

**UNIVERSIDAD
LATINA**

TESISTA:

GONZÁLEZ PAVÓN DANIEL

TESIS:

“LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL
EN EL DERECHO PENAL MEXICANO”.

ASESOR:

MTRO. ALBERTICO GUINTO SIERRA.

MÉXICO, D.F. SEPTIEMBRE DEL 2009.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIA:

Dedico con todo cariño primero que nada, a mi Papá Javier González Rosas gracias a su esfuerzo, dedicación y entrega me fue apoyando en todo momento que uno lo necesitaba, a mi Mamá María Eufemia Pavón Rangel que gracias a su apoyo, esfuerzo, dedicación e insistencia de hacernos sobresalir y ser mejores cada día, así como también a esos valores tanto uno como otro nos han enseñado y gracias a ellos por haberme brindado su confianza y creer primero como su hijo y ahora ser un profesionalista.

También con todo cariño lo dedico a mis hermanos de nombres Israel, Fernando, Edilberto, José Luis y Marisol, siendo que gracias a su apoyo en todo momento, para que ahora sea un profesionalista.

AGRADECIMIENTOS:

A ESTA UNIVERSIDAD, LA UNIVERSIDAD LATINA POR SER UNA INSTITUCIÓN QUE ME HA INSTRUIDO Y OTORGADO LOS ELEMENTOS PARA TENER UNA BUENA FORMACIÓN PROFESIONAL DURANTE EL TODO EL TIEMPO QUE ESTUVE EN ELLA.

AL MAESTRO ALBERTICO GUINTO SIERRA POR OTORGARME ESA PACIENCIA Y HABER APRENDIDO DE SUS CONOCIMIENTOS PARA PODER CONCLUIR ESTÁ FORMACIÓN PROFESIONAL.

A TODOS LOS COMPAÑEROS QUE DURANTE EL DESARROLLO DE LA CARRERA ME APOYARON YA SEA EN LAS BUENAS IDEAS O MALAS IDEAS, PERO SIEMPRE ESTÁN AHÍ PARA BRINDARME PARTE DE SUS CONOCIMIENTOS, CONSEJOS PARA FORMARME DE CONVICCIÓN EN UN FUTURO.

A TODOS LICENCIADOS Y LAS PERSONAS QUE ME BRINDARON PARTE DE SU CONFIANZA, AYUDA, PACIENCIA Y POR HABER APRENDIDO DE SUS CONOCIMIENTOS PARA PODER TENER UN DESARROLLO PROFESIONAL Y FORMARME DE CONVICCIÓN EN UN FUTURO.

INDICE

INTRODUCCIÓN. -----	1
CAPITULO I.-ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	
1.1 <i>IUS PUNIENDI</i> O DERECHO DEL ESTADO A CASTIGAR. -----	01
1.1.1 DERECHO PENAL SUBJETIVO. -----	01
1.1.2 DERECHO PENAL OBJETIVO. -----	02
1.1.3 CONCEPTO DE <i>IUS PUNIENDI</i> O <i>IUS GLADII</i> . -----	04
1.1.4 FIN ÚLTIMO DEL DERECHO PENAL. -----	09
1.1.5 NATURALEZA JURIDICA DEL <i>IUS GLADII</i> . -----	15
1.1.6 LIMITES DE LA POTESTAS PUNITIVA DEL <i>IUS PUNIENDI</i> . -----	17
1.1.6.1 LIMITES MATERIALES DEL <i>IUS PUNIENDI</i> . -----	17
1.1.6. 2 LIMITES FORMALES DEL <i>IUS PUNIENDI</i> . -----	20
1.2 SISTEMA INQUISITIVO. -----	22
1.2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS. -----	22
1.2.2 CARACTERÍSTICAS. -----	23
1.2.3 SEGÚN GUILLERMO BORJA OSORNO. -----	24
1.2.4 SEGÚN FRANCESCO CARRARA. -----	25
1.2.5 SEGÚN JAVIER PIÑA Y PALACIOS. -----	25
1.3 EL SISTEMA ACUSATORIO. -----	26

1.3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS. -----	26
1.3.2 GARANTÍAS EN EL SISTEMA ACUSATORIO. -----	28
1.3.3 PRINCIPIOS QUE RIGEN A EL SISTEMA ACUSATORIO. -----	29
1.3.4 CARACTERÍSTICAS. -----	30
1.3. 5 SEGÚN JAVIER PIÑA Y PALACIOS. -----	34
1.3. 6 SEGÚN GUILLERMO BORJA OSORNO. -----	35
1.3.7 SEGÚN FRANCESCO CARRARA. -----	36
1.4 DERECHO ROMANO. -----	37
1.5 ESCUELA CLÁSICA. -----	38
1.6 ESCUELA POSITIVA. -----	40
1.7 ANTIGUO DERECHO INGLÉS Y CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. -- -----	43
1.8 ANTECEDENTES MEXICANOS. -----	44
1.9 SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. -----	45
CAPITULO II.- MARCO CONCEPTUAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	
2.1 LA CONFESIÓN. -----	47
2.1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS. -----	47
2.1.2 NATURALEZA JURIDICA. -----	51
2.1.3 CONCEPTO. -----	54

2.1.4 TIPOS DE CONFESIÓN. -----	57
2.1.5 LEGALIDAD DE LA CONFESIÓN. -----	58
2.2 DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE. -----	59
2.2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS. -----	59
2.2.2 DISPOSICIONES LEGALES. -----	60
2.3 EL GARANTISMO PENAL. -----	65
2.3.1 PRINCIPIOS DEL GARANTISMO. -----	70
2.3.2 CONCEPTO DE GARANTISMO PENAL. -----	86
2.4 EL DERECHO DE DEFENSA. -----	94
2.4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS. -----	94
2.4.2 CONCEPTO. -----	98
2.4.3 CARACTERÍSTICAS. -----	101
2.4.4 DISPOSICIONES LEGALES. -----	103
2.4.5 CRITERIO JURISPRUDENCIAL SUSTENTADO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. -----	107
2.5 DERECHO A PROPONER PRUEBAS. -----	109
2.5.1 MEDIOS DE PRUEBA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA. -----	115
CAPITULO III.- MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	
3.1 EL DEBIDO PROCESO LEGAL EN LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADO UNIDOS MEXICANOS. -----	130

3.1.1 ANTECEDENTES HITÓRICOS.	130
3.1.2 CONCEPTO.	131
3.1.4 LEGALIDAD DEL DEBIDO PROCESO.	132
3.1.4 GARANTIA SEGÚN EL ARTICULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.	133
3.1.5 PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO.	134
3.2 EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADO UNIDOS MEXICANOS.	137
3.2.1 EL PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.	143
3.2.2 SEGÚN MIGUEL ÁNGEL AGUILAR LÓPEZ.	150
3.2.3 SEGÚN ANA LUISA OROPEZA BARBOSA.	150
3.2.3.1 SEGÚN EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.	152
3.2.3.2 SEGÚN GAROFALO Y ENRICO FERRI.	154
3.2.3.3 SEGÚN ALFREDO VELEZ MARICONDE Y BINDER.	155
3.2.4 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.	156
3.2.5 SEGÚN ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA.	158
3.2.6 CONSECUENCIAS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	159
3.2.7 SEGÚN MIGUEL ÁNGEL MONTAÑÉS PARDO.	160
3.2.8 GARANTÍA SEGÚN EL ARTICULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.	161

3.2.9 SEGÚN GERMÁN A. CASTILLO BANUET. -----	165
--	-----

CAPITULO IV.- MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

4.1 EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. -- -----	166
--	-----

4.2 DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y CIUDADANO. -----	169
---	-----

4.1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS. -----	169
--------------------------------------	-----

4.1.2 LEGALIDAD DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. -----	170
---	-----

4.3 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. -----	170
--	-----

4.3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS. -----	170
--------------------------------------	-----

4.3.2 LEGALIDAD DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. -----	171
---	-----

4.3.3 SEGÚN RAFAEL MACEDO DE LA CONCHA. -----	171
---	-----

4.4 PACTO INTERNANCIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. -----	172
---	-----

4.4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS. -----	172
--------------------------------------	-----

4.4.2 LEGALIDAD DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. -----	173
--	-----

4.5 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS "PACTO DE SAN JOSE". --- -----	174
---	-----

4.5.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS. -----	174
--------------------------------------	-----

4.5.2 LEGALIDAD DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. -----	175
--	-----

4.6 ALGUNOS TRATADOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. -----	179
---	-----

4.6.1 CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. -----	179
4.6.1.1 AFRICAN CHARTER ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. -----	180
4.6.1.2 PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS SOMETIDAS A CUALQUIER FORMA DE DETENCIÓN O PRISIÓN. -----	180
4.6.1.3 REGLAS MINIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES (REGLAS BEIJING). -----	180
4.6.1.4 ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. -----	181
4.6.1.5 DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. -----	181
4.6.1.6 CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS Y PENAS CRUELES; INHUMANAS O DEGRADANTES. -----	181
4.6.1.7 CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA. --	182
4.6.1.7 CONVENCIÓN INTERNANCIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. -----	182
4.7 DIVERSOS TRATADOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. -----	182
CONCLUSIONES. -----	185
PROPUESTA. -----	189
BIBLIOGRAFÍAS. -----	191
LEGISLACIÓN. -----	197
OTRAS FUENTES. -----	198

INTRODUCCIÓN.

Durante el desarrollo de la presente tesis denominada la presunción de inocencia como principio constitucional, conoceremos y aplicaremos durante su investigación como principales métodos de investigación el método histórico en relación con el método deductivo, donde, partiremos del nacimiento, origen y trascendencia que ha tenido la figura de la presunción de inocencia a través de la historia de nuestro derecho penal que estuvo vigente en épocas anteriores, así como también las generalidades e importancia que ha estado adquiriendo dentro del derecho penal vigente la figura de la presunción de inocencia y que, siendo además, en el presente desarrollo estaremos aprovechando los diversos estudios que han desarrollado tanto documentalmente como jurídicamente de los diversos estudiosos del derecho para llegar a conocer el concepto y alcances en particular que tiene la presunción de inocencia.

Otro tipo de metodología que se va a utilizar es el método analítico ya que a través de éste realizaremos algunas diferencias que existe entre los distintos sistemas de enjuiciamiento penal, siendo que nos daremos cuenta, en cual de estos sistemas resguarda y protege a la figura de la presunción de inocencia y como se hace valer ante la autoridad jurisdiccional.

Así como también los alcances y generalidades de los diversos derechos que tiene el individuo a quien se le imputa una determina conducta delictiva, y además que tipo de pruebas son parte fundamental para hacer valer ante la autoridad, siendo además que tomaremos en cuenta la teoría desarrollada por Luigi Ferrajoli en donde nos menciona la creación de un sistema garantista y dentro de éste, se encuentra la a la figura de la presunción de inocencia como un principio fundamental dentro de este sistema.

También señalaremos dentro del marco constitucional sobre la presunción de inocencia, como primer punto conoceremos a que se refiere el debido proceso legal y en que artículos constitucionales se encuentra dentro de nuestra carta magna, siendo así, estableceremos los diversos principios que rigen al debido proceso y la conceptualización del debido proceso que va a regular los diversos derechos que tienen los ciudadanos y la relación que tiene con la presunción de inocencia.

Además, estudiaremos los diversos ordenamientos internacionales por los cuales se contempla la figura de la presunción de inocencia, así mismos, señalaremos cual de estos instrumentos internacionales se establecen como obligatorios para nuestro país la aplicación del principio de la presunción de inocencia, y nos daremos cuenta que esta figura ya se encontraba vigente en nuestro derecho penal.

Por su parte, aplicaremos durante el desarrollo de la presente investigación de la tesis el método científico siendo que en la aplicación de éste, al realizar los diversos estudios, aplicabilidad y los resultados, mismo que pretende descubrir las relaciones constantes mediante la investigación metódica apropiada y, se caracteriza por ser objetivo, racional, sistemático y verificable, para la aplicabilidad de un nuevo principio como lo es la presunción de inocencia en nuestro derecho penal mexicano, lo que erradicara a través del tiempo, todas y cada una de las irregularidades que existen en la impartición de justicia por parte del estado, y con la entrada en vigor de la figura jurídica como es la presunción de inocencia dentro del derecho penal mexicano, a partir de ese momento estaremos teniendo un nuevo sistema garantista.

En ese tenor de ideas, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de *presunción de inocencia*, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia.

CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1.1 IUS PUNIENDI O DERECHO DEL ESTADO A CASTIGAR.

La presunción de inocencia como garantía fundamental sobre la cual erige el proceso penal de corte liberal, sostiene que el fundamento del *ius puniendi* del estado se basa en el anhelo de los hombres por tener un sistema equitativo de justicia que proteja los derechos fundamentales del individuo frente a la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad que ha existido a lo largo de la historia.

El Derecho Procesal Penal realiza una insustituible función de garantía, depurando la acusación fundada, frente a la acusación infundada, en razón de que las pruebas que se practiquen y de la valoración del órgano jurisdiccional, que, concluye efectivamente, aplicando el derecho sustantivo penal al sujeto, al interponerle la pena correspondiente, o bien declarando su inocencia al absolverlo. El proceso penal pone al servicio, por tanto, el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Por ello, el proceso penal en una primera aproximación, puede configurarse como el instrumento mediante el cual el estado ejerce, a través del poder judicial, su potestad soberana de castigar, esto es, realiza el denominado *ius puniendi* para el restablecimiento del orden jurídico público previamente quebrantado por el delincuente, es pues, el cauce a través del cual el estado impone penas aquellos que incurren en los denominados delitos penales.

1.1.1 DERECHO PENAL SUBJETIVO.

El proceso penal es el campo de juego original y prioritario de la *presunción de inocencia*, donde, por analogía material entre el *ius puniendi* del estado y su capacidad sancionadora.

Ahora bien, comenzaremos con el análisis del *ius puniendi* hay que establecer la ubicación en donde se encuentra esta figura, sin duda, este es aplicado dentro del derecho penal, mismos que se encuentra dividido en dos tipos, los cuales son el derecho penal subjetivo y derecho penal objetivo, donde, se trata de una diferenciación tradicional de las dos vertientes del derecho penal.

La primera, es decir, el derecho penal subjetivo va a corresponder al *ius puniendi*, el derecho a castigar, el derecho al estado a conminar la realización de ciertas conductas típicas con penas, y en el caso de la ejecución de las mismas, a imponerlas y ejecutarlas, esta noción supone el contenido esencial del fundamento filosófico del derecho penal.

Considerando en forma subjetivo es la facultad o derecho de castigar (*ius puniendi*) función propia del estado por ser el único que puede reconocer validamente la conductas de las personas y ejecutar estas por medio de los organismos correspondientes.

Pero esta facultad no es ilimitada, pues la acota la ley penal misma al establecer sus delitos y penas, se ha llegado incluso a negar la existencia de un derecho penal subjetivo por decirse que no es de tal derecho, sino un atributo de la soberanía del estado (Manzini), en efecto, más que de un derecho del estado, puede hablarse de un deber, que da nacimiento a una función.

1.1.2 DERECHO PENAL OBJETIVO.

En cuanto al segunda división, es decir, al derecho penal objetivo, va hacer el conjunto de normas jurídicas establecidas por el estado para determinar los delitos y penas, que integran la base de sustentación del derecho penal positivo.

Existen algunos autores que se encuentran ubicados dentro de las diversas corrientes *ius penalista*, que señalan que la facultad sancionadora del estado, el *ius puniendi* estatal, implica más bien un deber -ante la realización de conductas constitutivas de delitos- que un derecho.

Ahora bien, el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas dictadas por el estado estableciendo los delitos y sus penas, es decir, la ley penal.

Efectivamente, el estado (en cuanto a forma superior de organización de la sociedad), tiene ese deber con la finalidad de que esas personas y la vida comunitaria puedan cumplir sus fines propios.

Por tanto, el *ius puniendi* estatal es común oír que el estado tiene un monopolio del *ius puniendi* mismo concepto que suele identificarse con el derecho penal subjetivo.

Para el autor Quintero el *ius puniendi* es: “expresión de un acuerdo democrático tomado en uso de las facultades conferidas por la ciudadanía y que esta dirigida a todos bajo la amenaza de una sanción”¹, mismo que se establece que es una redefinición de contrato social, así se señala que la función esencial del derecho penal es establecer la protección de los bienes jurídicos.

Dicho autor menciona que: “la desatención del *ius puniendi* que a través del derecho penal subjetivo no ofrece una problemática especial, sino constituye un caballo de Troya que oculta ciertas actitudes de los juristas ante el problema de validez material del derecho, misma que esa desatención más que un formalismo, es una renuncia a ocuparse de la dimensión política de los delitos y de las penas.”²

¹ Luquin Rivera, Ernesto, *En busca del fin de la pena: repensando en el ius puniendi*, México, 1996, Página 25.

² *Ibidem*, página 26.

El hecho de que el ejercicio del poder este legitimado, no legitima automáticamente todo tipo de disposiciones que emanen del estado, pese a existir una serie de controles, inclusive de índole legislativa me parece que debe cuestionarse en todo momento por la legitimidad material del ejercicio del poder.

1.1.3 CONCEPTO DEL *IUS PUNIENDI* O *IUS GLADII*.

Por consiguiente, se puede establecer que el *ius puniendi* o derecho que el estado tiene para castigar antes de la enunciación de un hecho sin que se haya tomado en cuenta los principios y aceptarla como una realidad inobjetable que debe cumplirse inexorablemente no puede ser apreciada de que se trate de una vana disquisición, implica negar que aún en la estructura de la práctica tiene una lógica interna cuya raíz de explicar filosóficamente.

Mismo que contesta a las preguntas siguientes ¿Por qué sé castiga? y ¿Quién esta legitimado para hacerlo?, asimismo en que se basa la facultad punitiva, podemos establecer el punto de vista que apunta Carrara,³ si ese hecho repetido durante tantos siglos y en virtud del cual se despoja de los más sagrados derechos de los humanos, mismo que va contra su voluntad, podemos apreciar que se da un abuso de la fuerza o el ejercicio irrecusable de su derecho como ser humano.

Para dar respuesta a las preguntas anteriores no basta con tomar una postura cómoda y simplista que afirme que el mundo fáctico se presente un acontecimiento que altere el orden jurídico, en donde, es el estado quien debe salvaguardar ese equilibrio, mismo que la ley va a sancionar a través de la autoridad quien es la que la legitima, es necesario por el contrario buscar su fundamento verdadero, tal como nos lo menciona Bertramd Russell, el solo hecho de llegar a definir un concepto implica ya asumir una corriente filosófica.

³ Huacuja Betancourt, Sergio, *La desaparición de la prisión preventiva*, México, 1989, 1ª edición, editorial trillas, pagina 15.

El derecho a castigar también denominado *ius puniendi* o *ius gladii*, sigue a las sociedades humanas a lo largo de su historia, es considerado como un derecho individual o como un poder del estado, la verdad es que la sanción ha permanecido como un conjunto de sentimientos los que el autor Ferri denomino justicia penal.

Y como, además es instintivo repelar la agresión que el delito representa, dar así a la satisfacción suficiente a la venganza privada, la cuál ha quedado superada por la doctrina y la filosofía penales, de aquí, que el estado como organización jurídica de la sociedad tenga en sus manos el poder de castigar o *ius puniendi*, ante la necesidad de reprimir el delito y por otra parte de satisfacer los interés lesionados por él y legítimamente protegidos.

Como afirma el autor Joaquín Francisco Pacheco⁴ que el derecho de castigar es uno de esos axioma sentidos antes de ser justificados, mismos que se imponen sea cual fuere el grado de civilización, de forma imperceptible. Coincidentemente, el propio Enrico Ferri señala que el fundamento de la potestad atribuida al poder social para establecer la normalidad jurídica mediante el castigo del delincuente, antes que en las leyes escritas, estaba gravado en el corazón del hombre, era percibido por su conciencia y su razón lo presentaba al entendimiento como una norma fundamental de conducta en la convivencia de la vida colectiva.⁵

Esta atribución ha sido de forma inseparable de la vida del ser humano, pero no en todas las épocas se ha justificado de igual manera e incluso, ha habido quienes no la han considerado como un derecho sino como un deber. Lo anteriormente es establecido por Platón en la republica en donde recalca en que el deber de reprimir cualquier atentado a las leyes, pues si ha de ser un mero derecho, podría ser renunciabile en detrimento del interés público.

⁴ *Ibidem.*, 16.

⁵ *Ídem.*

Además, todo aquello que ponga en peligro la convivencia deberá ser reprimido por el estado, persona jurídica mediante la cual actúa el estado, donde, el estado tiene el deber de defender, y el poder de hacerlo, a la sociedad entera, contra toda la suerte de enemigos.

Se puede decir que el crimen, surge desde la aparición del hombre en la faz de la tierra convirtiéndose en una negativa expresión cultural en los pueblos. En este sentido se puede afirmar que nace con el hombre y de manera concomitante apareció el derecho de la sociedad a castigar a los transgresores de la norma jurídica, sobre todo las conductas que hicieron los sentimientos más profundos de una colectividad.

Existe una variadísima gama de teorías que intentan diluir la génesis del *ius punitionis*, mismo que han quedado reducidas en dos grandes grupos enarbolados por maestros italianos: el primero al fijar la atención en el aspecto objetivo de la pena enseña que las posiciones adoptadas son absolutas y relativas, según ésta tenga por sí misma su razón de ser o este motivada por un hecho extrínseco; en cambio, en el segundo, analizando desde un punto de vista subjetivo, sostiene que el castigo no puede ser más de dos verdades, o bien procede del derecho del individuo o de la sociedad.

