obteniéndose un 15% por parte de personas de diferentes grados de instrucción, un 70% por parte de estudiantes de derecho, y 100% de licenciados en Derecho.

a) Función y finalidad de la defensa.

De lo anteriormente señalado, consideramos que la función y la finalidad de la defensa adecuada debe ser un licenciado en Derecho, para que haya un debido proceso penal en un Estado de derecho democrático como el nuestro, es irrenunciable que al inculcado se le asista por una persona de confianza en la

averiguación previa, pues en la práctica el Ministerio Público, con el fin de reunir el requisito establecido en el apartado a) del artículo 20 Constitucional, y el artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y por la premura del tiempo de la detención de cualquier indiciado, pone a cualquier persona que se encuentre presente para que le asista en su declaración preparatoria, no obstante ello la ley señala que le designara un defensor de oficio si el inculcado no designa a su defensor.

Derivado de todos los principios procesales que emanan de nuestra Constitución y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como el de contradicción, de legalidad, presunción de inocencia, indubio pro reo, entre otros, como ya se ha mencionado en el cuerpo del presente trabajo de investigación.

La situación del inculcado sirve no sólo el interés individual de éste, sino también el objetivo de encontrar la verdad.

El fin específico procesal del esclarecimiento de algún hecho delictivo se alcanza en la mejor forma por medio de un verdadero proceso legal, en los que tanto el Ministerio Público y la Defensa pongan a discusión los aspectos que inculpan al indiciado y absolutorios o de inculpabilidad.

En la práctica el mismo inculcado no puede exponer su punto de vista en la forma que se señala por la ley, y por ende defenderse él mismo de la acusación hecha por el Ministerio Público, máxime una persona de confianza.

Esto depende en varias ocasiones de que tanto el inculcado como la persona de confianza, no están en situaciones de argumentar su opinión oralmente o por escrito, y ante ello, la falta de conocimiento necesario sobre cuestiones jurídico procesales y materiales, asimismo apreciar de manera objetiva las cosas que suceden a su alrededor.

Aunado a que si el inculpado se encuentra en prisión preventiva, es claro que se encuentra limitado respecto de sus posibilidades de defensa, concretamente en la investigación de la circunstancias que lo puedan declarar absuelto de la acusación hecha por el Ministerio Público.

En la mayoría de los casos el inculpado cuando se le nombra a una persona de confianza, no tiene ninguna oportunidad de ser absuelto por el Juez, por que si tuvo la oportunidad de aportar o mencionar las pruebas que en momento tenía para desvirtuar su responsabilidad penal, y no lo hizo, o que en su momento pudo haber sido coaccionado para que emitiera una declaración en su contra, pero sin que pueda probar tal circunstancia, y en virtud de que si se aportan pruebas posteriormente, en la mayoría de los casos se aplica el principio de inmediatez procesal.

Se han dado casos también que a los propios abogados pocos expertos, han sido inculcados por el Ministerio Público de un hecho punible.

Al respecto el profesor Dr. h. c. Klaus Tiedemann opina al respecto que "el defensor es, por esto, en primer lugar, ayudante del inculpado y ha de defender sus derechos. Puede por ello actuar en principio sólo a favor del inculpado, y está obligado especialmente ante las autoridades investigadoras a ser discreto. En interés del hallazgo de la verdad y de una defensa efectiva, puede, sin duda, actuar también en contra de la voluntad del inculpado, por ejemplo, interponer una solicitud para que se examine su estado mental",⁸⁵

Ante tal tesitura el objetivo de dicha investigación es que haya una verdadera igualdad de las partes en el procedimiento penal, no solo en la etapa de proceso, sino desde el inicio del procedimiento, así como encontrar la verdad histórica de los

⁸⁵ ROXIN, Claus, ARZT, Gunther, y TIEDEMANN, Klaus, Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal, versión española, notas y comentarios de los profesores ARROYO ZAPATERO, Luis, y GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989, p.185.

hechos, por lo que en todos los casos, no sólo los importantes, se le debe de nombrar a un defensor de oficio o particular.