Sin embargo, el castigo nos menciona A. Flew⁶ que este tiene que ser un mal o algo no placentero para la víctima del mismo, infligido con motivo de una ofensa, a la persona que se supone ofensor, en virtud de que una autoridad conferida por las instituciones en contra de cuyas normas ha sido cometida la ofensa, donde, el sufrimiento debería ser parte esencial de lo propuesto y no algo incidental. Podemos mencionar algunas características del castigo que son:

-La existencia de un sufrimiento, displacer, dolor o mal esto hace referencia a las diferentes medidas coactivas que el estado adopta, para causar de forma intencional como un medio para un fin.

⁶ Falcón y Tella, María José y Falcón y Tella Fernando, *Fundamento y Finalidad de Sanción: ¿Un derecho a castigar?*, Madrid, 2005, ediciones jurídicas y sociales, pagina 21.

De lo anterior se puede establecer que la idea del dolor abarca situaciones imaginables entre ellas la frustración de deseos personales, asimismo podría hablarse de un dolor, de mal en cuanto privación de un bien.

Esto se ve claramente en la evolución de las penas desde la antigüedad a las sociedades modernas, es decir, como es la pena de muerte que era la pena reina en esos tiempos, mismo que se ha pasado a la pena privativa de la libertad y de esta a las penas pecuniarias, como privaciones de los bienes básicos, de la vida, la libertad y la propiedad en las que el sufrimiento es cada vez menos físico y más de tipo psicológico e incluso de tipo económico.

- La existencia de una previa ofensa jurídica en este punto cabría mencionar que hay que establecer un concepto jurídico y objetivo del castigo, ajeno a los móviles morales, en donde, criminal sería el hombre que viola la ley y no el hombre malo; inocente no es quien ha violado la ley y no el hombre bueno. Una persona puede ser inocente de un delito pese a la mala o haber violado otras leyes, por tanto el castigo para éste, se restringiría a ofensas dirigidas exclusivamente contra normas jurídicas

- El castigo ha de ser infligido al autor de la ofensa, el castigo del inocente como victimización en esta características cabe mencionar que el problema fundamental se plantea en los casos en los que se castiga a inocentes siendo conscientes de su condición de tales, si quienes castigan a un inocente lo hacen por que le consideran culpable estarían ante el supuesto del error, pero cuando a sabiendas de que alguien no mereciera el castigo se lo infligiéramos, podemos estar en el supuesto de victimización.

La culpabilidad por la comisión de una ofensa se configura como requisito lógico para que exista el castigo. En cierto sentido hablar del castigo a un inocente es como hablar de castigar a alguien por algo que no hizo, podría concebirse en los supuestos de error judicial o cuando hay una injusticia flagrante.

- Hay que destacar que el castigo ha de ser intencionalmente infligido (frente al arrepentimiento), por seres humanos (frente al castigo divino), distintos del ofensor (frente al auto castigo) que posee autoridad institucionalizada para castigar (frente a la venganza privada), esto hace referencia que al ofensor como consecuencia de la acción humana se le impone un castigo.

Cuando voluntariamente se le restituye el beneficio indebidamente obtenido o por su recompensa el mal derivado de su ofensa sin que medie la voluntad de una autoridad punitiva en este caso no se habla de castigo sino de arrepentimiento, es decir, los castigos no sólo se les imponga en contra de su voluntad, sino que estos deben ser impuestos por una voluntad ajena, por otros seres humanos.

Otro punto que hay que resaltar que en caso de los castigos divinos se encontraba ausente de institucionalización, tanto en el sentido que no había reglas concretas a la hora de determinar que acciones han de contar como ofensivas, como al modo de surgimiento de la autoridad para infligir en castigos. El castigo divino no busca que el castigo sea eficaz u de obediencia a un sistema de reglas o normas, sino de un modo de castigo terrenal, lo que tendría de positivo el castigo divino es que es infalible, no cabe el error, corresponde con la culpabilidad real y efectiva de quien ha cometido la ofensa, quien inflinge el castigo es conocedor absoluto y directo del grado de culpabilidad de quien lo ha de sufrir.

En un principio al castigo se le dio el carácter de divino, más adelante se le considero como una venganza privada con la expresión “ojo por ojo y diente por diente”, lo que era característico en esa época y en la actualidad el estado se reserva el derecho a castigar dando origen al *ius puniendi*.

1.1.4 FIN ÚLTIMO DEL DERECHO PENAL.

Estableceremos que el fin último del derecho penal es el orden social y éste se lograra a partir de conjunción del *ius poenale* en sentido objetivo y el *ius puniendi* este último en sentido subjetivo, en donde, es facultad del estado para crear sus delitos, penas y medidas de seguridad aplicables a los sujetos que los cometan ciertas conductas, asimismo los sujetos peligrosos que puedan delinquir.

Por otra parte quienes aplican el castigo han de ser individuos distintos al ofensor esto excluiría al castigo y se denominaría autocastigo, que uno se impone a sí mismo. Finalmente toca mencionar el castigo que es impuesto por las personas que institucionalmente se otorga la facultad de castigar, por ejemplo, un juez.

Todo aquello que ponga en peligro la convivencia deberá ser reprimida por el estado, persona jurídica mediante la cual actúa la sociedad, es decir, como organización jurídica de la sociedad, tiene en sus manos el poder de castigar o *ius puniendi*, ante las necesidades por una parte de reprimir el delito y por la otra otorgar satisfacción a los intereses del lesionado por él y legítimamente protegidos.

La relación que existe entre el *ius puniendi* y el *poder legislativo* siendo que a través de este poder emanan las normas penales que determinan las penas aplicables para cada tipo penal, en donde el juez es aquel que va a determinar la pena o medida de seguridad que le corresponde y el poder ejecutivo la aplicación de las penas.

El derecho a castigar es común para los hombre, pero el castigo ¿es un abuso de la fuerza o el ejercicio irrecusable de un derecho?

Algunos tratadistas consideran al *ius puniendi* como un deber, no un derecho subjetivo del estado y la razón la fundan como la norma fundamental de conducta con la convivencia de la vida colectiva, es pues la potestad atribuida al poder público para restablecer la normalidad jurídica.

Siendo esto el fin de castigar al culpable o reeducar y redimir moralmente al delincuente, en ambas teorías tienen como fin la defensa de la sociedad. El derecho a castigar ha ido evolucionando en busca de una reforma del agresor de la norma penal.

Sin embargo para conseguir que los rebeldes se sometan a la norma jurídica de comportamiento, se necesita una norma sancionadora dotada de fuerza coactiva (*ius puniendi*) para así lograr la ejecución forzada del deber jurídico con miras a cuidar el orden social.

El ámbito legislativo se ve protegido por el principio de legalidad lo cual sirve que al ser creada una ley que el estado va a castigar por su incumplimiento, el cual va a proteger por los bienes jurídicos tanto individuales como colectivos fundamentales para una vida en comunidad.

Ahora bien, conoceremos la relación que existe entre el *órganos jurisdiccional* con el *ius puniendo*, donde, el primero tiene la facultad de aplicar e interpretar la ley, así como también para realizar un derecho, deber y poder, podemos establecer que en el deber el *órgano jurisdiccional* va a aplicar el derecho en los casos concretos de forma correcta, ahora en lo que se refiere al derecho en este punto el órgano jurisdiccional va a tener la facultad de aplicar la ley al caso en concreto, asimismo el poder se va haber reflejado en cuanto una vez que el órgano jurisdiccional establece ciertos requisitos que deben cumplir los jueces, donde, estos mismos son los que le imponen una sanción determinada a los individuos en determinado caso concreto.

En cambio Maggiore⁷ afirma que se castiga por que se *ha pecado -punitur quia peccatum-* (fin en si mismo), o se castiga para que no se *peque -punitur ne peccetur-* (hecho ajeno), pero admite que como la pena nunca puede considerarse como un fin sino como un medio. Donde, afirma que es más correcto dividir a las escuelas en naturalista y espiritualista (o idealista), según incidan en el orden material o natural o influyan en el ámbito ético y metafísico.

⁷ Huacuja Betancourt, Sergio, Op. Cit., Página 17.

La teoría naturalista se funda en el hecho natural de que todo ser se defiende cuando es perturbado en sus condiciones de existencia. Es puridad, éste castiga al delincuente, no por que tenga que defenderse del estado, sino por que su acción criminosa ha lesionado las leyes expedidas para proteger al pueblo y ha pasado por alto la autoridad que la sociedad le ha otorgado.

Las tesis espiritualistas, opuestas a lo anterior, ven en *la pena* como un medio para reeducar y redimir moralmente al delincuente pervertido por el delito. Sócrates, en inmortal apología, por boca de su discípulo Platón dejó dicho que el hombre peca por ignorancia, este último, en la máxima expresión del idealismo, definió a *la pena* como una medicina para el alma.

Por su parte, como parte de la teoría que establecía el espiritualismo es la *teoría de la retribución*, misma que establece “al bien le sigue el bien, y al mal el mal”, donde, en sus definiciones se descubren tres elementos un ordenamiento de leyes, una acción que se adecue a éstas o las transgredan, y una sanción que afirme de nuevo el orden violado, retribuyendo con el bien, el valor del cumplimiento, y con el mal, el desvalor de la transgresión.

Existen otras posturas que tratan de explicar el origen del *ius puniendi* o *ius gladii* atendiendo del sujeto del que procede, de este modo las ideas individualistas de Locke se contraponen a las de Puffendorf,⁸ a quien durante largos años se le debió la creencia de que este derecho nace de la asociación de sujetos que forman la población del estado. El filósofo inglés afirma que todo derecho debe satisfacer, como contenido necesario, la facultad de su propia defensa, por que de otro modo no tendría en sí mismo la facultad de garantizar su eficacia.

⁸ Ibídem, pagina 18.

Asimismo, continua manifestando que: “para conocer el origen del derecho a castigar, es necesario investigar previamente en que condiciones han sido colocados los hombres por naturaleza y después establecer cuáles son estas condiciones y qué otras, las de la libertad y la igualdad perfectas, reguladas por la ley de razón, prohíben a los hombres dañarse, observa que para los casos en que dicha ley fuese violada, la misma naturaleza provee a cada individuo del derecho de castigar al autor de la violación en efecto, cada uno posee un poder sobre sus semejantes, poder no absoluto, ni arbitrario sino guiada por la razón.”⁹

Como corolario, se proclama que ante el transgresor de la ley surgen dos derechos, mismos que son el de exigir la reparación del mal sufrido y el de suprimir el delito e impedir que se cometan otros; este ultimo corresponde al poder civil, y constituye el verdadero y propio *ius puniendi*.

Pero como bien señala Carrara que si la función punitiva fuera ejercida por el individuo, correría el riesgo de convertirse un instrumento de pasiones injustas y, por otra parte, no tendría en las fuerzas aisladas del sujeto garantías suficientes para su propia observancia, por ello es vital para el mantenimiento de la ley jurídica el orden de una sociedad civil que tenga a la cabeza una autoridad investida de facultades necesarias para la defensa del derecho.¹⁰ En consecuencia, tal es el motivo por el que Locke afirma que el derecho a castigar lo ejerce la autoridad civil, como administradora e instrumento de la defensa de los hombres.

Ahora conoceremos al *ius puniendi* desde el punto de vista *ius naturalista* que tiende a glorificar al derecho positivo en la medida que este responda a los valores inmutables del derecho natural, llegando al extremo de considerar que es declarado por el órgano estatal, desde el punto de vista *ius positivista*, para lo cual la ley, para la realidad es el indicador de los sujetos anormales, mismos que son los que transgreden a la misma.

⁹ *Ibidem.*, pagina 19.

¹⁰ *Ídem.*

Para mantener la legitimidad en el derecho penal no se deberán omitir la tipificación de ninguna de las conductas cuya persecución exija la necesidad social.

Esto conduce a establecer en los códigos, la tutela de los bienes difusos, en consecuencia a tipificar las conductas que los transgreden si no se brindan en las normas jurídicas penales una amplia protección a dichos bienes, el *ius puniendo* quedara atrapado en un laberinto de arbitrariedades.

No podemos soslayar la importancia del *poder judicial* independiente, *no basta consagrar el principio de legalidad y otros principios de garantía del ciudadano si los propio jueces no lo hacen valer, no basta con tipificar las conductas antisociales de los poderosos ahí donde el poder judicial sea anacrónico e ineficiente o no se haya constituido de forma independiente.*

Mientras las cárceles sean sitios reservados casi de forma exclusiva a los individuos desfavorecidos socialmente, la legitimación del *ius puniendo* sufrirá sustancialmente menoscabo.

Fortalecer al *poder judicial*, sobra todo en que el *poder ejecutivo* ha obstaculizado su consolidación, contribuiría a combatir situaciones de injusticia largamente sostenidas.

De forma opuesta el jurista alemán Puffendorf¹¹ indica que el *ius punitionis* tiene su origen en la sociedad como un hecho espontáneo producido por la sociedad. Además de que descarta las teorías que dan relevancia a la voluntad dividida o aquellas que identifican al derecho a castigar como un poder meramente natural, el problema consiste en dilucidar de qué modo el fundamento penal se constituye de acuerdo a un contrato social.

¹¹ Ídem.

Lo cual como afirma el pensamiento contractualista del origen social del hombre que de manera clara sostuvo Juan Jacobo Rousseau, quien es el principal exponente de este contrato social y afirma que éste es la fuente legitimadora del *ius puniendi*, tanto en su contenido material, como en su contenido formal.¹²

Tal como discurre Carrara la autoridad social ejerce el *ius puniendi* por que lo hace con mayor fuerza, seguridad y eficacia de la que podría emplear el individuo aislado; pero la suma de los derechos de cada asociado, que hace más poderoso su ejercicio no cambia su naturaleza en el derecho ordinario por que sigue siendo el mismo *ius gladii* que preexistía en el sujeto.

El anterior autor exponente de la escuela clásica puntualiza que el *ius punitionis* es un contenido de todo derecho, por que todo derecho tiene como contenido necesario el *ius defensionis*, y por que la practica del derecho, imposible de obtener con una constante coacción física, requiere ser procurada con una coacción psicológica, es decir, con la amenaza e irrogación de un castigo al violador del derecho con todo y eso, la justicia penal, entregada con precepto absoluto a la autoridad social en virtud de la ley suprema del orden, tiene su origen primero en el derecho del individuo, y la autoridad pública no habría podido venir a imponerla a su antojo, valiéndose de la ilusoria fórmula del que es un milagroso producto de la sociedad, si ella no tuviera su germen en los atributos del individuo de quien la autoridad social se constituía en sierva, representante y protectora.¹³

Para algunos que impugnan la legitimidad del derecho de castigar, así, para Tomas Moro¹⁴ es un estado ordenado conforme a la justicia debe desaparecer el delito, por tanto la pena, de manera que se muestra partidaria de que ciertas medidas sociales son más eficaces que las sanciones en lo que toca a alejar las conductas ilícitas

¹² Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, México, 1997, 1ª edición, editorial Porrúa, Página 85.

¹³ Huacuja Betancourt, Sergio, Op. Cit., Página 21.

¹⁴ Ídem.

Así, pues, el titular del *poder punitivo* es el estado, como representante de la sociedad, y no los particulares, que nunca podrán crear delitos ni conminarlos con sanciones.

Tanto la titularidad estatal del *ius puniendi* como la consideración pública del derecho penal “no se pone en duda por la participación de la víctima en el proceso penal” que solo posee un carácter meramente objetivo, en donde el estado esta legitimado para la imposición de penas y medidas de seguridad, cuya titularidad del *ius puniendi* no se cuestiona, ni tampoco se afectan en los escasos efectos otorgados al consentimiento ni la virtualidad del perdón del ofendido.

1.1.5 NATURALEZA JURÍDICA DEL *IUS GLADII*.

Al tratar de explicar la *naturaleza jurídica* del *ius galdii*, los teóricos muestran preferencia por la concepción del derecho subjetivo de castigar, podemos hacer mención de que el primer autor que comienza a conceptualizar al derecho subjetivo es Rocco siguiendo los postulados de Binding, mismo que lo estableció como “un poder conferido por el ordenamiento jurídico a un sujeto, para obtener de otro el cumplimiento de un deber (positivo o negativo) con el fin de satisfacer algún interés”.¹⁵

Para el citado autor, la norma consiste en un precepto (hipótesis) y una sanción (consecuencia), el mandato, que es abstracto se dirige a todos, *erga omnes*, pero en el momento de actualizarse su incumplimiento (delito), se convierte en una fase en el que surge el reo la obligación de sufrir una pena, y en el estado el derecho de infringirla la primera relación de obediencia abstracta queda remplazada por otro llamada punitiva.

El autor llega a un sano juicio en el que manifiesta que este simboliza al *ius punitiois* como un convenio sinalagmático, en el que a la par están frente a sí el derecho del estado para castigar dentro de las garantías establecidas y el del ciudadano para no sufrir más allá de esos límites.

¹⁵ Huacuja Betancourt, Sergio, Op. Cit., Página 24.

El fundamento jurídico una vez que se han fijado los límites del *ius puniendi* atendiendo a su naturaleza filosófica, conviene repasar de que modo se actualiza en un sistema de derecho, en donde, se ha visto al individuo como parte de la población que integra a un estado, ha delegado el ejercicio de la autoridad en aras de la convivencia armónica, a los que él considera como sus legítimos representantes, a fin de que sean éstos los que en su nombre velen por sus intereses.

Ahora es preciso distinguir claramente entre *punibilidad*, *punición* y *pena*, en donde estos conceptos corresponden, respectivamente, a los niveles legislativo ejecutivo y judicial del *ius puniendi*.

Una vez conocido lo anterior podemos definir a la *punibilidad* como: La amenaza de pena que el estado asocia a la violación de deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social. El ejercicio del *ius puniendi* es la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas, en donde esta facultad se encuentra integrada por:

- Merecimiento de penas.
- Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

Podemos definir a *punibilidad* como: uno de los componentes al lado del tipo de la norma jurídico-penal. Por ello sus características son las de generalidad, abstracción y permanencia. La *punibilidad* es una combinación de retribución penal, que a manera de intervalo, formula *el legislador*, con fines de prevención general de los delitos y de terminada por el valor del bien o de los bienes jurídicos tutelados por el tipo legal al cual se asocia.

Ahora en lo que cabe con la *punición* podemos establecer que es aquella medida de punibilidad impuesta por el juez al culpable de un delito: en otros términos, es la imposición *judicial* de una pena, imposición que no debe confundirse con la pena misma, es decir, su fundamento es, justamente, la punibilidad.

Dentro del intervalo más o menos amplio que establece el legislador, el juez se ve precisado a elegir, en cada caso concreto, el punto específico, su fin es el de reforzamiento de la prevención general.

También es de mencionar que la *pena* consiste en la ejecución de la punición impuesta por el juez en su sentencia condenatoria, a través del cual su fundamento se encuentra en la punición, si la punición puede clasificarse como una norma individualizada, la pena es concreción de ésta, por pertenecer al mundo de los hechos, mismo que la pena es particular, concreta y temporal. El *fin de la pena* consiste en una prevención especial, mediante la readaptación social del delincuente.

1.1.6 LIMITES DE LA POTESTAS PUNITIVA DEL *IUS PUNIENDI*.

Tomando en consideración lo anterior, ahora pasaremos a conocer los diversos límites de la potestad punitiva del estado o *ius puniendi* los cuales se divide en: límites materiales y límites formales.

1.1.6.1 LIMITES MATERIALES DEL *IUS PUNIENDI*.

Estos se conforman a través del Principio de la necesidad de la intervención donde se subdivide en diversos principios los cuales son:

a) Principio de intervención mínima: Se refiere a una *ultima ratio* que significa que la regulación penal sólo aparece justificada en la medida en que sea necesaria a los objetivos de la convivencia.

Es decir, que el estado va a intervenir de forma en caso de que no sean suficientes las diversas formas de regulación del orden jurídico, ya que lo va hacer de forma directa y personal sobre los bienes jurídicos de aquel a quien se le aplica.

b) Principio de Fragmentariedad: En estrecha relación con el principio de la *extrema ratio*, aparece así mismo, la característica de la fragmentariedad del derecho penal vinculado con el principio de reserva de ley penal. Constituye en materia penal solo pueden ser constitutivas de delito todas aquellas conductas previstas como tales en los distintos tipos delictivos de la ley penal.

Así, no es admisible la integración en materia penal, atendiendo al principio de legalidad, donde, no puede haber lagunas por que la situación no aparece suficientemente reguladas por la ley son integradas por criterios diversos que la propia ley previene como son los principios generales del derecho, la mayoría de razón, la analogía, la equidad entre otras vías lo que se denomina el principio de plenitud hermética del derecho, *en contrario sensu*, no puede haber lagunas en materia penal por que solamente pueden constituir delitos las condiciones que expresamente aparecen en la ley, es decir, la exacta aplicación de la ley lo que todo lo anterior vendría siendo la fragmentación del derecho penal.

c) Principio de Proporcionalidad: Es aquel en donde debe existir la relación de necesaria proporción entre el tipo delictivo y la pena previstas, es decir la proporción que debe existir entre la lesión de los bienes jurídicos ocasionada por el delito y la afectación a los bienes jurídicos del autor culpable.

d) Principio de Protección de Bienes Jurídicos: Para entender el contenido de la norma jurídica penal está tiene como función la protección de los bienes jurídicos protegidos por la misma, siendo que para determinar el grado de afectación por la imposición de la pena, debemos conocer el grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido ocasionado con el delito.

En donde podemos relacionar al principio de lesividad o el principio *Nullum crimen sine injuria* que, en su contenido material y objetivo supone otro límite material a la potestad punitiva del estado para reconocer a los bienes jurídicos.

e) Principio de la dignidad de la persona: Este es otro límite a la potestad punitiva del estado, así, no es suficiente la mera observación abstracta y general de la vigencia y validez de los valores fundamentales de la condición humana sino que es necesario, como ámbito fundamental de tal afirmación que la aplicación de la pena en concreto, responda, precisamente a tales principios y que, por lo mismo su concepción se traduzca en el respeto real.

Donde, ya es reconocido la propia dignidad de la persona en el momento en que se esta aplicando la pena, lo que significa que es precisamente en el ámbito social, donde se debe manifestar la vigencia real del principio de la pena si no es con el cabal respeto de los derechos humanos.

Este otro límite de material básico de la actividad punitiva del estado que, en su alcance, delimita tanto el principio de necesidad de la intervención penal, como al de protección de los bienes jurídicos protegidos.

Entendido en su sentido social, en cuanto al orden de relación social y de comunicación entre miembros de la sociedad, precisamente en aras de fijar las bases necesarias para la convivencia, con lo que a su vez, se delimita también el ámbito más general y abstracto de la necesidad de intervención penal del estado.

f) Principio de autonomía de ética de la persona: Este reconoce la capacidad de autodeterminación responsable del propio individuo, lo que significa respeto por la propia vida y por la de la demás; lo que lo obliga a reconocer la salvaguarda de la persona en sí, como valor fundamental.

g) Principio de la incolumidad de la persona: Hace referencia a ese ámbito de dignidad humana relativo a la incolumidad física y social, implicando que la pena no puede afectar a la persona en vías que supongan afectación física a su persona, prohibiendo penas crueles, corporales e infamantes, sino que estas deben reincorporar al sujeto a la sociedad.

1.1.6.2 LIMITES FORMALES DEL *IUS PUNIENDI*.

1) Principio de legalidad (*nulla crimen nulla poena sine lege*): Este significa la delimitación y precisión jurídica de la función de la autoridad, que evita arbitrariedad y el abuso del poder. Manifestándose en tres principios fundamentales los cuales son:

a) Principio de ley escrita (*lex scripta*) *nulla crimen, nulla poena, sine lege scripta*: Siendo que a través de éste se delimita el alcance del derecho penal en el sentido de que para que pueda existir un delito y para aplicar una pena, debe existir una ley penal escrita, que tipifique un cierto comportamiento como delito y que el mismo aparezca conminado con una pena, para el caso de su violación.

b) Principio de ley estricta (*lex stricta*) *nulla crimen, nulla poena, sine lege stricta*: Se refiere a que el tipo previsto en la ley penal contiene todos los elementos que lo conforman, no siendo posible integrar su contenido, con otros elementos diversos de los que la propia ley señala.

c) Principio de ley previa (*lex previa*) *nulla crimen, nulla poena, sine lege previa*: Lo que significa que para que pueda existir un delito, o para que sea impuesta una pena, es indispensable la existencia de la ley penal previa que establezca el tipo legal correspondiente y la pena aplicable al caso concreto.

2) Principio de Jurisdiccionalidad o del debido juicio legal (*nulla poena sine iudicio*): Es aquel que limita a la potestad punitiva del estado, siendo que rige e la legislación penal, implicando básicamente al derecho penal procesal que señala el marco jurídico al que se debe sujetar el procedimiento penal como limite a la potestad punitiva del estado.

3) Principio de la Ejecución de la Pena: Esté va a determinar los limites formales dentro de las que ha de ser impuesta la pena por el juzgador y ejecutadas por la autoridad competente.

En tal sentido el autor José Alberto Silva Silva¹⁶ manifiesta que actualmente seria muy difícil a alguien que sostenga la acción sea el mismo derecho (*ius puniendi*) en pie de guerra, o el derecho de perseguir en juicioso que se nos debe, el origen de la ciencia procesal se produjo precisamente al independizarse a la acción respecto del derecho sustancial material. Es posible que se pueda accionar en sede penal, sin necesidad de que el accionante posea o sea el titular del *ius puniendi*; es más puede de que ni siquiera existir el *ius puniendi*.

Ahora bien, cabe mencionar que el magistrado Miguel Ángel Aguilar López manifiesta al respecto que la adopción de los valores que sustentan las garantías individuales representan éstas los limites de actuación del estado frente a los gobernados; en el ámbito del Derecho Penal tal circunstancia adquiere particular relevancia, en atención a la grave afectación que el inculpado puede resentir en su esfera jurídica, con motivo a la sujeción de un proceso penal en el que le atribuye la comisión de un hecho ilícito, así, el *ius puniendi* del estado está limitado por los principios fundamentales del derecho penal, cuya esencia radica en los derechos humanos.

¹⁶ Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, México, 1995, 2ª edición, editorial Oxford, Página 83.

La *presunción de inocencia* como garantía fundamental sobre el cual se erige el proceso penal de corte liberal, sostiene que el fundamento del “*ius puniendi*” del estado se basa en el anhelo de los hombre por tener un sistema equitativo de justicia que protege los derechos fundamentales del individuo frente a la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad que han existido a lo largo de la historia.¹⁷

1.2 SISTEMA INQUISITIVO.

1.2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Hay que destacar que en el derecho procesal penal antiguo existían diversos sistemas de enjuiciamiento, a los que eran sometidos todas aquellas personas que en la comisión de algún delito o ilícito que se le imputaba, mismos que eran practicados en diversos países, por cuanto hace a esté sistema, manifestaremos que el *sistema inquisitivo* va hacer el conjunto de normas que rigen de manera ordenada las formalidades en que se lleva acabo el procedimiento de quien ha sido inculpada de la comisión de un hecho delictivo.

En este sistema el papel del derecho penal católico fue de gran importancia por dos razones, *la primera* es que hizo encarnar, mediante largos años de esfuerzo la norma jurídica romana en la vida social de occidente, y *la segunda* razón fue de que contribuye a una máxima medida al civilizar la brutal práctica germánica adaptándose a la vida pública este sistema tuvo vigencia hasta la llegada de la edad media.¹⁸

Este sistema nace por obra especialmente por la iglesia y se descubren sus inicios bajo el Papado de Inocencio III con aplicación de algunos decretos de Bonifacio VII, presentándose ya la codificación completa de la inquisitoriedad en la ordenanza criminal de Luis XIV (Agosto de 1670) en Francia, pasó a casi todas las legislaciones europeas de los siglos XVI al XVIII.

¹⁷ Aguilar López, Miguel Ángel, *Presunción de Inocencia en México (análisis critico propositivo)*, Criminogenesis. Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal, México, febrero 2007, año1, numero 0, Pagina 91.

¹⁸ Piña y Palacios, Javier, *Derecho Procesal Penal apuntes para un texto y notas sobre el amparo penal*, México, 1948, editorial Porrúa, pagina 1.

Afirmaba que en esa época el juez debería proveer a todo, inclusive a la defensa. La revolución Francesa acabo con las iniquidades del sistema.

Campean en él, los principios opuestos al sistema acusatorio, y a la amplia vigencia que tuvo en Francia, término con la entronización de las ideas liberales y democráticas que enarboló la revolución de este país.

Esté sistema parte de las premisas: que no se puede “depender de la defensa del orden de la buena voluntad de los particulares”. De esta manera, la base del sistema está en la reivindicación para el estado de poder de promover la represión de los delitos, que no pueden ser encomendado ni ser delegado a los particulares: la inquisición es más favorable que la acusación para reprimir el delito (*inquisitivo est magis favor habilis and reprimendum delicia quam acusatio*), este sistema es de interés preponderantemente social.

1.2.2 CARACTERÍSTICAS.

El sistema inquisitivo es singular en los regímenes despóticos, tiene las siguientes características:

- a) Impera la verdad material, misma que sólo importa por su naturaleza y frente a ella la participación humana viene a ser nugatoria;
- b) La privación de la libertad ésta sujeta a capricho de la autoridad;
- c) El uso del tormento prevalece para obtener la confesión;
- d) La declaración anónima, la incomunicación del detenido, el carácter secreto del procedimiento y la instrucción escrita;

e) Los actos de acusación, defensa y decisión residen en el juzgador, para quien no exista limitaciones con respecto a las medidas conducentes y a las investigaciones para una amplísima información sobre los hechos.

Como el proceso se seguía a espaldas del inculpado, la defensa era casi nula y cuando se llevaba acabo como excepción, lo realizaba el propio juez, en cuyo caso, para resolver la suerte del acusado, se fundamentaba en todo lo que a manera caprichosa se utilizaba como medio de prueba.

Asimismo, podemos establecer las características esenciales que lo diferenciaron de otros que son: la fusión en un solo órgano, la persecución de los delitos se realizaba de oficio, las funciones en la acusación, defensa y juzgamiento, el secreto en las actuaciones, la escritura como principio predominante, la continuidad o práctica de sucesivas audiencias en las que se realizan lozanitos procesales, la restricción en la prueba y el valor de ella tasado en la ley, prisión preventiva del inculpado, el desequilibrio que existía entre las partes, la existencia de múltiples medios impugnativos, la actividad jurisdiccional representada por el juzgador que busca los materiales de prueba, el interés particular subordinado al social, y figura del procesado sólo como un objeto de juzgamiento.

1.2.3 SEGÚN GUILLERMO BORJA OSORNO.

Para el autor Guillermo Borja Osorno¹⁹, señala unas características que le dan forma al sistema inquisitivo las cuales son:

- a) La autoridad judicial absorbe las funciones de acusación;
- b) la prueba y la defensa son limitadas;
- c) prevalece lo escrito sobre lo oral;

¹⁹ Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal*, México, 2004, 2ª edición, editorial MC Graw Hill, Pagina 34.

d) la instrucción y el juicio son secretos.

1.2.4 SEGÚN FRANCESCO CARRARA.

Para Carrara²⁰ las características en este sistema son:

a) Concursote denunciadores secretos que informan al magistrado inquiriente de los delitos y delincuentes descubiertos por ellos;

b) dirección de la prueba bajo la plena potestad del juez;

c) instrucción y defensa escrita, desde el principio hasta la terminación;

d) procedimiento constantemente secreto, no sólo en relación a los ciudadanos, sino también al mismo procesado, en cuya presencia no se hace nada, a excepción de la confrontación y a quien no se le comunica el proceso mientras no está terminado;

e) prisión preventiva del procesado y su segregación absoluta de todo contacto con otros hasta el momento de la defensa;

f) interrupción de los actos y pronunciamiento de la sentencia a comodidad del juez

1.2.5 SEGÚN JAVIER PIÑA Y PALACIOS.

Ahora el autor Javier Piña y Palacios²¹, de forma complementaria a las anteriores características, señala el estudio de este enjuiciamiento, el cual debe comprender:

a) El órgano que lo empleó, su génesis, y su evolución;

b) análisis del proceso seguido por el tribunal de la inquisición y su técnica, y

²⁰ Ídem.

²¹ Piña y Palacios, Javier, Op. Cit., pagina 36.

c) las características principales y secundarias del sistema.

Estos signos son predominantemente de la inquisición o llamado también inquisitorial, secreto y opuesto al acusatorio, el cual la publicidad lo hace distinto, al igual que otras características que se refieren al fondo de cada sistema y a la forma o actos que tienen lugar durante el desarrollo de éste.

Este sistema en algunas de sus formas configura también la intervención de un fiscal como acusador en nombre de la sociedad. El fiscal, lejos de ser una parte más está dotado de grandes prerrogativas. Se ha precisado que este sistema es el que mejor protege a la sociedad, a pesar de reducir los derechos de defensa del acusado de forma alarmante.

1.3 EL SISTEMA ACUSATORIO.

1.3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Conocido el anterior sistema de enjuiciamiento criminal, ahora comenzaremos a realizar el estudio de otro tipo de sistema de enjuiciamiento que fue utilizado para el derecho procesal penal en épocas anteriores, y, para algunos países siguen aplicando y subsistiendo éste sistema, donde, en el caso del sistema acusatorio era de interés particular del titular del derecho subjetivo, busca el afán de protegerse así mismo, es sabido que Grecia rindió culto a la elocuencia y que los negocios judiciales se veían en público, en presencia del pueblo.

Asegura Eugenio Florián²² que la forma del sistema acusatorio del proceso floreció en Grecia, brillo en el apogeo del imperio romano, y aunque en forma muy tosca, apareció en el derecho germánico resurgió después entre nosotros en la brillante época de las ciudades italianas, en los tiempos radiantes del impetuoso retorno al derecho romano.

²² Hernández Pliego, Julio Antonio, *El Proceso Penal Mexicano*, México, 2002, editorial Porrúa, Página 32.

El proceso penal Romano fue acusatorio tanto en la época áurea de los comicios (que eliminados de hecho por Sila, desaparecieron por Augusto), con el periodo siguiente de las *quastiones perpetuae* (como si dijéramos comisiones de jurados).²³

En este sistema no se permitía la intervención de terceros en los juicios, en donde, el acusador era el mismo ofendido y tenía que exponer su caso ante los jueces griegos, alegando de viva voz, en tanto el acusado tenía que defenderse por sí mismo, únicamente se permitía la intervención de los terceros para que auxiliaran en la redacción de las defensas usando aparatos que denominaban logógrafos.

La función de declarar el derecho que correspondía al arcontado y al tribunal de las heliastas, que tomaban sus decisiones después de haber escuchado los alegatos de las partes, así como las pruebas que éstas ofrecían, decretándose la condenación por medio de bolos negros y la absolución por medio de bolos blancos.

También en Grecia existió el Anficionado, misma que se encontraba constituida por una asamblea legislativa, donde, se encontraba compuesta por representantes populares de las diferentes colonias griegas que reconocían a Atenas como sede.

Una vez realizada la conquista de Grecia por los Huestes del cónsul Flaminio, los pueblos sojuzgados por Roma conquistaron al vencedor por su cultura más avanzada, y de esta manera se transplantaron al lacio las instituciones jurídicas griegas, el foro romano adquirió la brillantez y el esplendor de las instituciones helénicas, perfeccionadas por el fino espíritu latino, podemos decir que el proceso penal romano supera al griego, a medida de que Roma recibe la saludable influencia de los ilustre jurisconsultos.

²³ Ídem.

Desapareció el sistema político republicano en Roma, se introdujo el nuevo sistema de legislación y se reconoció con el advenimiento de las constituciones imperiales que procedieron a los códigos gregorianos, Hermogeniano y teodosiano, así como la opinión de los jurisconsultos Paulo, Gayo, Ulpiano y Medestino, mismos que llegaron a tener plena autoridad legal por el decreto de Valentiniano III en 426, mismos que la decisión de los negocios quedaban al arbitrio de un juez.

Por otra parte la revolución Francesa portadora de las ideas liberales determinó la acogida del sistema acusatorio, que ya se encontraba presente en el procedimiento inglés, suprimiendo por decreto del 8 de octubre de 1789 los abusos propiciados por la ordenanza de 1670, prohibió el juramento del inculpado, en el que se les interrogaba sentado en el banquillo y admitió la presencia del defensor. Este sistema se puede ver aplicado en los países de Inglaterra y Estados Unidos de América. El pensamiento de Beccaria, Montesquieu y Voltaire ayudan a que este sistema se consolidará, asimismo se plasmó en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, modificando el Derecho Procesal Penal de diversos países.

1.3.2 GARANTÍAS EN EL SISTEMA ACUSATORIO.

Las garantías que configuran el sistema acusatorio son:

A) Garantías epistemológicas o primarias donde se componen de:

- Formulación de la acusación.
- Carga de la Prueba.
- Derecho de Defensa del Imputado.

B) Garantías Secundarias las cuales son:

- Principio de Publicidad.
- Principio de oralidad (inmediación y concentración).

- Principio de Legalidad
- Motivación.

En donde las segundas son condiciones de posibilidad de las primeras, pues en efecto, sin publicidad, oralidad, respecto a la legalidad y justificación de las resoluciones, es decir, sin la visibilidad y transparencia de las actuaciones y de los criterios de decisión, la calidad del proceso estaría cimbrada a la voluntad del arbitrio. Ahora bien, las primeras son en sentido estructural y de manera directa, mientras las segundas son en forma directa sin implicaciones del principio de presunción de inocencia quien es el principal principio rector del proceso penal garantista.

1.3.3 PRINCIPIOS QUE RIGEN AL SISTEMA ACUSATORIO.

Los principales principios por los cuales se rige el sistema acusatorio son:

a) Principio de Oralidad: Es aquel en donde únicamente lo que de palabra se aporte al proceso puede ser valorado por el juez y tenido en cuenta en la resolución final. Además, se dice que es un mecanismo que genera un sistema de comunicación entre el juez, las partes y los diversos medios de prueba, que permite descubrir la verdad de un modo más eficaz y controlado.

b) Principio de inmediación: Es aquella directiva en la cual, en particular los jueces y defensores deberán inspirarse, es decir, es la utilización del medio de prueba más directo, con exclusión de las pruebas de segunda o tercera mano. Así el juez obtienen el conocimiento a través del contacto con los sujetos de la relación procesal, para así adquirir el material necesario que el permita pronunciar la resolución del caso en concreto.

c) Principio de concentración: Es el dialogo que se desarrolla entre las partes y el juez en donde discuten los diferentes puntos relacionados al juicio. Es decir implica el desenvolvimiento ininterrumpido y ordenado de los actos procesales de tal manera que unos dan origen a otros.

d) Principio de publicidad: Es aquel que informa acerca de las actuaciones judiciales, es decir, todas las actuaciones de los que constituye la parte esencial del proceso serán públicos.

e) Principio de contradicción: Es aquel que permite la participación de las partes para la formación de la prueba

f) Principio de continuidad: Es aquel que consiste en que el procedimiento penal se divide en diversas etapas, donde el fin de una de ellas es dar el nacimiento a otra.

1.3.4 CARACTERÍSTICAS.

Conocido lo anterior a continuación establecemos algunas características de este sistema la cuales son:

A) Se encuentran diferenciados perfectamente los órganos de juzgamiento, acusación y defensa, por lo que, las funciones respectivas, están encomendadas a órganos diferentes, que las realizan de modo independiente.

Esta separación de las funciones integradoras del triangulo procesal, permite a la vez formar un proceso entre las partes, así como permite una mayor objetividad e imparcialidad en el juzgamiento.

En sus orígenes, como en la actualidad, la facultad de decisión la ha ejercido un órgano del estado, pero originalmente el órgano jurisdiccional no podía abrir el juicio de forma *ex officio* (oficiosamente), pues requería de la acusación previa y de forma privada, es decir, tenía que ser impulsada por el afectado o por uno de sus familiares, posteriormente a través del tiempo se fue admitiendo la intervención de cualquier ciudadano, es decir, esta atribución se delegó a la sociedad en general en donde se les atribuía con el nombre de denunciante, lo que dio origen a la distinción entre delitos públicos y privados.

Hoy en día, confiado en el ejercicio de la acción penal en exclusiva a un órgano del estado, el juez no puede iniciar el proceso, según hemos expresado, sin que esa acción sea previamente sea deducida ante él. De la misma manera, la debida constitucionalidad del procedimiento, exigía la presencia del defensor en todos los actos de éste, bajo *so pena* de declarar nulo lo actuado sin su concurrencia.

B) En el sistema acusatorio rigen algunos principios, mismos que son el de oralidad, publicidad y concentración de los actos procesales, lo que significa que el enjuiciamiento es tramitado verbalmente, y solo lo esencial se documenta por escrito.

Las diligencias en que se realizan actos de procedimiento podían ser presenciados por cualquier persona y se propende a realiza la totalidad del procesamiento en una sola audiencia o en un haz de ellas, en que se desahogan las pruebas, se reciben los alegatos y después se pronunciaba sentencia.

C) En donde del mismos modo la libertad probatoria y la libre valoración del juez respecto del material convictivo, son constantes del sistema acusatorio, no existía limite en cuanto a los medios de prueba que puedan aportar las partes, y no existe tasación respecto de su valor.

D) Este sistema es reconocido por las siguientes peculiaridades: la igualdad procesal de las partes, que da equilibrio en la causa; la inapelabilidad de la sentencia, el estatismo del juez, que lo sitúa sólo como observador del juego procesal y por ende queda sujeto a la actividad de las partes, la existencia de un juez que sólo se ocupa de instruir a la causa y mientras otros de dar el veredicto, el predominio del interés particular sobre el social, al estimarse que el delito primordialmente ofende a aquél; la figura del inculpado como sujeto y no como objeto del procedimiento y la libertad del encausado durante el procedimiento.

De lo anterior el Doctor Fix Zamudio dice: “Si la prisión preventiva es una privación de derechos sin previo juicio, debemos concluir que en buena lógica, constituye una violación a la *presunción de inocencia*. En aras de la defensa social contra el delito, la prisión preventiva debería, pues, aplicarse únicamente en casos excepcionales y, en esos casos, durante el menor tiempo posible”, “en México el 74.23% de las personas que se encuentran privadas de su libertad son presos sin condena, es decir, son procesado sometidos a prisión preventiva, eso se debe a que las normas procesales impiden al procesado múltiples casos, obtener su libertad bajo caución y a la excesiva duración de los procesos...”²⁴

En la actualidad el sistema acusatorio se ha adoptado en los países organizados bajo el régimen democrático, el cual según Julio Acero, se parte del concepto de que la persecución del delito le corresponde a las partes interesadas, aunque admite el castigo la intervención del estado para evitar mayores trastornos, la iniciativa y hasta la persecución del procedimiento se dejan principalmente en manos del ofendido o familiares, así como también del acusado.