4.2. CASOS PENALES EN DONDE SE ASIGNA AL INculpADO A UNA PERSONA DE CONFIANZA Y DEFENSOR PARTICULAR O DE OFICIO.

Asimismo en los siguientes casos tenemos que en la práctica el Ministerio Público, le designa a una persona de confianza, ya que si bien cierto el artículo 134 bis 269 del Código de Procedimientos Penales para el distrito Federal señala que si el indiciado no quiere o no pudiera nombrar a un defensor, el Ministerio Público le designara uno, pero en la práctica no es así ya que lo hace pero sobre una persona de confianza, de ahí la importancia a manera de ilustración tenemos lo siguiente:

1. Número de casos penales en que se nombran personas de confianza en los meses de marzo y abril del 2003, en el juzgado Sexagésimo Primero Penal.

INculpADO	DELITO	CAUSA	FECHA
JULIO CESAR GIRÓN CISNEROS	FALSIFICACIÓN DE TÍTULOS AL PORTADOR	44/03	19/03/2003
ARMANDO AGUAYO CASTRO	ROBO CALIFICADO	46/03	24/03/2003
PABLO ALVAREZ HERRERA	ABUSO SEXUAL AGRAVADO	74/03	23/04/2003
RUBEN MORALES BARRETO	FALSEDAD ANTE AUTORIDAD	65/03	07/04/2003

2. Número de casos penales en que se nombran defensores particulares o de oficio en los meses de marzo y abril del 2003, en el juzgado Sexagésimo Primero Penal.

INCUPLADO	DELITO	CAUSA	FECHA
ERNESTO RODRÍGUEZ HIÑOJOSA	ROBO AGRAVADO	53/03	30/03/2003
FERNANDO CASTAÑEDA GARCÍA	ROBO CALIFICADO	28/03	03/03/2003
LUIS QUIROGA CABRERA	ROBO AGRAVADO	78/03	30/04/2003

Encontramos que en la práctica en la etapa de la averiguación previa el 70% se nombra a personas que no tiene conocimiento en el área de derecho penal, y el 20% son nombrados los licenciados en derecho particular o de oficio.

4.3. DERECHO A LA DEFENSA Y ASISTENCIA DEL LICENCIADO EN DERECHO.

Las garantías procesales y el derecho de defensa de todo inculcado, se exige que sean respetados desde el inicio de la averiguación previa, por lo que el Ministerio Público tiene la obligación, desde el momento en que es detenido o se presentare a declarar ante esta autoridad ministerial, por haber indicios para dirigirse contra este inculcado, por atribuírsele el delito perseguido, y considerarlo como probable responsable, sin embargo se le debe de hacer de su conocimiento de sus derechos y proporcionarle en su caso un licenciado en Derecho que lo defienda.

El derecho de defensa, es con el fin de que el inculcado sea asistido por un abogado, derecho primordial y requisito fundamental en el proceso penal sin que sea considerado como mero requisito formal.

Con este derecho el inculcado encomienda su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y con ello considere más adecuada su defensa.

Pues la presencia física de un abogado, significa la confianza, la asistencia, el asesoramiento, del probable responsable, quien se ve desprotegido ante el agente del Ministerio Público.

Este derecho establece que la asistencia de un defensor debe de ser real y efectiva, y en algunos casos proporcionado por el Estado. El derecho a la defensa y asistencia de un defensor es reconocido por el artículo 20 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no solamente se incluye el derecho del inculcado a estar en condiciones de nombrar a un defensor de su entera confianza, sino de igual forma a que se le sea designado un defensor de oficio por las condiciones en que se encuentre, es decir por falta de recursos económicos o no quiera nombrar a un defensor particular.

Mediante la asistencia de un defensor elegido por el inculcado o designado por el Estado, a quien se le imputa la comisión de un hecho delictivo, las actuaciones se inician normalmente, con la imputación hecha por el denunciante o testigo de los hechos a una determinada persona, en algunos casos se la detención del inculcado.

Por lo que se inicia la averiguación previa correspondiente, el detenido tiene la condición en ese momento de indiciado o inculcado. El derecho a la defensa, mediante un defensor de oficio o particular, se da desde el origen de las actuaciones, por lo que el indiciado si no designa a un defensor de su entera confianza se le nombra al de oficio.

En la actualidad vemos que en la práctica el Ministerio Público, en algunos casos se le designa al indiciado cuando confiesa haber cometido el hecho delictivo, considerando en que se necesita su consejo o hay que intentar algún recurso.

Se han dado casos y a manera de ejemplo, como en los delitos de privación ilegal de la libertad, asociación delictuosa y delitos contra la salud, ya que en la

averiguación previa el defensor no se puede comunicar con el indiciado, sino después de rendir su declaración ministerial, he ahí la violación al derecho de la comunicación, por lo que se niega al indiciado la opción de elegir abogado, y por la prematura del tiempo el Ministerio Público le designa a uno de oficio, ocurriendo a la luz de los derechos humanos.

Existencia del derecho de defensa en la averiguación previa.

Como ya se ha analizado en la presente investigación el derecho de defensa contradictoria de las partes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses, se debe de respetar desde el inicio de la averiguación previa.

Declaración sin presencia del abogado.

Si bien la declaración del indiciado sin la presencia del defensor, es una infracción al procedimiento, y con ello se puede llegar a la lesionar el derecho fundamental a la defensa consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por ende la inasistencia de abogado provoca no solamente la indefensión formal, sino la material, perjuicio que surge de forma palpable en la averiguación previa donde rinde por primera vez su declaración.

Declaración de no detenido.

Tratándose de personas no detenidas, se les manda a citar y que se presente en compañía de su defensor, pues aquí no hay flagrancia, y en algunos casos se les puede consignar por tratarse de un caso urgente, por lo que no es tan necesaria la intervención del defensor por que se sigue actuando y tiene el derecho de nombrarlo, y no corre un término tan drástico para ejercer la acción penal, como en los casos de flagrancia.

Derecho a la asistencia de un defensor.

La asistencia de un defensor, es en algunos casos, un derecho del indiciado; en otra, un requisito procesal, cuyo cumplimiento debe velar el órgano judicial, aún cuando el inculpado no lo hiciera en su momento procesal oportuno, por lo que el Ministerio Público tiene la obligación de hacerlo, incluso cuando se mantenga en una actitud pasiva, procediendo al nombramiento del abogado.

Por lo que no se debe de transformar un derecho fundamental que va a la par con el proceso penal en un simple requisito formal, y con ello obstaculizar al acceso a una garantía esencial.

La presencia del abogado, en relación a la asistencia del defensor durante la averiguación previa, cuando el inculpado emite su declaración ministerial, debe de ser una garantía de legitimidad, por lo tanto garantizar la constitucionalidad, testigo fehaciente de veracidad de los hechos que se investigan o que se imputan.

No necesaria la intervención del defensor en la averiguación previa.

En esta etapa el defensor no puede intervenir al momento de que el inculpado rinde su declaración ministerial, pues el Ministerio Público no lo permite, y sin que se pueda entrevistar el defensor con el inculpado antes de que rinda la misma, sin embargo se debe de garantizar la asistencia del abogado para efectos de ser fedatario de las actuaciones del Ministerio Público.

Derecho a la elección del defensor.

El derecho a la asistencia de un defensor particular o de oficio, es propia del inculpado quien encomienda su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y lo considere oportuno o correcto para inicia su propia defensa.

De ahí que el ejercicio del derecho a la asistencia del defensor tiene una vital importancia que es la confianza que al inculcado le inspire, encontrado pues en el defensor por sus condiciones profesionales y humanas la libre designación, asimismo el Estado le da al inculcado la libre elección, y en caso de no ejercer este derecho constitucional el Ministerio Público le designara a uno de oficio, o expresamente el inculcado por falta de recursos económicos pidiere a uno de oficio.