Por los vicios que existían en la antigüedad los cuales eran la ignorancia y las supersticiones, estos se ponen de manifiesto en los medios de prueba, en el tiempo que estaba este sistema.

²⁴ *Ibíd*em, Página 30.

Después del flagrante delito, la confesión era la prueba concluyente y en algunas leyes bárbaras aparece la tortura como medio empleado contra el esclavo, el colono o los extranjeros, y aún contra los hombres libres, según la ley de los visigodos, para obtener esa confesión en materia capital.

A falta de flagrante delito, de confesión o convicción patente, el acusado debía purificarse, y lo hacía en juramento de su inocencia, que prestaba, según el caso y la nación con 3, 4, 5, 6 y hasta 12 manos, 72 entre franco ripuarios y 80 entre alemanes.

Lo anterior consistía en que debía ser asistido por sus conjuradores parientes, aliados o amigos, en el número que fijaban las leyes, colocaban sus manos debajo del que juraba, atestiguando la fe debida a su juramento y el apoyo que estaban dándole.

A falta de juramento del número de conjuradores que señalaba la ley, se empleaba el juicio de dios para decidir, es decir, las ordalías, el hierro candente, el agua hirviendo, la suerte, la cruz y otras pruebas.

En el régimen feudal la voluntad omnímoda del señor feudal sobre sus siervos, asimismo era dueño de las vidas y haciendas, y la justicia la administraba por su propia mano sin sujetarse a formalidades; tiene el derecho de castigar y perdonar, sus atribuciones son ilimitadas y disponen libremente de las vidas de los súbditos, el procedimiento es secreto y sin defensa.

En la época feudal, por la extensión de la prueba testimonial, además desaparecen los conjurados, los cuales fueron remplazados por los garantes o garantizadores, mismos que se parecían a los conjuradores, se conservaron ciertas pruebas como el hierro candente y el agua hirviendo y la predilección por el combate, torneos y lides por sí mismos o por campeones, sobre todo cuando se trataba de señores o caballeros.

En materia criminal el vencido, si no sucumbía en la pelea, debía ser ejecutado o muerto ahorcado.

En cuanto a la apelación en esa época, consistía en falsedad al tribunal, esto es acusar de deslealtad y falsedad en la sentencia pronunciada y combatir en contra de cada uno de los del tribunal.

Es necesario señalar que los actos esenciales no radican en una sola persona, se encomiendan a personas distintas y los actos de acusación, defensa, de decisión se deben encomendar a un órgano propio e independiente.

1.3.5 SEGÚN JAVIER PIÑA Y PALACIOS.

Al respecto Javier Piña y Palacios²⁵ señala que el sistema acusatorio presenta las siguientes características que se dividen en genéricas y particulares, en donde, las primeras precisan la significación del término y las segundas determinan y fijan los elementos distintivos con los otros sistemas.

Las características generales son:

- a) el acusador es distinto al juez;
- b) posible representación del acusador por parte de cualquier persona;
- c) posible patrocinio del acusado por parte de cualquier persona;
- d) el acusador no está representado por un órgano oficial.

Las características particulares son:

- a) libertad de prueba;
- b) libertad de defensa;
- c) instrucción pública y oral;

²⁵ Piña y Palacios, Javier, Op. Cit., paginas 33-36.

d) debate público y oral.

1.3.6 SEGÚN GUILLERMO BORJA OSORNO.

Asimismo el autor Guillermo Borja Osorno²⁶ señala algunas características tanto generales como particulares en el sistema acusatorio, mismas que son:

Las características generales son:

- a) El poder de decisión (jurisdicción) pertenece a un órgano estatal juez o magistrado;
- b) el poder de iniciativa, es decir, que la acusación o derecho de acción corresponde al ofendido o a sus familiares, posteriormente se le dio a cualquier ciudadano;
- c) una vez investido de la acusación, el juez o magistrado no estaba ya condicionado, en el ulterior de desarrollo del proceso, por la iniciativa o la voluntad del acusados; en el caso de abandono de la acusación, no decaía esta y las investigaciones continuaban;
- d) posible representación del acusador por parte de cualquier persona;
- e) posible patrocinio del acusado por parte de cualquier persona.

Las características particulares son:

- a) libertad de prueba;
- b) libertad de defensa;
- c) instrucción pública y oral;
- d) debate público y oral.

²⁶ Barragán Salvatierra, Carlos, *Op. Cit.*, Pagina 32.

1.3.7 SEGÚN FRANCESCO CARRARA.

A su vez Carrara²⁷ señala como características del sistema acusatorio, donde, señala como características especiales del sistema acusatorio son:

- a) libertad personal del acusado hasta la condena definitiva;
- c) la paridad absoluta del derecho y poderes entre el acusador y acusado;
- d) la pasividad del juez al recoger las pruebas;
- e) la continuidad del contexto;
- f) síntesis de todo el procedimiento.

En México este sistema se plasmó en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la reciente reforma realizada el pasado 18 de Junio del 2008 publicada en el Diario Oficial de la Federación mismo que se encuentra plasmado en su primer párrafo del artículo 20 de nuestra carta magna, donde: “se establece que el proceso penal será acusatorio, así como también se encuentra mencionado en los artículos 21 y 102 apartado A de nuestra carta magna, la cual entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto”.²⁸

En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los Estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito. mismo que no ha sido aplicado hasta el término de tres años posteriores.

²⁷ *Ibidem.*, página 33.

²⁸ Diario Oficial de la Federación, Tomo DCLVII, número 13, fecha 18 de Junio del 2008, página 4.

Este sistema, que es el que garantiza al máximo los derechos del acusado, ha sido objetado por cuanto, se argumenta que protege mal a la sociedad, pues los delincuentes no son perseguidos si nadie los acusa, y el perjudicado que ejerce la acción puede verse coaccionado. Por otra parte resulta costoso para el particular sostener el proceso, pues la aportación de pruebas, al correr de su cargo, implica el gasto de servicios privados que, además, en muchas ocasiones, carecen de medios técnico suficientes por parte de alguno indiciados.

1.4 DERECHO ROMANO

El origen mediato del derecho a la presunción de la inocencia se remonta en el Derecho Romano del “*a favor rei*”, en el cual Ulpiano sostiene que: “nadie debe ser condenado por sospechas, por que es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”.²⁹

Por su parte Luigi Ferrajoli nos hace referencia a la *presunción de inocencia*, durante el derecho Romano, donde: “recuérdense los escritos de Trajano que establece “*Statius est, impunitum relinquí facinus nocentus, quam innocentem damnari*” (Ulpianus, 10 de *officio* procónsul D. 48.19.5) mismo que significa “Es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”; la máxima de Pablo (69 *ad edictum*): “*ei incumbit probativo, qui dicit non qui negat*” (Paulo D. 22.3.2) el cual significa incumbe la prueba al que afirma, no al que niega;³⁰ y los bocardos medievales: “*Affirmanti non negante incumbit probativo*” y “*actore non probante reus absolvitur*”.³¹

²⁹ Montañés Pardo, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona, España, 1999, Ed. Aranzani, pagina 29.

³⁰ Mans Piugarnau, Jaime M., *Principios generales del derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*, Barcelona 1979, Bosch casa editorial S.A., pagina 419.

³¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Valladolid, 2004, 4ª edición, ed. Trotta, pagina 625, nota 12.

1.5 ESCUELA CLÁSICA

En el siglo XIX el tema de la presunción de inocencia constituyó un dogma fundamental para la creación de elementos doctrinarios del derecho represivo, fueron, por supuesto, los clásicos los que iniciaron esta serie de embates en contra de la prisión preventiva y a favor de la presunción de inocencia.

Así tenemos que, por ejemplo, desde la obra de Carmignani el tema mereció una atención especial de los clásicos, siendo destacado el valor del precepto: “como es más frecuente que los hombres se abstengan de delinquir, la ley consagra para todos los ciudadanos la presunción de inocencia”.³²

Para Carrara: La inocencia del acusado es presupuesto de la ciencia penal, en aquella parte que existe una relación con el procedimiento, y a ella están referidas prácticamente todas las garantías que hoy llamaríamos “justo proceso”: juez natural, extensión de la defensa respecto de las condiciones de legalidad en las confesiones, imparcialidad en la apreciación de la prueba, y sobre todo, equilibrio en la prisión preventiva.³³

Así, coherentes con su propósito de estudiar el crimen y la pena a partir de las contribuciones proporcionadas por las ciencias biológicas y sociales, y preocupados por la defensa de la sociedad contra el crimen, le negaron a la presunción de inocencia el valor que se le dieron las disposiciones puramente jurídicas de la escuela clásica.

La escuela clásica heredera de la ilustración, puso de relieve el trato entre el imputado en el *proceso inquisitivo* y el *proceso acusatorio*, donde, elevo a la *presunción de inocencia* en principio fundamental de la ciencia procesal y en presupuestos de todas las garantías del proceso.

³² Oropeza Barbosa, Ana Luisa, Revista de ciencias penales Iter criminis. *Prisión Preventiva vs Presunción de Inocencia*, México, número 14, noviembre-diciembre 2007, editorial tercera época INACIPE, página 165.

³³ Ídem.

Ahora bien, podemos atribuirle a la escuela clásica del derecho penal (a fines del siglo XVIII y mitad del XIX), que presento una corriente filosófico-jurídica que sigue a la revolución Francesa y recogiendo la tradición del iluminismo-liberal, impuso una serie de reformas en el campo penal tanto sustantivo como adjetivo, como reacción a los excesos punitivos de la justicia penal de la edad Media, teniendo desasosiego por establecer límites al *ius puniendi* del estado (mismos que ya fueron explicados con antelación), preocupándose en elaborar un sistema que sirviera a la tutela de las posiciones de libertad de los individuos más allá de toda conveniencia o utilidad práctica.

O como dice Giuseppe Bettiol: “El valor supremo es el individuo que el ordenamiento jurídico liberal debe proteger de toda arbitraria intervención estatal: El estado puede operar solo dentro de los límites de la más estricta legalidad, como corresponde a un estado de derecho que se encuentra limitado por exigencias de derecho natural-racional o se auto limita sabedor de alta responsabilidad”.³⁴

En tanto Beccaria afirma que: “un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia de un juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concedida”.³⁵

Por su parte Perfecto Ibáñez, menciona que: “tratar al acusado como ciudadano, hasta que resulta enteramente probado su delito”.³⁶ Sin embargo Beccaria, según nos recuerda el tratadista Luigi Ferrajoli, alguna vez duda al mencionar en su obra de los delitos y de las penas que: “cuando en un ciudadano acusado de un atroz delito no concurre la certidumbre, pero sí gran posibilidad de haberlo cometido, parece debería decretarse contra él la pena de destierro”.³⁷

³⁴ Bettiol, Giuseppe, *instituciones del derecho penal y procesal*, Barcelona, España, 1977, ed. Bosh, página 37.

³⁵ Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La presunción de inocencia*, México, 2003, 1ª edición, ed. Porrúa, página 3.

³⁶ Ídem.

³⁷ Ferrajoli, Luigi, Op. Cit., página 626, nota 17.

Así como también nos dice que F. M. Pagano también sostenía: “nadie sea castigado sin proceso”, pero también dicho autor acaba de sustraerse a la tentación de querer castigar a los sospechosos “para que la sociedad pudiera descansar más segura, el reo contra el que existan indicios pero no confirmaciones podría ser desterrado para siempre del reino”.³⁸

Sin embargo Carrara, que fue el máximo representante de esta orientación en Italia (escuela clásica), sostenía igualmente que el fundamento filosófico se encuentra en el Derecho Natural en los siguientes términos: “El Derecho es congénito al hombre, por que fue dado por dios a la humanidad desde el primer momento de su creación, para que aquella pudiera cumplir sus deberes en la vida terrena”.³⁹

Pero lo que se quiere resaltar, para efectos de nuestro tema de la *presunción de inocencia*, es que sus enseñanzas propiciaron que se modificarán anacrónicas instituciones penales para ser remplazadas por otras más justas y humanitarias, poniendo en contrastes lo relativo al trato que se daba al presunto delincuente en el *proceso inquisitivo* con relación al *proceso acusatorio* que reconoció lo que ahora se conoce como es la *presunción de inocencia*.

1.6 ESCUELA POSITIVA.

En contraposición a la postura clásica se encuentran los estudiosos del positivismo criminológico, quienes se basan principalmente en las ciencias naturales haciendo gala del método inductivo de experimentación al aseverar que todo aquello que se pretende afirmar es por que ya ha sido plenamente probado, atacando ferozmente a los clásicos por su método deductivo y por lo abstracto de su investigación.

³⁸ Ibídem, paginas 626 y 627.

³⁹ Cárdenas Rioseco, Raúl F., Op. cit., pagina 3.

Enrico Ferri, citado por Magalhaes, expresa: Admitiendo el innegable fundamento positivo de la presunción de inocencia, frente a las circunstancias ya mencionada que los delincuentes constituyen una mínima minoría en relación al total de ciudadanos honestos, propugna el derecho a la sociedad de no absolver un acusado, sino cuando su inocencia estuviese comprobada por una rigurosa valoración de las pruebas, y no simplemente proclamada por cualquier jurado negligente, ignorante o pusilánime; como criterio práctico sugería que fuese excluida la presunción de inocencia en los casos de crimen flagrante o confesión, la aplicación relativa para los reincidentes, deficientes profesionales, natos y locos.⁴⁰

La formulación de la escuela clásica y liberal fue el objeto de duras críticas de la escuela positiva italiana, siendo sus mayores opositores Enrico Ferri y Raffaele Garofola que consideraron absurda e ilógicamente la fórmula de la *presunción de inocencia*, exigiendo la prisión provisional para los delitos graves e inclinándose a una justicia sumaria más allá de la pruebas de culpabilidad “pero el golpe decisivo fue dado al principio por la autoridad de Vincenzo Manzini que estigmatizó la fórmula como un extraño absurdo extraído del espiritismo francés y la juzgo burdamente paradójico e irracional”.⁴¹

En tanto el autor Luigi Ferrajoli, en relación con “*La Scuola Positiva*” nos dice que Raffaele Garofola sostenía que: “A los que repiten la consabida, vacía y absurda frase de la *presunción de inocencia* hasta la sentencia definitiva, respondo que muchas veces el juicio se anticipa y la condena se pronuncia por el tribunal de la opinión pública”.⁴²

⁴⁰ Oropeza Barbosa, Ana Luisa, Op. cit., pagina 166.

⁴¹ Ferrajoli, Luigi, Op. cit., pagina 550.

⁴² Ibídem., página 627, nota 20.

Por su parte Enrico Ferri “después de admitir en la *presunción de inocencia* un fondo de verdad, la juzga ilógica, cuando sea absoluta e indiscriminada, esto es, aplicada a los reincidentes y en general a los que los indicios orgánicos y psíquicos ofrecidos por la antropología y la estadística criminal, los hagan aparecer como culpables. Los mismos delincuentes, interrogados por mí a estos fines”.⁴³

Volviendo a Manzini, también sostenía: “Nada tan burdamente paradójico e irracional. Baste pensar en los casos de prisión preventiva, en el secreto de la instrucción y en el hecho mismo de la imputación. Dado que esta última tiene por presupuestos suficientes indicios de culpabilidad, debería constituir, si acaso, una presunción de culpabilidad ... Si se debe presumir la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido, ¿Por qué entonces se procede contra él ?”⁴⁴

Por criterios referidos, el código Rocco de 1930 rechazó “de plano la absurda *presunción de inocencia* que algunos querían reconocer al imputado, liquidándola como una extravagancia derivada de los antiguos conceptos, nacidos de los principios de la revolución Francesa, que llevan a las garantías individuales a los más exagerados e incoherentes excesos”.⁴⁵

Con toda razón el maestro Jiménez de Asúa, citado por A. Calderón Cerezo y J. A. Choclán Montalvo, llegó a sostener que la escuela positiva con sus postulados preventivos, ha significado una “agresión científica” contra el Derecho Penal Liberal.⁴⁶

⁴³ Ídem.

⁴⁴ Ibídem., pagina 627, nota 21.

⁴⁵ Ibídem., pagina 551.

⁴⁶ Cárdenas Rioseco, Raúl F., *Op. Cit.*, pagina 5.

No es la finalidad de este trabajo en referirnos a las diferentes escuelas penales que tratan de las funciones de esta disciplina, la legalidad del estado para actuar por medio del derecho penal y, en consecuencia, representan diversas concepciones acerca del fin de la pena; y que como pone de manifiesto Bacigalupo, citado por A. Calderón Cerezo y J. A. Choclán Montalvo, “la llamada lucha de escuelas no es verdad otra cosa que una disputa en torno a los principios legítimamente del derecho penal”.⁴⁷ Sólo se quiere destacar que fue la escuela clásica italiana, la que formuló el principio jurídico a que se refiere este estudio.

1.7 ANTIGUO DERECHO INGLÉS Y CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

Este principio de la *presunción de inocencia* también lo encontramos, desde hace varios siglos, en el antiguo derecho inglés, ya que desde principios del siglo XII la nobleza inglesa se rebeló contra los excesos de la monarquía, los varones rebeldes huyeron a Francia, donde redactaron en la abadía de Pontigny la magna carta liberta Tum en 63 artículos redactados en latín, y en relación a la libertad de las personas se estableció *ningún hombre libre será detenido o encarcelado como no sea en virtud de un juicio legal de sus pares o de la ley del país.*

En 1775, se rebelaron las trece colonias inglesas de América del Norte y estos principios se introdujeron posteriormente en el artículo 8º de la Constitución de Virginia que establecía también: “Que nadie sea privado de su libertad, salvo por mando de la ley del país o por juicio de sus iguales”, para después introducirlo formalmente en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, a través de la V enmienda, efectuada en el año de 1791, que estableció que *No person shall... be deprived of life, liberty, or property witt out due process of law* y, la XIV Enmienda, en el año de 1868, por la que dispuso que... *nor shall any state depryve any person of life, liberty OR property witt out due process of law.*

⁴⁷ Ídem.

La primera de estas enmiendas nos dice Alex Carocca Pérez, formaba parte del *Bill of Rights*, “conjunto de garantías destinadas a proteger las libertades individuales, contra actividades lesivas provenientes de autoridades federales [...] solo después ha sido extendida parcialmente a los procesos estatales..., la segunda enmienda está relacionada con el *Civil Rights Act*, después de la guerra civil y asegura a los particulares la posibilidad de recurrir a las cortes federales contra la violación de los derechos garantizados por el *due process...*”.⁴⁸ De acuerdo con el sistema jurídico de estos países se requería un elevado ingrediente de certeza para poder formular un veredicto condenatorio: *beyond any reasonable Doubt*.

En relación con este *principio del beyond any reasonable Doubt* el autor Miguel Ángel Montañés Pardo menciona que esta Doctrina “se justificaba incluso con argumentos numéricos del tipo *vale más absolver a veinte culpables que condenar a un inocente*. La impregnación de estos principios aparece reflejada incluso en la literatura: ¿Sabéis o no que la ley inglesa supone que todo hombre es inocente en tanto no se demuestre (se de-mues-tre...) que es culpable? (Dickeens, Grandes Esperanzas, 1860-1861)”.⁴⁹

1.8 ANTECEDENTES MEXICANOS.

En México, el 22 de octubre de 1814 el Congreso de Anahuac expide el documento conocido como Constitución de Apatzingán o Decreto Constitucional para la Libertad de América Mexicana en el cual se pretende estructurara la nación mexicana como libre e independiente de España, otorgándose en él, garantías tanto de igualdad, libertad, propiedad y seguridad jurídica entre estas últimas, garantías que protegían los derechos dentro de los juicios de orden civil y penal, así pues, otorgando garantías para el gobernado.

⁴⁸ *Ibidem.*, pagina 6.

⁴⁹ *Ibidem.*, pagina 7.

Preferentemente en el capítulo V, integrado por los artículos del 24 al 40 entre esas se destaca el principio de la *presunción de inocencia* que fue aceptado y se establecía en el artículo 30 mismo que refería “*que todo ciudadano se reputa inocente mientras no se declare culpable*”. El doctor Jesús Zamora-Pierce sostiene que: “este decreto, dictado en plena guerra de independencia, nunca estuvo en vigor. Ya durante la vida independiente de México, nuestros constituyentes se inspiraron en otras fuentes, principalmente en la declaración norteamericana, y la *presunción de inocencia* no aparece mencionada ni en la constitución de 1857 ni en la de 1917...”⁵⁰

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, después de más de 85 años en que se expidió la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, que estableció las llamadas garantías constitucionales en materia penal en los artículos 13 al 23, no había reconocido en sus sentencias este principio fundamental del derecho penal liberal y garantista. Finalmente, el 15 de Agosto de 2002 se emitió la tesis XXXV/2002 del Pleno, en que se consideraba que la presunción se contiene de manera implícita en la Constitución Federal; sin embargo, la tesis a nuestro juicio es deficiente, confusa e incompleta, donde en referencia a este tema será analizado posteriormente en los siguientes capítulos.

1.9 SEGUNDA GUERRA MUNDIAL.

El autor Miguel Ángel Montañés Pardo nos explica en su libro que después de la Segunda Guerra Mundial, “se produce en Europa la constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona y la tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial”.⁵¹

⁵⁰ Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, México, 2000, 10ª edición, editorial Porrúa, página 421.