La asistencia efectiva del defensor y gratuita.

La asistencia del defensor aunque sea de oficio y gratuita, su participación debe de ser efectiva, sin que se quede en una mera designación de rutina y de esta forma una ausencia de asistencia efectiva, por lo que el órgano ministerial debe de poner énfasis para que el derecho de defensa no sea meramente formal o ilusorio, sino que debe de ir más allá y de esta forma su participación resulte real y efectiva.

Ya que al carecer algunas personas de recursos económicos eligen al defensor de oficio para que los asista en su declaración ministerial, no obstante ello el objetivo del cualquier abogado de oficio es buscar una sentencia absolutoria o al emitirse una sentencia condenatoria sea apegada a derecho.

Igualdad entre la partes.

En la presente investigación pretendemos buscar el equilibrio necesario entre las partes que intervienen en el procedimiento penal mexicano, ya que se exige la imperiosa necesidad del ejercicio del derecho de defensa. Pues en la averiguación previa constituye el cimiento sobre lo que será un proceso con la debida adecuación a las necesidades y exigencias constitucionales.

Buscamos pues a través de las garantías constitucionales la posibilidad efectiva de ejercer con eficacia el derecho de defensa, y quien más lo puede realizar sino el perito en la materia que es el licenciado en Derecho.

Ante tal tesitura el inculpado debe de contar con licenciado en Derecho para enfrentar un largo proceso, y en la averiguación previa debe de gozar de todos los medios necesarios para defenderse y en particular, para afrontar su interrogatorio desde la averiguación previa, y ponerse de acuerdo con su abogado.

Derecho de defensa y secreto de la averiguación previa.

Todo inculpado al que se le impute algún ilícito tiene el derecho a ejercer el derecho de defensa, actuando en la averiguación previa, desde que se le haga el conocimiento de esta imputación, o ha sido objeto de detención o cualquier otra circunstancia.

Pues al presentar la denuncia o querrela el denunciante o querellante y de esta resulta la imputación de algún ilícito hacia el indiciado, se le hará de su conocimiento inmediatamente.

Se ha considerado que en la integración de la averiguación se debe de mantener en secreto, y como se ha visto hay una serie de trabas ante el agente del Ministerio Público para poder ingresar al expediente, y más aún cuando se trata de delitos graves o relevantes.

Exigencia del derecho de defensa en la averiguación previa.

Hemos establecido en nuestra investigación que todo inculpado, como mínimo tiene el derecho a solicitar la asistencia de un defensor de su entera confianza, y si no tiene los medios económicos, puede ser asistido gratuitamente por un defensor de oficio. Por lo que es la exigencia de acuerdo con el establecido como "derecho a la defensa adecuada", ya que consagra, la preferencia de otorgar la defensa técnica al defensor, y de su libre elección frente a la probable designación del defensor de oficio, además de la asistencia y efectiva participación del defensor.

Por otra parte, la efectividad del defensor se proyecta en lo que realiza y no en el pronosticar como hubiera actuado otro en su lugar, sino que se deben de tomar en cuenta lo que se realiza, ya que el inculpaado tiene el derecho de recurrir ante las autoridades correspondiente por la ineffectividad del trabajo o la posible omisión del defensor.

Consecuencias de la declaración sin asistencia del defensor.

Se ha dado con mayor frecuencia que en la práctica únicamente a los inculpaados que se declaran confesos se encuentran asistidos por los defensores de oficio.

Pues en su momento habría reposición de procedimiento si el inculpaado no fue asistido desde su primera declaración y que desde esta haya confesado los hechos que se le imputan, es decir rindió una declaración confesoria ante la Representación Social.

Es importan señalar que en caso de rebasar el término de 48 horas y el inculpaado rindió una declaración confesoria sin la asistencia del defensor, en su momento el juez determinará que no se trata de una declaración confesoria, si esta no es ratificada por el inculpaado ante dicho órgano jurisdiccional.