⁵¹ Montañés Pardo, Miguel Ángel, Op. Cit., página 31.

La *presunción de inocencia* se ha constitucionalizado de manera expresa en diversas constituciones nacionales; sin embargo, en la constitución Mexicana, no aparece de forma expresa el reconocimiento de la *presunción de inocencia*, y lo deseable es que se constitucionalice de manera expresa en la constitución el derecho a la *presunción de inocencia* agregado al artículo 20 apartado A, en una fracción que establezca este derecho.

CAPITULO II.- MARCO CONCEPTUAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

2.1 LA CONFESIÓN

2.1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Para comenzar a realizar el presente estudio sobre la confesión, analizaremos, antes que nada algunos *antecedentes históricos* por los cuales surge esta figura. Ante todo, ese tratamiento representa en forma típica el contacto entre el proceso civil y el penal, contacto que es la mayor expresión de aquel; diremos ahora que en el Proceso Romano, especialmente el de las primeras épocas, el germánico y el proceso común mismos nos ofrecen ejemplos decisivos.

Con la separación de los dos juicios, la confesión se divide en dos; donde, en un proceso que conserva su origen carácter formal, mientras que en el otro se transforma adaptándose según los cambios de los principios éticos y políticos que influían de diverso modo en el proceso penal.

En el tratamiento dado a la confesión, tal como se manifestó históricamente en el derecho procesal penal, se reflejan con gran vivacidad y extrema energía los diversos criterios generales que informaron e inspiraron en las distintas épocas dicho proceso. Por la cual las personas que eran consideradas como confesas tendrían que sufrir un pena la cual era aplicada de forma muy severa, siendo que el imputado confesaba, donde, dicha confesión era obtenida por medio de ciertos medios que eran considerados contrarios a derecho por los cuales las personas inocentes tenían que sufrir a lo largo del tiempo una pena, siendo que a lo largo del tiempo está formas han estado desapareciendo y se han estado castigando.

En la confesión, además, se refleja el criterio que fundamentalmente la estructura del proceso, según que sea acusatoria o inquisitoria. En el proceso acusatorio - sometido al predominio de las partes y teatro de la lucha entre ellas-, como el suministro de la prueba está subordinada a la iniciativa de las partes y como en el fondo de estas se origina la facultad de disposición en cuanto se refiere a la prueba obvio que, si el acusado confiesa, cualquier otra prueba se hace superflua.

En cuanto al proceso inquisitivo en cambio, la confesión pierde de toda energía autónoma, pues queda sometida al control y a la apreciación del juez, quien se sirve de ella como le parezca en relación con la prueba del delito, según que lo convenza o no.

Históricamente el desenvolvimiento de la confesión se apoya sobre el contrastes de estos dos criterios; pero en el desarrollo de prácticos de ellos se infiltran y actúan paralelamente elementos éticos, políticos y religiosos.

Durante *el proceso penal común* la confesión era considerada como confesión del delito la declaración de un acusado según la cual era verdadero el hecho que se le atribuía como delito y era cierto que él lo había cometido, o era verdadera que y debía imputársele alguna circunstancia, que redundaba en su perjuicio.

La confesión durante muchos años fue considerada como *regina probationum* (reina de las pruebas), especialmente en el derecho intermedio.

En los primeros tiempos del *proceso penal romano* no era suficiente prueba para condenar al procesado; no obstante, los historiadores del derecho señalan que aunque así fue proclamado, en la práctica ocurrió todo lo contrario. Más tarde tanto en Atenas como en Roma, cuando confesaba el procesado se omitía el indicio, y el magistrado aplicaba la pena en forma inmediata: "*confessus pro iudicatio habetu*".⁵²

⁵² Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, México, 1964, 1ª edición, editorial Porrúa, Página 444.

Durante el imperio romano, adquirió la confesión mayor importancia, y atento a lo indicado en el digesto era prueba bastante para condenar a una persona, tal vez para eso se creó el tormento para obtenerla.

Por otra parte, ahora conoceremos la importancia que le daban a la confesión tanto en *el proceso germánico* y *el proceso romano* de las primeras épocas, la confesión se nos presenta con caracteres reflejados sobre ella en el sistema acusatorio; pero ¡qué gran diferencia!. En *el proceso germánico* la manifestación acusaría de la confesión resulta complicada y -permítasenos la expresión- endurecida por el carácter formal de la prueba; en *el proceso romano*, la confesión, aunque conserva su carácter formal, se suaviza, al ser llevada también a la ágil esfera del libre convencimiento del juez.

La confesión en *el proceso penal romano* necesariamente debería ser como una prueba decisiva, sea por la estructura acusatoria de ese proceso, sea porque -como la nota con gran agudeza Geib- a un pueblo jurídicamente evolucionado no puede ocurrírsele poner en duda la fuerza probatoria que surge en general de la confesión. Y en esta forma la confesión fue considerada como una prueba conforme a derecho; y tal era su eficacia que se le atribuía a la confesión que en este caso también valía el principio del derecho civil según el cual "*in jure confessi pro judicatis habentur*".⁵³ De esta suerte, el acusado confeso podía ser condenado sin necesidad de juicio ulterior, en la cual la confesión interrumpía el procedimiento y hacía superflua, sin objeto de persecución de aquel.

En el medioevo, *el derecho canónico* la consideró no sólo como prueba idónea para la condena, sino también para el deber cristiano útil al hombre para descargar su conciencia y alcanzar la indulgencia divina.

⁵³ Donde significa los confesos en juicio se tiene por confesos.

La *justicia criminal de la Edad Media y de los primeros siglos de la Moderna* concedió suma importancia a la confesión del reo y es así como se le llamo la *reina de las pruebas*. Si éste no confesaba voluntariamente se obligaba mediante recursos violentos, a este procedimiento se le conoció como tortura, según los antiguos escritores, misma que era definida como aquel tormento empleado hacía el cuerpo para conseguir la averiguación de la verdad.

Por su parte el autor Sergio García Ramírez⁵⁴ manifiesta que *la confesión* es una especie de las declaraciones en el proceso, es decir, que se trata de una declaración del inculpado (no de otra persona, salvo que un tercero puede convertirse en un confesante, y a su tiempo el inculpado tiene sentido), en la que éste reconoce su participación delictuosa. No hay necesariamente, pues reconocimiento de culpabilidad, sino sólo participación, en cualquier de las formas previstas por el artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, que después de la reforma de 1993 se refiere a autoría y participación.

Fue *la confesión “la reina de las prueba”*, y en este sentido toda la actividad probatoria se concentro en obtener la confesión del inculpado; rigió, una amplísima extensión, la regla “a confesión de parte, relevo de prueba”, en el caso de la materia penal es particularmente delicado el tema de la confesión, por el riesgo que ha existido de que la autoridad, desviando sus atribuciones, recabe la confesión con el empleo de violencia.

⁵⁴ García Ramírez, Sergio, *El nuevo procedimiento penal mexicano*, México, 1994, 1ª edición, editorial Porrúa, pagina 93.

2.1.2 NATURALEZA JURÍDICA.

Conocido algunos de los antecedentes históricos relacionados al origen y trascendencia de la confesión, ahora por su parte, pasaremos a conocer *la naturaleza jurídica de la confesión*, misma que no es tan sencilla, es bastante complejo, pero en todos los casos implica una participación del sujeto en alguna forma, en la comisión de un hecho delictuoso y debido a ello en algunos casos será:

- a) La administración total del delito (confesión de abuso de confianza).
- b) La aceptación de algunos elementos del delito (cuando admite haber privado de la vida a otro pero en legítima defensa).
- c) Reconocimiento de ciertos elementos del tipo penal (se reconoce que hubo relaciones sexuales con una persona por medio de engaños, pero mayor de 18 años).
- d) Un medio para la integración del tipo.

Sin embargo, sobre la confesión han surgido diversas disquisiciones abstractas acerca de su naturaleza tanto en el derecho procesal civil como en el penal, en las cuales algunos autores se pueden manifestar de la siguiente manera:

- La confesión como una especie de la prueba testimonial, donde, los autores Birnthamy Framarino dei Malatesta⁵⁵, niegan a la confesión el carácter de medio de prueba autónomo ubicándole como una especie de prueba testimonial.

⁵⁵ Díaz de León, Marco Antonio, *Tratado sobre las pruebas penales. Tomo I*, México, 1982, 1ª edición, editorial Porrúa, Pagina 479.

En consecuencia, para algunos autores como los anteriores la conciben como una forma de testimonio, otros como un indicio, la confesión no debe ser para el juez más que un medio para formarse una convicción. Algunos creen que la confesión es un testimonio, donde, ahora conoceremos algunos puntos de vista de estos como es el caso de Jiménez Asenjo⁵⁶ quien indica que es un testimonio humano singular y privilegiado.

Para Jeremias Bentham,⁵⁷ afirma que la confesión es una forma de testimonio y aclara; el nombre del testigo puede ser aplicado a las partes mismas, interesadas en la causa, y también a todos aquellos a quienes se les da comúnmente. Resulta muy extraño que, después de haber oído la deposición o la confesión de una persona examinada por el juez, se niegue que haya actuado con el carácter de testigo.

- La confesión para algunos autores, en consecuencia, se manifiestan y la consideran como indicio, donde, otros puntos de vista confieren a la confesión del acusado la categoría de indicio, por la poca credibilidad que ella se deriva, pues como dice Mittermaier: “la naturaleza humana, dicen cierra los labios al culpable; todo hombre sano de juicio, se apresura a huir de lo que pudiera pararle perjuicios, sería necesaria nada menos que una perturbación en tal o un profundo disgusto de la vida para que pueda exponerse voluntariamente a un grave peligro..., la confesión no es para el juez más que un medio de formarse la convicción, desde que acepta como verdaderos los hechos confesados por el acusado.”⁵⁸

Asimismo, por su parte Manzini⁵⁹ hace recalca que la confesión es también un indicio y consiste en cualquier voluntad declaración o admisión que un imputado haga de la verdad de hechos o circunstancias que importen su responsabilidad penal o que se refiera a la responsabilidad o irresponsabilidad de otros por ese delito.

⁵⁶ Colín Sánchez, Guillermo, Op. cit., Página 444.

⁵⁷ Ídem

⁵⁸ Díaz de León, Marco Antonio, Op. cit., pagina 480.

⁵⁹ Ídem.

Por su parte para Marco Antonio Díaz de León nos dice que la confesión es: “ Un medio de prueba autónomo que debe ser valorado conjuntamente con los restantes datos probatorios...”⁶⁰

De igual forma piensa Mittermaier, al establecer la persecución que se deriva de la confesión no llega al juez, sino con el auxilio de una multitud de presunciones que se encadenan.⁶¹

- La confesión, es considerada como medio de prueba, en este sentido afirma Guasp que la confesión es un verdadero medio de prueba, nada importa que ciertos preceptos de nuestro derecho positivo parezca referirse no solo a una figura probatoria, sino negocial o de declaración de voluntad, como ocurre cuando se habla de una especial capacidad o consentimiento, o incluso de revocabilidad o irrevocabilidad de la confesión, pues estas son expresiones fruto de una concepción defectuosa que se mantiene como vestigio histórico de ideologías superadas o, si se quiere, como una consecuencia de la especial significación psicológica que tienen algunos resultados de la confesión.

Por otra parte el autor Miguel y Romero⁶² manifiesta tres razones por las cuales la confesión es considerada como medio de prueba la cual dice: la primer razón es de carácter psicológico por que cuando el hombre que propende a huir de aquello le puede hacer daño admite hechos que le perjudican, es necesario aceptar que actúa movido por el impulso que le imprime la fuerza de la verdad; así la segunda razón se refiere al carácter lógico en virtud de que nadie como el confesante conoce mejor lo contrario, por ser la parte principal de los hechos, y si los confiesa, es evidente que fueron así; y la tercera razón que da es de carácter jurídico en referencia a la facultad de disponer de las cosas propias.

⁶⁰ Díaz de León, Marco Antonio, Op. cit., pagina 154.

⁶¹ Colín Sánchez, Guillermo, Op. Cit., Página 445.

⁶² *Ibidem*, pagina 481.

- La confesión es manifestada como una disposición de los hechos es en referencia a que las partes están en disposición en relación con la confesión (principio dispositivo).

- La confesión es considerada como un negocio jurídico, lo cual, se refiere cuando la confesión es la declaración que una parte hace acerca de la verdad de los hechos para que así le desfavorezca o favorezca a la contraria.

2.1.3 CONCEPTO.

Al haber tomado en cuenta y realizado el estudio detallado de los anteriores antecedentes históricos y la naturaleza jurídica de la confesión, ahora, pasaremos a conocer como algunos autores definen a la confesión, entre los cuales, el autor José Hernández Acero⁶³ manifiesta que *la confesión* es el reconocimiento que hace el imputable de haber realizado una conducta que resulta típica, para que la confesión se integre debidamente de manera formal, está deberá hacerse ante el ministerio publico o juez de la causa, asistido de su defensor o persona de confianza deberá haber sido instruido previamente sobre el procedimiento que se va a seguir, así como de las consecuencias legales y jurídicas que tendrá la confesión, además de otras pruebas que hagan creíble esta confesión.

Por su parte Sergio García Ramírez manifiesta que la confesión es la relación de hechos propios, por medio de la cual el inculpado reconoce su participación en el delito. Tratándose en todo caso de una narración relación o una descripción de hechos simplemente; no de una valoración o enjuiciamiento crítico de los mismos a la luz de cierta disciplina.

⁶³ Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal*, México, 2004, 2ª edición, editorial MC Graw Hill, Pagina 422.

Así como también, el autor Guillermo Colín Sánchez establece a *la confesión* como un medio de prueba, a través del cual un indiciado, procesado o acusado, manifiesta haber tomado parte, en alguna forma los hechos motivos de la investigación.⁶⁴

De las anteriores definiciones, manifestaremos de manera general se acepta que *la confesión* es el reconocimiento que hace el acusado de su culpabilidad, de ahí que antiguamente se le denominaba la reina de las pruebas, criterio que sirvió para el uso y abuso de la tortura por parte del Ministerio Público y de la Policía Judicial que contaron con la aprobación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas ejecutorias convalidaba los actos inhumanos de las autoridades judiciales.

Por otra parte, el autor González Bustamante establece que: “la confesión es la declaración o reconocimiento que hace una persona contra sí misma acerca de la verdad de un hecho la cual se encuentra dividida en simple o compuesta, expresa o tácita, divisible o indivisible, calificada, judicial o extrajudicial y circunstanciada”.⁶⁵

Podemos establecer que el inculpado es la figura central del drama del proceso penal; su declaración debe ser cuidadosamente observada en cuanto constituye una alternativa de uno de sus derechos fundamentales. Sin embargo, y al contrario de lo que suele pensarse, declarar en el juicio no le asegura beneficios, declarar sobre los hechos que se le atribuyen no es precisamente su mejor opción.

Podemos hacer referencia al proceso civil, en lo que cabe a la admisión de los hechos por la parte contraria a los que afirma implica que el juez tiene que partir de la existencia de los mismos, debe el juzgador considerar que los hechos no forman parte del debate, y encausar la prueba sólo aquellos que sí fueron controvertidos.

⁶⁴ *Ibíd.*, Página 443.

⁶⁵ Sandoval Delgado, Emiliano, *Medios de prueba en el proceso penal*, México, 2001, 2ª edición, editorial Cárdenas editor y distribuidor, pagina 25

Es decir, a los afirmados por una parte y negados por la otra este principio es característico en un proceso dispositivo, lo cual no puede ser aplicado en el proceso penal que hoy por hoy edifica sobre el principio acusatorio; en éste no existe una relación jurídico-material entre el Ministerio Público y el inculpado, ni un derecho subjetivo en la imposición de la pena por quien ejerce la acción.

Si son partes contrarias, pero bajo este esquema el único que delimita los hechos es el Ministerio Público y sólo en la medida en que se precise cuáles son aquellos por los que se ejerce la acción penal, más la circunstancia de que el inculpado las acepte total o parcialmente no los deja fuera del litigio, cual se dieran por existentes, además no basta, por sí sola y por el simple hecho de ser confesión para tenerlos por demostrados al grado de que se dejen fuera del debate.

En el proceso penal los hechos afirmados por el Ministerio Público como sustento de su acción es una versión que debe ser demostrada para el éxito de su pretensión y no se deben tener por existentes, aunque el inculpado los confiese, dado que esa confesión, a lo sumo, se constituye en un medio de prueba que le favorece proveniente del dicho de su contra parte, pero además con valor limitado, su valor probatorio pleno y su carácter de *“reina de la prueba”* en materia penal es parte del pasado; en la actualidad esa confesión es un simple medio de prueba, pero además con valor limitado, de indicio.

Sin embargo, cualquiera que sea la alternativa, queda evidenciado que su declaración nunca constituye un medio de prueba en su beneficio, que se traduce que cuando el inculpado decida guardar silencio *todo lo que diga podrá ser usado en su contra*, lo cual estriba en que la circunstancia de que, al declarar, eventualmente confiese los hechos o los niegue, refiera hechos de los cuales puedan conocerse y posteriormente recabarse pruebas en contra del inculpado.

2.1.4 TIPOS DE CONFESIÓN.

Existen varios *tipos de confesión* en los cuales no entraremos al fondo del estudio de cada uno en virtud, únicamente mencionaremos de que se trata cada uno, en los cuales pueden ser judicial o extrajudicial, simple o cualificada, y directa o indirecta, solo manifestaremos que es cada uno, sin mencionar los alcances de los varios tipos de la confesión.

La confesión se clasifica de la siguiente manera:

-La confesión *judicial*: es aquella que el inculpado realiza de forma espontánea o mediante interrogatorio, ante el Ministerio Público o el Órgano Jurisdiccional.

-La confesión *extra judicial*: es aquella que se realiza fuera de juicio, un claro ejemplo era aquella que obtenían anteriormente la policía judicial.

-La confesión es *simple* cuando se hace aceptando lisa y llanamente la intervención como autor o participe del hecho delictivo.

-La confesión es *cualificada* aquella en la que se expresa reconociendo la verdad del hecho punible, pero agregando circunstancias que modifican o restringen su naturaleza y efectos.

-La confesión es *directa* cuando se rinden de manera expresa.

-La confesión es *indirecta* cuando el confesante guarda silencio o no concurre a absolver posiciones, se toma como una confesión tácita como sucede en materia civil.

2.1.5 LA CONFESIÓN EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

Una vez establecido el concepto y los diversos tipos de confesión que existen en la doctrina, ahora manifestaremos los requisitos legales para los cuales debe cubrir la confesión que anteriormente era considerada como reina de las pruebas, donde, en este momento es sólo considerada como un medio de prueba más a favor de las partes como valor probatorio, siempre que cumpla con lo establecido en la ley.

Ahora bien, para que la confesión tenga valor probatorio está debe de reunir los siguientes requisitos legales, mismos que establece el artículo 136 y 249 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en relación con la fracción segunda del artículo 20 constitucional, los cuales son los siguientes:

-Debe ser voluntaria, sin coacción ni violencia física o moral.

-Debe ser rendida por una persona no menor de dieciocho años, en pleno conocimiento.

-Debe ser rendida ante el Ministerio Público, juez o Tribunal de la causa, asistido por su defensor y que el inculcado este enterado del procedimiento.

-Que no este acompañado de otras pruebas o presunciones que la hagan inverosímil, a juicio del Ministerio Público o juez.

-Esta confesión debe ser sobre hechos propios constitutivos al delito que se le imputa.

La confesión no siempre no es conveniente o satisfactoria, son innumerables los errores a que conduce, por lo que ha perdido su primacía o se le consideraba la reina de las pruebas, así su eficacia debe quedar reducida a un simple atestado, cuya justipreciación hará el órgano jurisdiccional, que goza de la más amplia libertad sin que se tome en forma aislada, debido a que debe concatenarse con el resto de las pruebas.

Además el artículo 287 del Código Federal de Procedimientos Penales establece en su último párrafo: “no podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión. La policía judicial podrá rendir informes pero no confesiones; si lo hace éstas carecerían de todo valor probatorio”.⁶⁶

Nos podemos dar cuenta de la anterior transcripción que las diligencias practicadas por agentes de la policía judicial federal o local tendrán el valor de testimonio que deberán complementarse con otras diligencia de prueba que practique el Ministerio Público, para atenderse en el acto de la consignación, pero en ningún caso se podrá tomar como confesión lo asentado en aquéllas.

La presente confesión no tendrá valor probatorio si, en su caso, no se realiza en presencia de su defensor, además, si se emplea para su obtención tortura, intimidación o incomunicación en contra del inculpado, por lo cual, la misma será no válida. Además, deben reunir los requisitos legales que estable el ordenamiento legal subjetivo.

2.2 DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE.

2.2.1 ANTECEDENTES HISTÓRIOS.

Para el desarrollo de este tema comenzaremos primero a estudiar algunos antecedentes históricos, por los cuales este derecho no se encontraba contemplado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como tal, y como con el tiempo este derecho fue establecido en nuestra carta magna, él mismo, fue una protección a la persona detenida al momento de que era considera como probable responsable del delito que se imputaba.

⁶⁶ Agenda Penal del D.F. México, 2008, 28ª edición, editorial ediciones fiscales ISEF S.A., pagina 65.

Donde, antes de ser establecido y considerado como garantía, años anteriores se prohibía el tormento durante la mitad del siglo XIX, donde, en el caso de México en la constitución de 1957 se había contemplado esta figura, pero en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 se suprime esta figura por la cual este derecho a no auto incriminarse fue de gran importancia para proteger a la persona detenida por causa de cometer un delito.