Asimismo el artículo 134 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala que:

"...En caso de que la detención de una persona exceda de los plazos señalados en el artículo 16 de la Constitución Federal, se presumirá que estuvo incomunicada y las declaraciones que haya emitido el detenido no tendrán validez".

Por lo que se si rebasa dicho plazo concedido para la integración de la averiguación previa, y si el detenido no ratifica su declaración ministerial ante el

órgano jurisdiccional, pues se presume que estuvo incomunicado y por lo tanto tratándose de una declaración confesoria que haya emitido ante el Ministerio Público, no tendrá validez, por lo tanto no se tomara como confesoria la declaración emitida por dicho detenido.

CONCLUSIONES

1. Las garantías del inculpado frente al Ministerio Público, considero que una de las más importantes es la defensa adecuada, ya que si se nombra a un licenciado en Derecho para poder defender al inculpado desde la etapa de la averiguación previa se puede evitar que se vulneren sus derechos públicos subjetivos.

2. Como consecuencia el licenciado en Derecho es la persona idónea, por la preparación que se lleva en las Universidades, preparándose día a día, y por lo que con ello se cumpliría con el principio de la Defensa Adecuada, siendo un derecho que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en beneficio del inculpado durante el inicio de la averiguación previa con el objeto de lograr un equilibrio frente al Ministerio Público, que es el representante de la personas afectadas y como órgano ministerial que defiende los bienes jurídicamente tutelados.

3. El Abogado como sinónimo de Licenciado en Derecho, contando con el título universitario correspondiente, podrá ejercer, y como tal se dedicará al asesoramiento, dirección y defensa de los derechos que en este caso son los de un inculpado ante una autoridad penal, aplicando la ciencia y técnica jurídica, para una mejor defensa del inculpado.

4. El abogado es la persona idónea para que asista al inculpado al momento de rendir su declaración ministerial, por lo que es la persona de confianza, testigo y observador de las actuaciones del Ministerio Público, mediante la defensa jurídica del inculpado que le es confiado, por ende tiene la obligación de proponer todo lo que este a su alcance para cumplir con el Derecho de Defensa.

5. Por lo tanto el abogado tiene el deber y el derecho de guardar secreto profesional de todos los hechos y noticias que conozca por razón de sus funciones y no puede ser obligado a declarar sobre los mismos.

6. En consecuencia, de acuerdo a lo establecido anteriormente, el servicio que prestan los abogados aplicando sus conocimientos jurídicos a la defensa de los intereses de cualquier persona, es sin duda la protección jurídica que se le hace a un inculpado confiando en que este licenciado en Derecho lo guiará y defenderá, buscando siempre la verdad jurídica.

7. Toda persona que se encuentre detenida tiene derecho a designar a un abogado y a solicitar su presencia para que lo asista en las diligencias que se desarrollan durante la averiguación previa, concretamente durante su declaración ministerial, así como estar presentes de las diligencias de confrontación.

8. El abogado responsable de asumir esta asistencia, le hará de su conocimiento al inculpado y para que le sea comprensible al detenido, de los hechos que se le imputan, de las razones por las que se le ha privado de libertad y de los derechos que se le confieren por la ley, como son entre otros los siguientes: derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo, a ser asistido de forma gratuita por un intérprete si es extranjero o no entiende la lengua española, aunque sea la oficial del país, por tratarse de otra la lengua que conoce; por ejemplo, los problemas lingüísticos de determinadas comunidades indígenas.

9. El defensor por ética profesional deberá de cumplir con sus obligaciones, además de tener talento en sus actividades para ofrecer las pruebas idóneas, para entorpecer la investigación del delito.

10. Para estar en igual de circunstancias en la etapa de la averiguación previa, el inculpado debe de contar con un licenciado en Derecho, toda vez que si el que investiga y quien va ejercitar la acción penal correspondiente ante la autoridad judicial, es perito en derecho, lo lógico es también que el inculpado cuente con un perito en la materia.