Posteriormente, este derecho fue plasmado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hasta la reforma de 1993, en donde esta figura fue contemplada de nueva cuenta dentro de la carta magna, lo cual nos da como resultado que la persona que cometió una conducta ilícita siga gozando de este derecho constitucional para beneficio propio.

2.2.2 DISPOSICIONES LEGALES.

Asimismo el texto constitucional que consagra esta garantía consiste en que: “el artículo 20 en la fracción II: No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibido toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto”.⁶⁷ Nos podemos dar cuenta que la garantía que otorga prohíbe no solo 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 se le puede exigir que rinda protesta de decir la 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, donde, esto se refleja más adelante en el criterio jurisprudencial que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁶⁷ Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, México, 2000, 10ª edición, editorial Porrúa, página 88.

A más de ello, debemos entender que la garantía protege tanto al indiciado que declara ante el Ministerio Público, ante la Policía Judicial o ante cualquier otra autoridad, como al procesado que lo hace ante los tribunales, bien hueca e inútil sería la norma que estudiamos si, impidiendo a determinadas autoridades que obtuvieran confesiones coaccionadas, dejara a otras mano libre para hacerlo.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho:

“DECLARACIÓN DEL ACUSADO. NO PUEDE SER COMPELIDO A DECLARAR EN SU CONTRA. La fracción II del artículo 20 Constitucional establece que el acusado no debe ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda prohibido toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a cualquier objeto. El acatamiento a este precepto, al indiciado no se puede exigir que declare bajo protesta y esta ventaja es aplicable al caso en que se le examine en la averiguación previa, toda vez que el precepto constitucional no establece ningún distingo. Así es que si desde su primera declaración incurre el acusado en mentira, no incurre en el delito de falsedad en declaraciones judiciales ni en informes falsos dados a una autoridad, pues de lo contrario se le compelería a declarar en su contra con infracción del citado precepto constitucional. Amparo Directo 3057/58, informe 1959, Primera Sala, página 30.”⁶⁸

En el apartado A), la fracción segunda del artículo 20 de la constitución, se expresa que “el inculpado no podrá ser obligado a declarar”, aquí se podrá señalar que hasta antes de la reforma constitucional de 1993, se establecía que el inculpado no podría ser obligado a declarar en su contra y a partir de éstas queda en el sentido de “que el inculpado no podrá ser obligado a declarar”, esto es, sea o no en su contra.

De lo anterior se deduce que el inculpado se le debe hacer saber durante todo el procedimiento penal, esto quiere decir que desde la averiguación previa, preproceso o preinstrucción, instrucción y siguientes etapas, que tiene derecho a declarar o a no hacerlo, sin que este último repercuta en las actuaciones o en su perjuicio.

⁶⁸ Ídem.

Nos hemos encontrado con criterios en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en el sentido de que cuando el inculpado no declare en el procedimiento, es porque está reconociendo su culpabilidad, lo que es absurdo y violatorio de las garantías individuales.

Por su parte Juan José Olvera López⁶⁹ manifiesta que en nuestro contexto nacional tal derecho fundamental deriva de que “no podrá ser obligado a declarar” (artículo 20, apartado A, fracción II constitucional), donde, esta garantía encierra varias lecturas: que el inculpado no tiene obligación de declarar, que tiene derecho a guardar silencio, que tiene derecho a decidir si habrá de declarar o no, que tiene derecho a declarar y que tiene derecho a declarar lo que quiera e incluso que tiene la libertad de mentir, pues si el derecho lo es o no declarar, no puede existir obligación de declarar de una manera determinada, menos a declarar como testigo contra sí mismo o a declararse culpable, asimismo el legislador lo consagra así: no declarar si así lo desea para la fase de averiguación previa (artículo 128, fracción III del Código Federal de Procedimientos Penales, en adelante) y preguntarle si es su voluntad declarar en la fase judicial (artículo 154 del Código Federal de Procedimientos Penales).

Surge así, el derecho del silencio, como ligación de reaccionar, mediante declaración, a una imputación de alguna de las manifestaciones de la *presunción de inocencia*: no tiene oboe es inocente, hasta en tanto quien se la impute no demuestre lo contrario, si no tiene la obligación de demostrar su inocencia por que es obligación del accionante demostrar plenamente su culpabilidad, menos aún tiene obligación de contribuir con éste para la reunión de pruebas que lo incriminen, en este caso mediante la confesión. La presunción *iuris tantum* de su inocencia durante el proceso los desliga de la obligación probatoria, y con mayor razón con la obligación de aportar elementos de prueba que puedan probar en su contra.

⁶⁹ Olvera López, Juan José, *Temas de Derecho Procesal Penal en México y España. La declaración del inculpado*, México, 2005, 1ª edición, ed., UNAM, Pagina 202.

Al seguir analizando la fracción segunda del artículo 20 de la carta magna, misma que establece la garantía del inculpado a no inculparse, cuando señala que no podrá ser obligado a declarar. Disposición de que infringirse, constituiría un delito contra la administración de justicia, el cual se encuentra tipificado como tal en la fracción XII del artículo 225 del Código Penal para el Distrito Federal, en los siguientes términos: “Obligar al indiciado o acusado a declarar en su contra, usando la incomunicación o cualquier otro medio ilícito”.

Asimismo para fortalecer esta garantía de no inculparción, además la propia fracción del multicitado artículo, previene que “queda prohibido y será sancionado por la ley penal, toda incomunicación, intimidación y tortura“. Ahora en la fracción II del artículo 293 y la fracción II del artículo 299 del Código Penal para el Distrito Federal, únicamente solo se castiga cuando obligan a declarar al inculpado, mismo que manifiesta que queda prohibido declarar al inculpado.

De establecerse la hipótesis anterior la confesión o información rendida ante el Ministerio Público no podrá invocarse como prueba; siendo, consecuentemente, nulas de pleno derecho las probanzas obtenidas a través de estos medios ilícitos, y constituyen además una violación a las normas del procedimiento, que afectan al gobernado.

Sí, contrariando a alguna disposición constitucional, alguna autoridad presionase a una persona para que se declarase culpable de un delito, la confesión así obtenida sería nula dado que la conducta sería nula, dado que la conducta de la autoridad sería violatoria de garantías. En este sentido “concuera Olga Islas y Epidio Ramírez: El inculpado no podrá ser compelido a aceptar la autoría o a no invocar excluyentes cuando espontáneamente ha aceptado la autoría (declarar en su contra), por lo cual queda rigurosamente prohibida la incomunicación, la coacción, el internamiento en el reclusorio distinto del judicial o cualquier otro medio que tienda a que el inculpado pueda ser compelido a declarar en su contra.

Esta prohibición significa que es nula toda aceptación de la autoría y/o toda no invocación de las excluyentes cuando el inculpado, sea compelido a aceptar aquella o a no invocar estas (artículo 20 fracción II).⁷⁰

En el caso del procedimiento acusatorio, conforme al cual “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se *presuma su inocencia* mientras no se pruebe su culpabilidad...” tal como lo establece la declaración de los derechos humanos (artículo 11). De donde resulta que el órgano de acusación tiene la carga de la prueba, que no puede valerse de coacciones para obtener la confesión del inculpado y que éste pueda negar hasta el absurdo.

La lógica consecuencia es que, a partir de la abolición de la tortura, la declaración del imputado ha dejado de tener valor como prueba de cargo, y sólo subsiste como medio de defensa. La excepción será el caso del indiciado que, movido por sus escrúpulos de conciencia, decida libremente confesar libremente su culpabilidad.

El Ministerio Público no puede nunca presumir que contara con esa confesión, y está obligado a demostrar la culpabilidad por otros medios de prueba. Lo cual permitiría que la autoridad realice una investigación más adecuada y eficaz para poder acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Por ello en los artículos 289 en relación con el artículo 290 párrafo tercero ambos del Código de Procedimientos penales para el distrito Federal nos establecen que no se obligara a declarar al inculpado, siendo además de que no se podrán utilizar como medios la tortura, la incomunicación para obtener la declaración del inculpado o por ello la confesión del mismo.

⁷⁰ Zamora-Pierce, Jesús, Op. cit., página 89, nota 4.

2.3 EL GARANTISMO PENAL.

Para comenzar al estudio del presente apartado debemos primero entender que es el garantismo penal, en el cual, podemos establecer diversos tipos o significados del garantismo, donde, podemos establecer en primer termino al garantismo desde el punto de vista patrimonial, mismo que comprende todo aquello relacionado con la propiedad y el resto de todos los derechos patrimoniales; otro es el garantismo liberal, y específicamente penal para designar las técnicas para la defensa de los derechos de libertad, sobre todo de la libertad personal, frente a intervenciones policiales o judiciales arbitrarias; y el garantismo social para designar el conjunto de garantías, todavía más escasa e imperfectas, encaminadas a satisfacer los derechos sociales, como son el derecho a la salud, educación, al trabajo, etc.

Una vez establecido los diferentes tipos de garantismo que existen, ahora pasaremos a realizar el análisis que la teoría desarrollada por Luigi Ferrajoli, intitulada “Garantismo Penal”, donde, está es una teoría que desarrolla la idea de que el derecho penal como instrumento de *última ratio* sólo se justifica por que no existe una forma mejor de obligar a las personas a comportarse socialmente como se exige en una sociedad democrática. Estas teorías están inspiradas en el iluminista racionalista y en cierto sentido se oponen al postmodernismo:

El iluminismo racionalista en opinión de Carrillo Prieto... apuntes sobre la tortura se origina en la idea de que se trata de un programa que busca liberar al mundo de la magia, disolver los mitos y confutar la imaginación en el que la ley se ha transformado... Por esto la igualdad jurídica en condición suficiente y necesaria de la integración del individuo a la sociedad. Pero si la voluntad general es soberana, única fuente de la ley y capaz de ser guiada por los legisladores sabios, no puede darse a la tarea especializada de que impone todo gobierno, que será entonces distinto de la soberanía, será el mandato del pueblo y de la ley. Por eso el iluminismo y su seguidor el garantismo, genera una certeza a la aplicación de la ley. La contraposición a una visión postmodernista en la que la seguridad de lo que son los derechos y en general todo el conocimiento no quedan determinados. Así por ejemplo: se sostiene que el postmodernismo: “Quizá la tradición postmoderna mas bien conocida se sea la reconstructiva. Aunque una variedad de ideas y de personas se colocan

bajo esta sombrillazas ideas de Jacques Derrida proveer el impulso al postmodernismo reconstructivo, ninguna de las ideas de otro filosofo son reconocidas tan rápidamente como postmodernas...”⁷¹

Es en efecto que en el ámbito del derecho penal, el garantismo se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en oposición a los contundentes legados de la legislación fascista, y después a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo.

En este sentido, el garantismo se vincula a tradición clásica del pensamiento liberal y expresa la exigencia, propia de la ilustración jurídica, la minimización de ese terrible poder -como lo llamo Montesquieu- que es el poder punitivo, mediante el sometimiento a la ley; en concreto mediante el sometimiento a la ley penal del poder penal judicial y mediante el sometimiento a las normas constitucionales del poder penal legislativo.

Por lo que respecta al delito, estos límites son las garantías penales sustanciales: desde el principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles, a los de su lesividad, materialidad y culpabilidad.

Por lo que respecta al proceso le corresponden las garantías procesales y orgánicas: la contradictoriedad, la paridad entre la acusación y defensa, la estricta separación entre la acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio de juez natural.

⁷¹ González R., Samuel, Mendieta J., Ernesto, Buscaglia, Edgardo y Moreno H., Moisés, *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y practica*, México, 2005, 1ª edición, editorial Aquesta Terra, pagina 436.

Así pues, mientras las garantías procesales se orientan a minimizar los delitos, es decir, reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar, por su parte las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, es decir, a reducir al máximo sus márgenes de arbitrio.

Por su parte, llegamos a la conclusión que *la teoría del Garantismo penal* es aquella que se ve enfocada a proteger y determinar que el autor del delito ha cometido un hecho criminal y fija las reglas para probarlo, y sancionarlo. Así como también el garantismo es modelo de derecho por el cual busca proteger los derechos subjetivos de la personas.

Asimismo tomaremos en cuenta la opinión de Norberto Bobbio quien nos dice que la apuesta es alta: la elaboración de un sistema general de garantías, o si se quiere, la construcción de paredes maestras del estado de derecho que tiene por fundamento y fin, la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder, particularmente odioso en el derecho penal.

Pero es un juego que tiene reglas: El autor después de haberlas establecido las observa con escrúpulo y así permite al lector encontrar el camino sin demasiado esfuerzo. La coherencia del conjunto se hace posible por la previa declaración de los presupuestos metodológicos y teóricos.

Por el proceder a través de conceptos bien definidos y de sus relativas síntesis por la concatenación de las diversas partes y por la progresión razonada desde cada una de las otras.⁷²

⁷² Ferrajoli, Luigi, Op. cit., pagina 13-14.

Sino además, por su parte en opinión de el profesor Turín se trata de: un intento de extraer de los resultados obtenidos en la descripción del modelo garantista penal, las grandes líneas de un modelo general del garantismo, antes que nada, elevándolo a modelo ideal del estado de derecho, entendido no solo como estado liberal protector de los derechos de libertad, sino como estado social llamado a proteger los derechos sociales; en segundo lugar presentándolo como una teoría que propone un *ius positivismo* crítico opuesto a un *ius positivismo dogmático* y, por último, interpretándolo como una filosofía política que funda el estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y que precisamente, el reconocimiento y de la efectiva protección (¡no basta el reconocimiento!) de estos derechos extraen su legitimidad y también la capacidad de renovarse sin recurrir a la violencia subversiva.⁷³

Sin embargo, el autor Luigi Ferrajoli defenderá en forma inevitable, señala tres tipos de tesis por la cuales defenderá su teoría garantistas, donde *la primera* es aquella en donde existe un nexo indisoluble entre garantías y justificación externa o política de derecho penal, es decir los fines que lo justifican; *la segunda* se trata de aquella en donde se exige un nexo igualmente indisoluble entre garantías y legitimación interna de la jurisdicción; y *la tercera* establece en que el garantismo representa la teoría crítica y al mismo tiempo de la filosofía política y teoría crítica del estado constitucional de derecho.⁷⁴

En virtud de lo anterior, tomaremos en cuenta *el sistema garantista ideal* que menciona el autor Luigi Ferrajoli, donde, manifestaba la creación de un sistema garantista mediante el cual apunta una serie de principios, mismos que van a regir a el derecho penal, donde, dichos principios o axiomas van a tener correlación o conexidad entre ambos para su existir y aplicabilidad.

⁷³ Ibídem, pagina 16.

⁷⁴ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo Penal*, México, 2006, 1ª edición, UNAM, Pagina 11.

Sin embargo, por su parte mencionaremos los principios que se relacionan a las personas inocentes, es decir, la presunción de inocencia como parte fundamental de estos principios, como consecuencia de éste, la existencia de un sistema de justicia penal más justo, por los cuales el imputado gozara de dicho principio o axioma que se apreciaran el sistema garantista que menciona el multicitado autor.

Donde, partiremos en retomar por una parte *los seis primeros* principios siendo que estos desarrollan a *el delito y a la pena*, como consecuencia van a representar el principio de legalidad, posteriormente los *últimos cuatro* axiomas o principios se van relacionar con *el proceso* penal en relación al principio de jurisdiccionalidad, donde, sin la existencia de los primeros los segundos no tendrían caso de existir y aplicabilidad, sin embargo, uno de ellos es el relacionado a la presunción de inocencia, por su parte, para poder pasar a conocerlos a cada uno, primero tendremos que conocer de que se trata esta teoría que propone el multicitado autor en su estudio sobre el garantismo penal.

Por ello, sostiene Luigi Ferrajoli que el principal punto de estudio de esta teoría propuesta, es en relación a que existe un nexo característico del estado de derecho entre garantías jurídicas y legitimación política y, por otra parte, entre formas legales y democracia sustancial. Las garantías -no sólo penales- son vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad de los derechos subjetivos y más en general a los principios axiológicos sancionados por las leyes; en el derecho penal, donde tutelan la libertad del ciudadano frente a las prohibiciones indeterminadas y las condenas arbitrarias, las mismas consisten sobre todo como se verá, en la estricta legalidad de los delitos y en la verdad formal de su investigación procesal.

Pero es claro que, al cambiar los derechos fundamentales objeto de tutela cambian también las técnicas normativas predispuestas en garantía de los mismos; si a los derechos de libertad (o derechos de) corresponden garantías negativas consistentes en límites o prohibiciones de hacer a los derechos sociales (o derechos a) corresponden garantías positivas consistentes en obligaciones de prestaciones individuales o sociales.

En todos los casos la elaboración de las garantías, es decir, de los mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad de la tutela o en la satisfacción de los derechos, constituye la tarea más importante y difícil tanto de una teoría como de una política garantista del derecho. Se comprende que así entendido el garantismo no tiene que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo.

Antes bien, consiste en la tutela de los derechos fundamentales; los cuales -de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales a las expectativas sociales de subsistencia de los derechos individuales a los colectivos- representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos que fundan y justifican la existencia de aquellos “artificios” -como los llamó Hobbes- el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base fundamental de la democracia.⁷⁵

2.3.1 PRINCIPIOS DEL GARANTISMO.

Sin embargo, en el derecho penal de los ordenamientos desarrollados en un producto predominantemente moderno. Los principios por los cuales el autor Luigi Ferrajoli funda su modelo garantista clásico -*de estricta legalidad, de materialidad, y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre las partes y la presunción de inocencia*- en gran parte son como el gran sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal.

Así pues, el garantismo está fundado en el convencionalismo penal y la estricta legalidad, el primero de estos elementos es el convencionalismo penal, tal y como resulta del principio de estricta legalidad en determinación abstracta de lo que es punible.

⁷⁵ Ferrajoli, Luigi, Op. cit., paginas 28 y 29.

Este principio exige dos condiciones: el carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación y el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas. “La desviación punible, según la primera condición, no es la que por características intrínsecas u ontológicas es reconocida..., es más bien, la formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario para la aplicación de la pena, según la clásica fórmula mencionado por Ferrajoli el cual es *Nulla poena et nullum crimen sine lege* (no hay pena y no hay delito sin ley)”.⁷⁶

Es decir, “el principio de estricta legalidad se propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir por arbitraria y discriminatoria las convenciones penales referidas no a hechos, sino directamente a personas y por tanto, con carácter constitutivo antes que regulativo de lo que es punible ...”.⁷⁷

Por estos diremos, en cuanto a los “dos logros fundamentales de la teoría clásica del derecho penal y de la civilización jurídica liberal se trataban de esta concepción. El primero es la garantía de los ciudadanos de una esfera intangible de la libertad asegurada por el hecho de que al ser punible, solo lo que está prohibido por la ley, nada de lo que la ley prohíbe es punible, sino que es libre y está permitida...”.⁷⁸

En donde, los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminada a asegurar, respecto de los otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio y, por tanto delimitación de la potestad punitiva y tutela de persona contra la arbitrariedad.

⁷⁶ *Ibidem*, página 34.

⁷⁷ *Ibidem*, página 35.

⁷⁸ *Ídem*.

Sin embargo, el autor nos hace la diferencia de la cual existe entre el principio de estricta legalidad y el de mera legalidad, donde hace recalcar que desde ahora en adelante denominará a la reserva de ley “*principio de mera legalidad*”, que como quiera que se formule, es una norma dirigida a los jueces, a quienes prescribe la aplicación de las leyes; y usara la expresión de “*principio de estricta legalidad*” para designar la reserva absoluta de la ley, que es una norma dirigida al legislador, a quien prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales.⁷⁹

Por otra parte, digamos que: “en consecuencia... el presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito no sólo por la ley, sino también por la hipótesis de la acusación de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial según la fórmula ‘*Nullum poena et nulla culpa sine indicio*’ (no hay pena y no hay culpabilidad sin juicio).⁸⁰

Al propio tiempo, para que el juicio no sea apodícticos sino que se base en el control de empírico, es preciso también que las hipótesis acusatorias, como exige la segunda condición, sean concretamente sometidas a verificación y expuestas a refutación de forma que resulten contra validadas sólo si resultan apoyadas por pruebas y contrapruebas según la máxima *Nullum indicio sine probatione*.⁸¹

En consecuencia, se dice entonces, si una justicia penal completamente con verdad constituye una utopía, una justicia penal completamente sin verdad equivale a un sistema de arbitrariedad. El juicio penal -como por lo demás toda actividad judicial- es un saber poder, es decir, una combinación de conocimiento (*veritas*) y de decisión (*auctotitas*).

Sin embargo, las garantías legales y procesales, además de garantías de libertad, sino también garantías de verdad; y que saber y poder en medida distinta en el juicio según aquellas sean más o menos realizables y satisfechas.

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ Ferrajoli, Luigi, Op. cit., pagina 37.

⁸¹ Ídem.

Tomando en cuenta que la definición de la noción de verdad formal o procesal y el análisis de las condiciones en las que una tesis jurisdiccional es (o no es) verificable y verificada forman, pues, el primer momento de la teoría analítica de derecho y del proceso penal y, a la vez, los principales parámetros de un sistema penal garantista.

Sin una adecuada teoría de la verdad, de la verificabilidad procesal, toda la construcción ilustrada del derecho penal que él multicitado autor a denominado *cognoscitivo o garantista* termina apoyado en la arena; y termina descalificadas en cuanto puramente ideológicas, las funciones civiles y políticas asociadas a ellas.

Es claro diferenciar en el conocimiento científico, las decisiones sobre la verdad que intervienen en el juicio penal expresan un poder, dado que forman el presupuesto del silogismo práctico, el cual concluye con un fallo, sea de absolución o de condena. Se trata sin embargo de un poder de comprobación o de verificación distinto de cualquier otro tipo de poder público y típicamente propio de la función judicial, en el grado del garantismo de los sistemas penales concretos según el grado de decidibilidad de la verdad procesal que permiten normativamente y se satisfagan efectivamente.

El problema del garantismo penal es elaborar técnicas en el plano teórico, hacerles vinculantes en el plano normativo y asegurar su efectividad en el plano práctico.

Estas técnicas -que corresponden a otros tantos límites, garantías o condiciones de legitimidad del ejercicio del poder judicial-, además, establecerá una serie de principios los cuales denominara *cognoscitivo o garantistas*, respecto de otros sistemas cuyo grado de garantismo es decreciente por carecer de uno o varios principios.⁸²

⁸² Ferrajoli, Luigi, Op. cit., página 70.

Por su parte, estos principios formulados todos ellos en la forma de proposiciones de implicación o condicionales, en realidad están ligados entre sí. Es posible formalizarlos, aislar los fundamentales de los derivados y ordenarlos dentro de sistemas o modelos axiomatizados más o menos complejos y exigentes según los incluidos o excluidos por cada uno de ellos.

En donde, desde ahora conoceremos los términos en que Luigi Ferrajoli mencionara en la formulación de *los principales principios dentro del garantismo* son: *pena, delito, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa.*

Cada uno de estos términos excluido obviamente el primero, designa una condición necesaria para la atribución de la pena, dentro del modelo del derecho penal que él mismo concurre a definir.

Los axiomas garantistas-formados por las implicaciones entre cada término de la serie aquí convenida y los términos posteriores- no expresan proposiciones asertivas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino que las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o parámetros de justificación externa.

Se trata de una implicación deóntica normativa o deber ser, la adopción de estos modelos, comenzando por *el garantismo penal en máximo grado*, supone, pues, una opción ético-político a favor de los valores normativamente tutelados por ellos, en donde cada una de las implicaciones deónticas o principios de la cual se compone todo modelo del derecho penal enuncia una condición *sine qua non*, esto es, una garantía jurídica para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena.

La función específica de las garantías del derecho penal, no es tanto en permitir o legitimar, más bien, condicionar o vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva. Precisamente por que delito, ley, necesidad, ofensa, acción y culpabilidad designan requisitos o condiciones penales, mientras que juicio, acusación, prueba y defensa designan requisitos o condiciones procesales a las cuales denomino a las primeras garantías penales y a las segundas garantías procesales.⁸³

A lo anterior, lo denomina como *sistema garantista o modelo garantista*, mismo, que es aquel que incluye toda la serie de principios tanto garantía penales como procesales los cuales ordenados y conectados entre sí, sistemáticamente definen el modelo garantista.

En consecuencia, para este efecto postula que se puede sancionar penalmente sólo si se cumplen los diez postulados de su teoría a la cual la denomina garantista, cognitivo o de estricta legalidad al sistema penal modelo límite, solo tendencialmente y nunca perfectamente satisfacible. Su axiomatización resulta de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, que a continuación mencionaremos siguiendo una escolástica, con otras máximas latinas:

Axioma 1 Nulla poena sine crimine.

Axioma 2 Nullum crimen sine lege.

Axioma 3 Nulla Lex (poenalis) sine necessitate.

Axioma 4 Nulla necessitas sine iniuria.

Axioma 5 Nulla iniuria sine actione.

Axioma 6 Nulla actio sine culpa.

Axioma 7 Nulla culpa sine iudicio.

Axioma 8 Nullum iudicium sine accusatione.

Axioma 9 Nulla accusatio sine probatione.

*Axioma 10 Nulla probatio sine defensione.*⁸⁴

⁸³ *Ibídem*, página 92.

⁸⁴ *Ibídem*, página 93.

Lo anterior se puede aplicar, por su parte lo denomina a estos principios o axiomas, además de las garantías penales y procesales por ellos expresadas, respectivamente:

- 1) Principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito;
- 2) Principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto;
- 3) Principio de necesidad o de economía del derecho penal;
- 4) Principio de lesividad o de la ofensiva del acto;
- 5) Principio de materialidad o de la exterioridad de la acción;
- 6) Principio de culpabilidad o de responsabilidad personal;
- 7) Principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto;
- 8) Principio acusatorio o de la separación del juez y acusación;
- 9) Principio de la carga de la prueba o de verificación;
- 10) Principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación.

En los cuales, estos diez principios o axiomas, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen -con cierto forzamiento lingüístico- el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Siendo estos explicados y aplicados estos principios anteriormente a nuestro derecho constitucional penal mexicano.

La observación de estos principios se traduce en un sistema de someter la intervención punitiva del estado –tanto en previsión legal de los delitos, como en su constatación judicial- a rígidos límites impuestos en defensa de los derechos de la persona.

En lo que se refiere al delito, el garantismo proclama ante todo los siguientes axiomas del sistema garantista, cognitivo o de estricta legalidad al sistema penal, como límites al poder punitivo del estado:

Los relativos a las garantías penales substanciales son:

1.- De legalidad (*nullum crimen sine lege*; párrafo tercero del artículo 14 constitucional), desde dos vertientes:

- a) En sentido amplio, común o todo ordenamiento jurídico, equivale a la descripción previa del comportamiento para poder ser penado; establecimiento de las conductas que deben sancionarse para mantener el orden.
- b) En sentido restringido o estricto comprende dos partes: la ley penal confeccionada por el legislador ordinario (reserva absoluta –convencionalismo penal-); y la ley penal definida plena en forma clara, indudable y unívoca.

Aquí se encuentra el subprincipio de prohibición de analogía , es decir, que no se puede imponerse una pena si el comportamiento no está descrito previamente pero es parecido a otra conducta que sí tiene sanción.

2.- De necesidad o de intervención mínima (*nulla lex poenalis sine necessitate*; artículos 14, 17, 21, 50 y 71 constitucionales), comprende dos aspectos:

- a) Imposición de las penas mínimas necesarias

- b) Máxima economía en la configuración de los delitos, es decir, elevar a categoría de hecho punible sólo que en realidad sea grave, provoque mayor inseguridad pública y que se reconozca como incontrolable de otra manera. El soporte es de fácil percepción: como el derecho penal es la forma de reacción más severa, este principio implica que las leyes se hagan, y se acudan a ellas sólo como último remedio en la solución de conflictos.

Encontramos como consecuencia el subprincipio de oportunidad que consiste en que la autoridad estatal, por razones de prevención, necesidad y conveniencia del castigo penal –política criminal-, en ciertos casos prescinde de la persecución de algunos delitos (en el caso de nuestro sistema jurídico se encontrarían como ejemplos la conciliación, mediación, cusas de exclusión de las penas o excusas absolutorias; ya que en otros países como Alemania y España, el propio Ministerio Público prescinde del ejercicio de la acción, incluso de los delitos que se persiguen de oficio si a su consideración se causaría más daño con el procedimiento a la sociedad y los sujetos involucrados).

3.- De lesividad u ofensividad del acto (*nulla necessitas sine iniuria*; apartado B del artículo 20 y 21 constitucional), que sólo sea delictiva aquella conducta que en realidad cause un daño a un bien jurídico, material o formalmente hablando.

4.- De materialidad o de exterioridad de la acción –conducta- (*nulla iniuria sine actione*; artículo 6 y 14 constitucional), se requiere de la presencia humana; una conducta voluntaria y razonable; imposibilidad de sancionar las simples ideas, deseos o finalidades. Para que el comportamiento sea punible se requiere la traslación del pensamiento al mundo perceptible o sensorial.

5.- De culpabilidad o responsabilidad personal (*nulla actio sine culpa*; artículos 16, 19, 20 apartado A fracción II), comprende:

- a) Relación del comportamiento objetivo con el aspecto interno del hombre; toda conducta tiene metas y fines; ninguna responsabilidad puede emanar de las características personales del autor y tampoco puede surgir de la personalidad social, sino del hecho que realizó (culpabilidad de hecho contra culpabilidad de autor); y
- b) Responsabilidad penal individual; la pena solamente se aplica al autor del hecho.

En lo relativo al proceso, las garantías procesales y orgánicas, es decir del mecanismo por medio del cual se llega a imponer una pena, continua con los siguientes principios.

6.- De jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*; artículos 13, 14 16, 17, 21 y 102 apartado A constitucionales), siendo:

I.- En sentido amplio, se refiere a tras garantías fundamentales tutelables en cualquier tipo de proceso, ya sea inquisitivo o acusatorio:

- a) *Habeas corpus* o protección de los derechos del individuo frente a las conductas autoritarias del estado que pueden lesionarlo.
- b) Juicio legal, siendo dirigido por una persona autónoma, imparcial e independiente. La denominada reserva de jurisdicción, proclama la independencia interna o externa de la judicatura; único que puede calificar a la persona como culpable.
- c) *Presunción de inocencia* o imposibilidad de tratar a una persona definitivamente como responsable antes de la terminación de un proceso legal.

II.- En sentido estricto, implica la adopción del sistema de enjuiciamiento criminal o el modelo acusatorio dentro del proceso penal, con todas sus garantías.

7.- Principio acusatorio o de la separación del juez y acusación (*nullum iudicium sine accusatione*; artículos 20, 21 y 102 apartado A constitucionales), o proceso penal en el que principalmente exista clara separación entre acusación y juzgamiento, así como paridad entre acusación y defensa, y el juicio sea público y oral. La autoridad acusadora es aquella que debe solicitarle al juez que califique la culpabilidad del sujeto.

8.- De la carga de la prueba o verificación (*nulla accusatio sine probatione*; artículos 20 apartado A fracción II, 21 y 102 constitucionales), demostrar la conducta desviada; se deposita en el estado, concretamente a quien tiene la tarea de acusar.

9.- Derecho del contradictorio, de defensa o reputación (*nulla probatio sine defensione*; artículos 14, 16 y 20 apartado A fracciones II, IV, V, VII y IX constitucionales), o necesidad de enfrentar la acusación con igualdad de condiciones y con posibilidad de conocer y contradecir toda prueba de imputación.

10.- De retribución o de la sucesividad de la pena respecto del delito (*nulla poena sine crimine retribución*; artículos 14, 18, 20 apartado A fracción X y 22 constitucionales), como consecuencia de un hecho reprochable procede la imposición de una pena, en la sentencia se establece la existencia del delito, una vez que han sido observados todos los principios anteriores.

Para el garantismo, el delito es sólo una calificación jurídica y no moral, sociológica o antropológica, estas últimas cuestiones aparecen antes, a la hora de definir qué conductas deben criminalizarse, forma parte de la legitimación externa del derecho; una vez creada la norma de su aplicación sólo debe responder a la razón jurídica.

Fueron elaboradas sobre todo por el pensamiento *ius naturalista* de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos morales o naturales de limitación del poder penal absoluto. Y han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados convirtiéndose así en principios jurídico del moderno estado de derecho.⁸⁵

Para ello, los primeros tres axiomas responden a las preguntas cuando y como castigar lo cual corresponde a la pena, así mismo los axiomas 4, 5, y 6 responden a las preguntas cuando y como prohibir lo que expresan garantías relativas al delito, y lo relacionado a las preguntas cuando y como juzgar corresponde a los axiomas 7, 8, 9 y 10, los cuales son las garantías relativas al proceso.

Sin embargo, “es claro que el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no solo a la tutela de las libertades de los ciudadanos respecto al arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza. Con ello resulta excluida de hecho la responsabilidad penal todas las veces que sean inciertos o indeterminados sus presupuestos.

Bajo este aspecto existe un nexo profundo entre el garantismo y el racionalismo. Un derecho penal es racional y cierto en la medida que en sus intervenciones son previsible; y son previsibles sólo las motivadas con argumentos cognoscitivos de los que sea decidible procesalmente inclusive con los límites de la existencia de los axiomas.

Y una norma de clausura del modelo del derecho penal mínimo informada por la certeza y la razón es el criterio a *favor rei*, que no sólo permite sino que exige intervención potestativa y valorativa de exclusión o de atenuación de responsabilidad cada vez que existe incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena.

⁸⁵ Ídem.

A este criterio son referibles instituciones como: *la presunción de inocencia del imputado* hasta la sentencia definitiva, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la absolución en caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica ...⁸⁶

En contraposición, a lo anterior diremos, en cuanto que el modelo del derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza, además de que por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación.

Debido a estos reflejos, el substancialismo penal y la inquisición procesal son las vías más idóneas para permitir la máxima expansión e incontrolabilidad de la intervención punitiva y a la vez su máxima incertidumbre e irracionalidad.

Por un lado, en efecto, la equivalencia sustancialista entre delitos *mala in se*, aun cuando en abstracto pueda parecer un criterio más objetivo y razonable que el nominalista de la identificación del delito con lo que es declarado tal por el legislador, concluye en ausencia del límite más importante del arbitrio punitivo que, es la principal garantía de certeza: la rígida predeterminación respecto del proceso de lo que es calificable como delito,⁸⁷ y agrega, la certeza del derecho penal máximo de que ningún culpable quede impune se basa en el criterio opuesto pero igualmente subjetivo, *in dubio contra reum*, indica una aspiración autoritaria. Más en general, la idea recurrente de que el proceso penal debe conseguir golpear a todos los culpables es el fruto de una ilusión totalitaria.⁸⁸

⁸⁶ Ferrajoli, Luigi, Op. cit., pagina 104.

⁸⁷ *Ibidem*, pagina 105.

⁸⁸ *Ídem*.

La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. En contraposición la certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune.⁸⁹

Diremos, *la certeza del derecho penal mínimo* es que ningún inocente sea castigado viene garantizado por el principio *in dubio pro reo*. Es el fin al que tienden los procesos regulares y sus garantías. Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta pueda en contrario: es necesaria la prueba -es decir, la certidumbre, aunque sea subjetiva- no de la inocencia sino de la culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre.

La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia a favor del imputado precisamente por que la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas, y no a los de las absoluciones y de las no penas.⁹⁰

En consecuencia, la certeza del derecho penal máximo de que ningún culpable quede impune se basa en cambio en el criterio, opuesto pero igualmente subjetivo, *in dubio contra reum*.⁹¹ Y al respecto el garantismo se establece “*el principio a favor rei*” del que la máxima *in dubio pro reo* es un corolario- no sólo no contradice sino que es incluso una condición necesaria para integrar el tipo de certeza racional perseguida por el garantismo penal.⁹²

⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, Op. cit., pagina 106.

⁹⁰ Ídem.

⁹¹ Ferrajoli, Luigi, Op. cit., pagina 107.

⁹² Ídem.

Para lo cual, sostiene Ferrajoli que al existir diversas razones contrapuestas en relación a la mayéutica de discusión y de investigación, de igualdad con el derecho a la palabra que excluyen verdades de autoridad y postulan la libertad y la paridad de los disputantes, la tolerancia de las hipótesis y argumentaciones en conflicto, la relatividad y la provisionalidad de las pruebas y los juicios en el campo de las *civiles quastiones*.

Por su parte, estos presupuesto humanistas fueron los que dieron origen y alimento -aun dentro de innumerables caídas y discontinuidades- a la estructura acusatorias del proceso penal clásico y a la mayor parte de *las garantías procesales* como son: *la carga de la prueba a cargo del acusador y la presunción de inocencia hasta prueba en contrario*, el contradictorio entre las partes como método de búsqueda de la verdad, la imparcialidad y la ajenidad del juez respecto de la contienda, la prudencia y la duda como método de investigación y estilo intelectual, los criterios de exclusión de las pruebas increíbles por la fuente o irrelevantes por el objeto, y la libre convicción del juez argumentada sin embargo *iuxta alligata et probata*.⁹³

Asimismo, Ferrajoli afirma que conforme al principio de estricta legalidad que la condena y la pena no provienen de la prueba sino del delito, en este sentido, el principio de la libre convicción del juez no representa un criterio positivo de decisión sobre la verdad alternativo al de las pruebas legales, sino que equivale simplemente al rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la condena y la pena.

Precisamente, lo anterior significa que aquel:

- 1) la no presunción legal de culpabilidad en presencia de tipos de prueba abstractamente previstos en la ley;
- 2) la presunción de inocencia en la ausencia de las pruebas concretamente convincentes de su falsedad;

⁹³ Ferrajoli, Luigi, Op. cit., pagina 138.

- 3) la carga para la acusación de exhibir tales pruebas, el derecho de defensa para refutarlas y el deber del juez de motivar conforme a ellas la propia convicción en caso de condena; y
- 4) la cuestión habilidad de cualquier prueba, que siempre justifica la duda como hábito profesional del juez conforme a ello permite la absolución.⁹⁴

Además, en el plano jurídico, manifiesta que en consecuencia de las pruebas legales negativas equivalen a una garantía contra la convicción errónea o arbitraria de la culpabilidad, asegurando normativamente la necesidad de la prueba y la presunción de la inocencia hasta prueba en contrario.⁹⁵

Pero, a diferencia con lo que ocurre con las pruebas legales negativas, esta configuración de la prueba obliga a la producción de determinadas pruebas sino simplemente de pruebas, pero en analogía con tal sistema, exige como condición necesaria del convencimiento justificado, idóneo para superar la presunción de inocencia, la producción de varias pruebas compatibles, conforme al criterio de la coherencia, con la hipótesis probada.

La presencia o ausencia de pruebas no permiten, por otra parte, como en las pruebas legales positivas y negativas, la deducción de la culpabilidad o la deducción contraria de la inocencia, sino que son sólo condiciones, respectivamente necesarias y suficientes, para justificar la decisión de la inducción de una o de otra.⁹⁶

⁹⁴ Ibídem, página 139.

⁹⁵ Ibídem, página 148.

⁹⁶ Ibídem, página 150.

2.3.2 CONCEPTO DE GARANTISMO PENAL.

Sin embargo, diremos que *el garantismo penal* es ante todo un modelo cognoscitivo de identificación de la desviación punible basado en una epistemología convencionalista y refutacionista (o falsacionista) hecha posible por los principios de estricta legalidad y jurisdiccionalidad.

Es además, un modelo estructural del derecho penal caracterizado por algunos requisitos sustanciales y por algunas formas procedimentales en gran parte funcionales a tal epistemología: como la derividad de la pena respecto del delito, la exterioridad de la acción criminal y la lesividad de sus efectos, la culpabilidad o responsabilidad personal, la imparcialidad del juez y su separación de la acusación, la carga acusatoria de la prueba y los derechos de defensa.⁹⁷

Por otra parte, el hecho de que las decisiones penales mediante las que se ejerce el poder de suposición, no versen sobre verdad procesal sino sólo o predominantemente con juicios de valor, no vinculados en cuanto tales a previsiones legales taxativas.

Pero también los juicios de valor son susceptibles de argumentación y de control conforme a criterios pragmáticos de aceptación, estos criterios no son más que los principios generales del ordenamiento, las decisiones sobre la verdad procesal con las que se resuelven las incertidumbres creadas por los defectos de la denotación de los supuestos típicos legales: tales como, por ejemplo, el criterio del *favor del rei* y su corolario *in dubio pro reo*, el de la (relativa) coherencia con los precedentes jurisdiccionales, y por tanto, de la paridad de tratamiento en los casos (relativamente) iguales.⁹⁸

⁹⁷ *Ibíd.*, página 169.

⁹⁸ *Ibíd.*, página 173.

Sin embargo, Luigi Ferrajoli escribe un capítulo esclarecedor, el cual denomina “los costes de la justicia y los costes de la injusticia”, en el que se pregunta acerca de los costes que tiene el sistema penal en lo que lo define como “una técnica de definición comprobación y representación de la desviación de los comportamientos”, y agrega que: Esta técnica, sea cual sea el modelo normativo y epistemológico que la informa, se manifiesta en restricciones sobre las personas y sobre las potenciales desviados y de todos aquellos que sospecha o son condenados como tales.

Las restricciones son tres, y corresponden cada una de ellas a tres momentos ya indicados de la técnica punitiva que analizare separadamente, dedicados al delito, a la pena y al proceso, añade que: *la primera* restricción consiste en la definición o prohibición de los comportamientos clasificados por la ley como desviados, y por tanto en una limitación de la libertad de acción de todas las personas. *La segunda* consiste en el sometimiento coactivo a juicio penal de todo aquel que resulte sospechoso de una violación de prohibiciones penales. *La tercera* consiste en la represión o punición de todos aquellos a quienes se juzgue culpable de una de dichas violaciones.

Ahora bien, desde el punto de vista de los acusados, este conjunto de constricciones constituye un coste que tiene que ser justificado, recae no solo sobre los culpables, sino también sobre los inocentes. Si de hecho todos están sometidos a las limitaciones de la libertad de acción prescrita por las prohibiciones penales.

No todos y sólo aquellos que son culpables de violaciones se ven sometidos a proceso y a la pena; no todos ellos, por que muchos se sustraen al juicio y más aún a la cadena; ni sólo ellos siendo muchísimos los inocentes forzados a sufrir por la inevitable imperfección y falibilidad de cualquier sistema penal, el juicio, acaso la prisión preventiva y en ocasiones el error judicial, y agrega que, al coste de la justicia depende de las opciones penales del legislador -las prohibiciones de los comportamientos que se ha considerado delictivos, las penas y los procesos contra sus transgresores- se añade por tanto un altísimo coste de injusticias, que dependen del funcionamiento concreto de cualquier sistema penal.