11. Asimismo el licenciado en derecho se le debe de exigir que cuente mínimo con una especialidad en derecho penal, para cumplir con las expectativas que se investigan, , y con ello cumplir cabalmente con la garantía constitucional de la defensa adecuada.

12. En la práctica, cuando un inculpado se encuentra detenido ante el agente del Ministerio Público, el defensor no se puede comunicar con el inculpado, lo que afecta gravemente el derecho de defensa.

13. De ahí la importancia que el abogado debe de hacer valer el derecho de defensa, es decir debe de entrevistarse con el inculpado antes de rendir su declaración ministerial, porque es un derecho del inculpado a contar con asesoramiento legal antes de responder a los hechos que se le imputan.

14. Por lo que el asesoramiento debe ser efectivo, pudiendo decidir el inculpado contar con el asesoramiento de un abogado particular o de oficio.

15. El abogado defensor, una vez que se le designa tiene el derecho a examinar el expediente, para que su defensa sea técnica o material, es decir que aporte los elementos necesarios para una mejor defensa adecuada del inculpado ante el Ministerio Público.

16. La exigencia de que el defensor obligadamente designado por el inculpado sea oportunamente informado para que pueda ejercer el asesoramiento autorizado el Código de Procedimientos Penales el Distrito Federal.

17. Estimamos que sería más conveniente que se permitiera una comunicación entre el inculpado y el defensor abogado desde el mismo momento de su detención, ello para estar en igualdad de circunstancias ante el Ministerio Público.

18. Es conveniente que el inculpado confíe en un profesional universitario con cédula profesional para ejercer la profesión de licenciado en derecho, pues el conocimiento técnico es de rigor, máxime que debe de contar con una especialidad en materia penal, por lo que debe de conocer el fondo de los problemas del procedimiento y las previsiones del Código Penal.

19. La palabra asistencia, es usada como sinónimo de concurrir, de ahí se describen los actos que puede presenciar el abogado defensor de un inculpado que se encuentra detenido ante el agente del Ministerio Público.

20. Para enfrentar una defensa penal, es necesario que el abogado designado por un inculpado para que lo defienda en algún caso, debe enfocar con la mayor precisión todos y cada uno de elementos del hecho típico de que se trate, y que le sea imputado a su defendido, y una vez hecho lo anterior, usar las herramientas que la ley, la jurisprudencia y la doctrina ponen a su disposición, para tratar de descartar la responsabilidad penal del indiciado.

21. Por ende no solo el abogado debe de asistirle al inculpado a rendir su declaración ministerial, sino debe contar con la impericia en su profesión, la atenta observación del desarrollo de la integración de la averiguación previa, para que en su momento aplique todas las medidas que podrían ser útiles para desvirtuar la responsabilidad penal del inculpado.

PROPUESTAS

PROPUESTA DE REFORMAS PARA UNA MEJOR DEFENSA DEL INCULPADO Y NO VIOLAR GARANTÍAS INDIVIDUALES.

Ahora bien, de lo anteriormente señalado tenemos que reformar la fracción IX del apartado a) del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De igual forma el artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Dichas reformas deberán hacerse con el propósito de que el inculpado desde el inicio cuente con un Defensor ya sea de oficio o particular, con el fin de no vulnerar el derecho de la defensa adecuada.

Pues como se ha insistido en esta investigación, para asegurar la plena igualdad entre imputación y defensa, esto, para evitar que en la averiguación previa se continúe cometiendo irregularidades, es preciso que desde el inicio de la averiguación previa el indiciado cuente con defensor de oficio o particular.

EN EL APARTADO A) FRACCIÓN IX DEL ARTICULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Dicho dispositivo prevé una serie de garantías, creadas exclusivamente para aquellas personas que se encuentran sujetas a un proceso penal, asimismo a las personas que se encuentran con el carácter de indiciados en la averiguación previa.

Y en virtud del fin que perseguimos sólo se abordará la figura de la defensa adecuada.

Actualmente en la fracción IX del apartado A) del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dice:

Artículo 20...

"A)...

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,

...

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..."

Por lo que en lo futuro la fracción IX del apartado A) del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deberá decir:

Artículo 20...

"A)...

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

abogado. Contar con lo menos con una especialidad en materia penal el Licenciado en Derecho. 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,

...

EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Una vez que se haya reformado la fracción IX apartado a) del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se dará un paso a la ley secundaria, para tener una uniformidad entre esta y la ley suprema.

Por lo que actualmente en el artículo 269 del código de Procedimientos Para el Distrito Federal dice:

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

....

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

Dichos derechos son:

- a) No declarar si así lo desea;

b) Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará 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 la cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el acta de averiguación previa;

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

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

g) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal, y en los términos del artículo 556 de la ley adjetiva procesal penal para el Distrito Federal.

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

IV Cuando el indiciado fuere indígena o extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere este artículo. Si se tratare de un extranjero la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda.

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

..

Por lo que en lo sucesivo en el artículo 269 del Código de Procedimientos para el Distrito Federal dirá:

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

....

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

Dichos derechos son:

b) Que debe tener una **defensa adecuada**, por abogado, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;

Fracción V. Contar con lo menos con una especialidad en materia penal el Licenciado en Derecho.

...

Luego entonces en materia procesal el artículo 269 de la ley adjetiva procesal para el Distrito Federal, viene consagrar al párrafo cuarto de la fracción X del apartado a) artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, enunciando la palabra averiguación en lugar de proceso. Esto permite leer con más claridad los derechos otorgados en la averiguación previa, debido a que en este apartado se alude con todo detalle a cada uno de los derechos otorgados por la Constitución Federal Mexicana refiriéndose únicamente a la averiguación previa.

Y ante la problemática que nos enfrentamos día a día, el abogado que deberá asistir al indiciado en la averiguación previa debería de contar por lo menos con una especialidad en materia penal, para ir avanzando o tener una cultura referente a la defensa de aquellas personas que están sujetas a una averiguación previa.

BIBLIOGRAFÍA

1. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, México, 1994.
2. CARRARA Francesco, Derecho Penal, Volumen 1, Editorial Oxford, México, 2000.
3. CABALLERO, Gloria y RABASA, O. Emilio, Mexicano: Esta es tu Constitución, H. LII Legislatura, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, México, 1984.
4. CASTRO, V. Juventino, Garantías y Amparo, Editorial Porrúa, México, 1994.
5. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Décima Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1992.
6. CORDON MORENO, Faustino, Las garantías constitucionales del proceso penal, Segunda Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002.
7. DE DIEGO DIEZ Luis-Alfredo, La conformidad del Acusado, Editorial Tirant lo Blilanch, Valencia, 1997.
8. DÍAZ Elías, Sociología y Filosofía del Derecho, Editorial Taurus, Salamanca, Madrid, 1971.
9. FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Editorial Trotta, Cuarta Edición, Madrid España, 2000.
10. FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, Valladolid, 1995.

11. FLORESGOMEZ GONZÁLEZ, Fernando y CARVAJAL MORENO, Gustavo, Nociones de Derecho Positivo Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1990.
12. FLORIÁN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1934.
13. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, Editorial Porrúa, México, 2001.
14. GIDDENS, Anthony, La teoría social, hoy, Editorial Alianza, Madrid, 1990.
15. GOMEZ ROMERO, Luis, y RÍOS ESPINOSA, Carlos, Interpretación constitucional integral de los principios del proceso penal en México, Editorial Fundación Rafael Preciado Hernández A.C., México, 1999.
16. HERRERA LASSO y GUTIÉRREZ, Eduardo, Garantías Constitucionales en Materia Penal, Editorial Instituto Nacional de Ciencia Penales. México, 1979.
17. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Derecho Procesal Penal, Editorial Iure Editores, México, 2003.
18. P.G.R., Manuales de Instituto de Capacitación. Área Ético-Ministerial. México, 1993.
19. MAIER, B. J., Julio, Compilador, EL Ministerio Público en el proceso penal, Editorial Ad-hoc S.R.L., Buenos Aires, 2000.
20. MONTERO AROCA, Juan, Principios del Proceso Penal, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

21. MONTIEL Y DUARTE, Isidro, Estudio sobre Garantías Individuales, Editorial Porrúa, México, 1972.
22. OSORIO Y NIETO, César Augusto, La Averiguación Previa, Editorial Porrúa, México, 1997.
23. PALACIOS ALCOCER, Mariano. El Régimen de Garantías Sociales en el Constitucionalismo Mexicano, Editorial UNAM, México, 1995.
24. PALLARES, Eduardo, Prontuario de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, México, 1989.
25. PICK Susana y/o, Como Investigar en Ciencia Sociales, Segunda edición, Editorial Trillas, México, 1982.
26. RIVERA, Manuel, El procedimiento Penal, Editorial Porrúa, México, 1993.
27. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal, Editorial Granada, 2000.
28. RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge, Teoría y Práctica del derecho Constitucional, Editorial Tecnos, S.A. España, 1996.
29. ROXIN, Claus, ARZT, Gunther, y TIEDEMANN, Klaus, Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal, versión española, notas y comentarios de los profesores ARROYO ZAPATERO, Luis, y GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989, p.185.
30. SANDIFER, Durman V. y SHEMAN, L. RONALD, Fundamentos de la Libertad, Editorial Uteha, México, 1967.

31. TOCORA, Fernando, Principios Penales Sustantivos, Editorial Temis S.A., Bogotá – Colombia, 2002.
32. VARELA, A. Casimiro, Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires-Argentina.
33. ZAMORA PIERCE, Jesús, Garantías y Proceso Penal, Editorial Porrúa, México, 1987.

HEMEROGRAFIA

- 1.- CHIOVENDA, Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Revista de Derecho Procesal Civil, Madrid, 1957.

LEGISLACIÓN

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Editorial Sista, México, 2001.
2. LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL, Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial Sista, México, 1998.
3. LEY DE PROFESIONES, (Legislación en Materia de Educación y Profesiones), Editorial PAC, S.A. de C.V., 2002.

FUENTES ELECTRÓNICAS

1. PÁGINA PRINCIPAL| MAPA DEL SITIO |BÚSQUEDA| ÍNDEX|DOCUMENTOS| TRATADOS| REUNIONES| PRENSA| MENSAJES, © Copyright 1996 - 2000 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Ginebra, Suiza

2.- <http://www.espamundo.org/paises/portugal.htm>,

3. <http://www.geocities.com/santacruz/ccp2000.html>,

4. <http://www.unhchr.ch/Hurricane.nsf/webhome/Spanish>.

5. http://www.unhchr.ch/Spanish/htm/menu3/b/h_comp36-sp.htm.

6. http://www.unhchr.ch/Spanish/htm/menu3/b/h_comp44-sp.htm.

DICCIONARIOS JURÍDICOS Y DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

1. DE PINA y DE PINA VARA, Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, México, 1993.
2. Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Todos los Derechos Reservados. DJ2K.
3. GARCIA, Ramón, Pelayo y Gross, Diccionario de la lengua española, Larousse, México, 2000.
4. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano. Porrúa, México, 1996.
5. RALUY POUDEVIDA, ANTONIO, y MONTERDE, Francisco, Diccionario Porrúa. Porrúa, México, 1993.

OTRAS FUENTES

1. ARMIENTA CALDERÓN, A. Gonzalo, Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal, Temas de Derecho Procesal, Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial UNAM, 1996.

TRATADOS, CONVENCIONES Y ACUERDOS INTERNACIONALES

1. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, Editorial Porrúa.
2. La Declaración Universal de Derechos Humanos.
3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
4. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.