A lo cual, llaman los sociólogos la cifra negra de la criminalidad -formada por el número de culpable que sometidos o no a juicio quedan impunes o ignorados- ha de añadirse una cifra no menos oscura, pero aun más inquietante e intolerable de la formada por el numero de inocentes procesados y a veces condenados.

Llamaré cifra de la ineficiencia a la primera de estas cifras y la cifra de la injusticia a la segunda. En la que se incluyen:

a) Los inocentes reconocidos como tales en sentencias absolutorias tras haber sufrido el proceso y en ocasiones haber estado en prisión preventiva;

b) los inocentes condenados por sentencia firme y ulteriormente absueltos a resultas de un procedimiento de revisión;

c) las victimas cuyo número quedará siempre sin calcular -verdadera cifra negra de la injusticia-, de los errores judiciales no reparados, y añade, si los costes de la justicia y los costes opuestos de la ineficiencia pueden ser justificados positivamente y los otros tolerados sobre la base de teorías e ideologías de la justicia, los costes de la injusticia resultan, sin embargo, injustificables por este camino y consienten para el sistema penal que los produce solo una justificación eventual y negativa respecto a los costes aún mayores que provendrían de la ausencia de cualquier clase de derecho y garantía penal.

Pero la cifra de las injusticias, como es fácil comprender a partir del análisis desarrollado hasta el momento, sobre todo el producto de las carencias normativas o de ineffectividad práctica.

De las garantías penales y procesales dispuestas precisamente como diques contra la arbitrariedad; y el error es tanto mayor cuanto más crece el poder judicial de disposición, el que ya se ha “puesto de manifiesto al menos por lo que respecta a los ordenamientos modernos, su ilegitimad jurídica y su injustificabilidad política”.⁹⁹

No cabe duda que los argumentos emitidos por Ferrajoli sobre este punto son de mucho valor. Existen costos intangibles de la justicia que hay que tener presentes cuando se toman decisiones en materia de construcción de los sistemas penales y procesales penales, por que tienen consecuencias que sólo son justificables cuando se realiza el peso y el contrapeso de todos los costos sistémicos o no.

Por esto, no cabe duda que los problemas expuestos por Ferrajoli sobre este punto son una de las difíciles soluciones. Pero la ecuación penal todavía no esta completa sin considerar a la victima, no sólo por lo que respecta a las pasadas, sino fundamentalmente a las futuras.

Por otra parte, la justificación del derecho penal se puede descomponer a groso modo en tres cuestiones ulteriores, es decir, a tres tipos de constricciones penales de las que se mencionaron anteriormente.

La primera es la clásica en el pensamiento jurídico filosófico de la justificación en general del derecho a castigar, es decir, la pena. *La segunda* tiene que ver con la justificación de las opciones que guían la definición de los presupuestos de las penas, esto es, de los hechos calificados como delitos. *La tercera* se refiere a la justificación de las formas y procedimientos de investigación de los delitos y de la aplicación de las penas, es decir, del proceso penal.

Cada una de las tres cuestiones puede ser descompuesta a su vez en otra cuatro preguntas más precisas, relativas al sí, porqué, cuándo y al cómo de la intervención penal.

⁹⁹ *Ibídem*, página 211.

Tendremos por consiguiente cuatro preguntas relativas a la admisibilidad, al fin, a los presupuestos y a las formas de las penas, de las prohibiciones y de los juicios penales; *sí, porqué, cuándo y cómo castigar, sí, porqué, cuándo y cómo prohibir, sí, porqué, cuándo y cómo juzgar.*

Las doce preguntas están conectadas entre sí de diversos modos: las cuestiones relativas al sí tienen de hecho carácter preliminar respecto a todas las demás, las relativas al porqué lo tienen respecto a las referentes al cuándo y al cómo; y las que hacen referencia al cuando y al cómo prohibir tienen respectivamente el carácter preliminar en relación con los referentes al cuando castigar y al cómo juzgar.¹⁰⁰

Por su parte, diremos que *el garantismo* va a significar precisamente la tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún en contra de los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal.¹⁰¹

Además, el conjunto de garantías penales estudiadas quedaría incompleto sino estuviese o fuese acompañado por el conjunto correlativo o mejor dicho, subsidiario de las garantías procesales, expresadas por los principios que responden a las preguntas de cuándo y cómo castigar: *la presunción de inocencia* hasta prueba en contrario, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa los cuales estos dos últimos estudiaremos más adelante dentro del derecho penal vigente en México se aplica.

Además, manifestaremos que el conjunto de garantías penales, al subordinar la pena a los presupuestos sustanciales del delito -lesión. Acción y culpabilidad- serán efectivas en la medida de que éstos sean objeto de un juicio en el que resulten al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control.

¹⁰⁰ Ídem.

¹⁰¹ Ferrajoli, Luigi, Op. cit., pagina 335.

Por eso las garantías procesales, y en general las normas que regulan la jurisdicción se llaman también instrumentales frente a las garantías y a las normas penales, designadas como sustanciales.¹⁰²

Por su parte, en relación al principio de jurisdiccionalidad el multicitado autor menciona dos tipos de garantías, en donde éstas son garantías orgánicas, las cuales corresponden a la formación de un juez, a su colocación institucional respecto de los demás poderes del estado y los otros sujetos del proceso. Por ello denomina a otras garantías procesales o relativas al juicio, es decir, a la recolección de pruebas, el desarrollo de la defensa y la convicción del órgano jurisdiccional.

Por otra parte, en dichas garantías procesales encuadra a *la presunción de inocencia*, en donde nos hace referencia a Luigi Lucchini, quien considera a “*la presunción de inocencia* como “la primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano: presunción *iuris*, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario. La culpa y no la inocencia, debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa- y no la de la inocencia, que se presume desde el principio- la que forma el objeto del juicio.”¹⁰³

Por su parte, el principio de jurisdiccionalidad resulto trivializado, *la presunción de inocencia*, fue rehabilitado por la doctrina, cuando no perdió parte de su contenido, se vio debilitado en los significados garantistas que cabe asociarle: tanto en su sentido de regla de tratamiento del imputado, que excluye o al menos restringe al máximo la limitación de la libertad personal, que como en el de regla de juicio que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda.

¹⁰² *Ibidem*, página 537.

¹⁰³ *Ibidem*, página 549.

En otro sentido, manifestaremos que en el modelo garantista del proceso acusatorio, informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse.¹⁰⁴

En consecuencia, diremos que el modelo penal garantista que menciona Luigi Ferrajoli, donde, el mismo se encuentra plasmado en diversas constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y legitimidad de la intervención punitiva, lo cual se encuentra desatendida en la práctica. Esta divergencia que existe entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquél una simple fachada.

Sin embargo, estableceremos que el garantismo nació en el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la citada divergencia. En donde, podemos mencionar *tres acepciones* de la palabra *garantismo*, donde, *la primera* acepción designa un modelo normativo de derecho, en términos generales va a asegurar los derechos normativamente proclamados en una constitución, misma que puede ser avanzadísima por los principios y derechos que sancionan, sin embargo, no pasar a ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas -es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y derecho legítimo.

La segunda acepción del garantismo es que designa una teoría jurídica de validez y de efectividad, lo cual, la palabra *garantismo* expresa una aproximación teórica que mantiene separados el ser con el deber ser en el derecho; la teoría que contribuye a fundar es una teoría de divergencia entre normatividad y realidad, entre derecho válido y derecho efectivo, uno y otro vigentes.

¹⁰⁴ *Ibidem*, página 608.

Esta perspectiva crítica es interna, científica y jurídica, en el sentido de que asume como universo del discurso jurídico la totalidad del derecho positivo vigente, evidenciando sus antinomias¹⁰⁵ en vez de ocultarlas y deslegitimando así desde el punto de vista del derecho válido.

Por su parte *la tercera acepción del garantismo* es referente a que designa una filosofía política que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye la finalidad de ambos, es decir, presupone la separación entre derecho y moral en donde se refiere entre el ser y el deber ser del derecho.

Cuando se obre en el tratamiento del modelo garantista clásico de matriz estrictamente penal en cuanto nacido como técnica de minimización de la violencia reactiva de las instituciones de ese ámbito, lastradas por la herencia del antiguo régimen, para concluir con una teoría del garantismo.

Aquí, éste, a tenor de la profundidad de las implicaciones del constitucionalismo actual, de ser un mera mecanismo regional de garantía jurídica *ad extra*, pasará a expresar una nueva forma de normatividad del derecho en relación consigo mismo.

De este modo, hoy, decir garantismo es, en rigor, una forma -expresiva y cargada de sentido- de llamar a la democracia constitucional la propia del estado constitucional del derecho.

Pues, según el propio Luigi Ferrajoli, aquél, nacido, es cierto, en el campo del derecho penal, es un nuevo paradigma de la teoría jurídica en general, extensible a todo el campo de los derechos subjetivos y todos los poderes en su conjunto, incluidos los privados.

¹⁰⁵ Esto significa que existe una contradicción entre dos preceptos de una ley (es) o principios que son iguales en fecha o declarados vigentes, en su aplicación práctica por un caso jurídico. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española. Tomo I*, Madrid, 1984, 20ª edición, editorial Real Academia Española, pagina 101.

Aunque, en todo caso y con independencia de esa ampliación del concepto, es lo cierto que el garantismo penal, que es penal-procesal, no ha perdido su autonomía conceptual, en la medida en que tiene que ver con problemas específicos de un calificado sector del ordenamiento y de las prácticas institucionales.

2.4 EL DERECHO DE DEFENSA.

2.4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Para comenzar el análisis y el estudio del derecho de defensa como una garantía que tiene el inculpado al comienzo de su procedimiento, conocemos primero que nada algunos antecedentes que constriñen al origen de este derecho.

Comenzaremos estableciendo que la defensa es entendida como un derecho es un síntoma inequívoco de progreso en el orden jurídico procesal, mismo que desde la antigüedad, en algunas legislaciones, se aludía a la misma.

Por su parte para González Bustamante y Franco Sodi, señala: “El antiguo testamento Isaías y Job dieron normas a los defensores para que su intervención tuvieran éxito las cuestiones a favor de los mentecatos, de los ignorantes, de los menores, de las viudas, y de los pobres, cuando sus derechos se hubieran sido quebrantados”.¹⁰⁶

En el caso del derecho griego, aunque en forma incipiente, hubo noción de la defensa; se permitió al acusado, durante el juicio, defenderse por sí mismo o por un tercero.

¹⁰⁶ Colín Sánchez, Guillermo, Op. Cit., pagina 242.

Por su parte durante el Derecho Romano se le dio mayor importancia a la defensa; en un principio se fundó la institución del patronato. El patronato, ejercía algunos de los actos de defensa a favor de los procesados, y más tarde, según relata Rodolfo García Valdés, se constriñó a pronunciar un discurso a favor del criminal.

Posteriormente, la figura del defensor se transformó en consultor, en un verdadero *advocatus*; por sus conocimientos en jurisprudencia, se hacía cargo de patrocinio del procesado; no se conformó, únicamente, con la pronunciación del discurso, conjugó la técnica y la oratoria.

Para el caso de México, el derecho de defensa durante la época colonial, se adoptaron las prescripciones, que en este orden señalan las leyes españolas, y después de consumada la independencia nacional, se dictaron algunas disposiciones; no fue sino hasta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, cuando atendiendo a sus lineamientos, se advierte la verdadera importancia a esta institución.

Las garantías contenidas en la fracción IX a favor del indiciado en la etapa de la averiguación previa, establecidas con la reforma de 1993, el indiciado gozará del derecho de defensa, a que desde el inicio de la averiguación previa se le informara de los derechos contenidos en la constitución en los cuales uno de ellos es el que analizaremos en el presente capítulo el cual es el de tener una defensa adecuada, éste derecho puede ser objeto de ampliarse o reducirse en las leyes secundarias o procesales, los cuales se ve reflejado en el cuarto párrafo de la fracción X del artículo 20 constitucional así lo determina.

En cuanto a la primer garantía que establece la fracción IX del multicitado artículo, el Ministerio Público tiene la obligación de informar inmediatamente al indiciado que es puesto a disposición, de los derechos otorgados a su favor por parte de la ley suprema, es decir los contemplados en las fracciones I, II, V, VII, y IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La defensa es un derecho a favor del indiciado, es autónomo en relación con el derecho material, aunque no le asista la razón legal, por no encontrarse con alguna excluyente del delito a que hace regencia el artículo 15 del Código Penal Federal.

El Código Federal de Procedimientos Penales otorga más derechos de los que contempla la norma constitucional. Tal vez para nuestro estudio el más importante consiste en la obligación impuesta al Ministerio Público de levantar una constancia que efectivamente informó al indiciado de que goza de las garantías individuales, así como se aprecia como el indiciado puede ejercer sus derechos constitucionales, tal y como se aprecia en el inciso f) del artículo 128 del ordenamiento subjetivo.

Hasta antes de la reforma de 1993 la defensa se hacía presente cuando al indiciado se le tomaba su declaración preparatoria ante el órgano jurisdiccional, era hasta ese entonces que el sujeto activo del delito podía defenderse por sí, por abogado o por su persona de su confianza; o en su caso por defensor de oficio, además, la actividad de la defensa era motivada por el ejercicio de la acción penal, por lo tanto sin acusación no podía ser posible la defensa.

Por su parte la intervención del defensor, durante la averiguación previa, conforme al anterior texto constitucional, tenía como resultado procesalmente técnica, es decir, no tenía sentido, en virtud de que no existía aún acusación formal en contra del indiciado.

Después de la reforma de 1993 el derecho de defensa que tiene el indiciado ya podría ser ejercido durante la etapa de la Averiguación Previa, en la práctica en muchos de los casos, inicia al momento de la declaración ministerial del indiciado cuando nombra a su abogado, persona de confianza o defensor.¹⁰⁷

¹⁰⁷ La declaración ministerial: es la diligencia que por primera vez el indiciado tiene la posibilidad de manifestar lo que a derecho convenga ante la acusación del Ministerio Público de la Federación; por lo tanto, este es el momento ideal para que se designe defensor, sin embargo cuando ello ocurre ya se han desahogado las pruebas de cargo en las cuales el defensor no estuvo presente, violándose la garantía individual que tiene el indiciado. Guillén López, Raúl, *Las garantías individuales en la etapa de averiguación previa*, México, 2003, 1ª edición, editorial Porrúa, Pagina 128.

Únicamente para efectos de estudio podemos aislar al debido proceso o derecho de defensa, en una institución muy compleja y abarca numerosos aspectos que la propia jurisprudencia en muy distintos ordenamientos consagran, pues comprende instrumentos procesales como la publicidad del proceso; derecho a un juez natural, la oportunidad probatoria.

Uno de los aspectos del debido proceso en nuestra época es efectiva de las partes, como aplicación al principio genérico de igualdad de los gobernantes ante la ley, consagrado por el artículo 1º de la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789.

En este sentido es un derecho que tiene toda persona que se encuentra detenida por la consecuencia de cometer una conducta ilícita, donde, ésta garantía de defensa se encuentra consagrada en el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En el cual se estipula que el tener una “defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiera o no pudiera designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio” (inciso b). Como se podrá señalar aquí el inculpado goza de la garantía de defensa misma que el sujeto puede defenderse por sí y en tal virtud excluir -cosa que se extiende al proceso propiamente dicho- a un tercero defensor; empero que el inculpado al rendir su declaración no podrá realizarla si no se encuentra su defensor presente, aún cuando este ejerciendo personalmente su defensa.

Hay aquí, pues, una inconsecuencia que deberá resolverse en la forma que favorezca al reo, acaso a través de la designación de un defensor (abogado) o persona de confianza para el solo efecto de que asista al inculpado auto defendido en las diligencias de declaración en las que queda excluida la autodefensa.

En México, las leyes establecen el sistema de imprescindibilidad u obligatoriedad -cuando el defensor es considerado como sujeto procesal indispensable-(en el proceso judicial), a grado tal que aun contra la voluntad del enjuiciado debe el tribunal designarlo, e inclusive sancionar como nulo el acto procesal que no hubiera llamado o designado a su defensor.

No se discute en la actualidad si el derecho a la defensa es o no un derecho natural. La disquisición más al tratar de definir qué es la defensa, y esto importa mucho en nuestra época, en la cual aún se sostienen conceptos y prácticas aberrantes.

2.4.2 CONCEPTO.

Continuando con el estudio sobre el derecho de defensa, ahora pasaremos a conocer los diversos puntos de vistas que se has establecido sobre este tema, así estableceremos como algunos autores lo definen a este derecho, donde, diremos que la defensa -indica José Ovalle Favela- proviene del latín *defenderé* que significa “el rechazar un enemigo”, ‘rechazar una acusación o una injusticia’”.¹⁰⁸

Por su parte conoceremos cuando menos las acepciones que la voz defensa tiene en el derecho procesal siendo:

a) Como actitud del demandado a oponerse a los hechos (*causa petendi*) invocados por el actor, actitud consistente en oponer hechos impeditivos, modificativos o extintivos. Aunque este significado va más a lo material, es el que deriva del artículo 453 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

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

¹⁰⁸ Silva Silva, José Alberto, Op. Cit., pagina 195.

En este amplísimo sentido, la defensa del imputado, como reacción, tiende a interrumpir la seriación, a contra prender, anular, modificar o aclarar hechos, incluso a oponerse a las razones legales. Salvo excepciones, en la generalidad de los estudiosos, se confunde la defensa con el defensor; esto último es, la función con el sujeto que puede realizarla.

En el caso del autor Juan José González Bustamante manifiesta que la defensa es la función encaminada a “destruir las pruebas de cargo existentes, de tal manera que la resolución judicial que se pronuncie, se traduzca en una exculpación o al menos, en una mejoría de la situación jurídico-procesal que guarda el inculpaado”.¹⁰⁹

Sin embargo, el autor Herrera y Lasso, establece que la defensa es “el derecho de probar contra la prueba el derecho a demostrar que la autoridad probó errónea o insuficientemente”; incluso, más adelante agrega: aprovechar la oportunidad de desequilibrio que en proceso se presente (este desequilibrio no debe de propiciarlo el acusado o el defensor), “aunque ello se traduzca en una resolución de inculpabilidad del culpable, o de culpabilidad atenuada del que tuvo mayor”.¹¹⁰

Por su parte, tomando en cuenta la opinión de Fenech con relación a la defensa dice: “se entiende por defensa en sentido amplio toda actividad de las partes encaminada a hacer valer en el proceso penal sus derechos e intereses, en orden a la actuación de la pretensión punitiva y la de resarcimiento, en su caso o impedirlos según su posición procesal”.¹¹¹

Según la idea de Rafael de Pina, la defensa es la “actividad encaminada a la tutela de los intereses legítimos implicados en un proceso”.¹¹²

¹⁰⁹ *Ibidem*, página 196.

¹¹⁰ *Ídem*.

¹¹¹ *Ídem*.

¹¹² *Ídem*.

En términos de Colín Sánchez la defensa, en su connotación más amplia, ha sido considerada como un derecho natural e indispensable para la conservación de las personas, de sus bienes, de su honor y de su vida, ha sido objeto de una reglamentación especial en los diversos campos en los que puede darse; dentro del proceso penal es una institución indispensable.

Por su parte, Carrara¹¹³ señala que la sociedad tiene un interés directo en la defensa del acusado, porque necesita no de una pena que caiga sobre una cabeza cualquiera, sino el castigo del verdadero culpable y de este modo la defensa no es sólo de orden público secundario, sino de orden público primario.

Para Silvestre Graciano¹¹⁴, la defensa es una institución judicial que comprende al imputado y al defensor, llama al primero elemento individual y al segundo elemento social, los cuales en la defensa del derecho constituyen el instituto, agrega que el uno presupone al otro y la unidad de la función es una de sus características, aunque pueda cambiarse de defensor, esto es transitorio y no destruye la unidad de defensa, que es la esencia del instituto.

La institución de la defensa es producto de la civilización y las conquistas libertarias, es signo del sistema acusatorio y del progreso obtenido del orden jurídico procesal. Sus funciones son coadyuvar a la obtención de la verdad y proporcionar la asistencia técnica al procesado para evitar todo acto arbitrario de los demás órganos del proceso, por lo cual cumple con una función social.

La defensa es una función, una actividad que, enarbolando la bandera de la legalidad, debe tratar de impedir que durante la aplicación de la ley se cometan excesos. La defensa ha de impedir que el funcionario se extralimite en sus funciones legítimas y ha de aclararle lo que es confuso o lo que ignora.

¹¹³ Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, México, 2004, 2ª edición, editorial Mc Graw Hill, Página 248.

¹¹⁴ Ídem.

En un sentido todavía más amplio, la defensa no sólo es actividad de los órganos de la defensa, cabe el omitir proporcionar ciertos datos que de otra manera serían perjudiciales. Esto está apoyado por aquellos textos legales que conceden al imputado el derecho a callar (no declarar en su contra), o del defensor a guardar el secreto profesional. La defensa comprende a la vez el derecho a enterarse el motivo de la acusación, así como los actos procesales que han de practicarse.

Por su parte Luigi Ferrajoli¹¹⁵ afirma que: “La garantía de defensa consiste precisamente en la institucionalización del poder de refutación de la acusación por parte del acusado. Conforme a ella para que una hipótesis acusatoria sea aceptada como verdadera no basta que sea compatible con varios datos probatorios, sino que también hace falta que no sea contradicha por ninguno de los datos virtualmente disponibles. A tal fin, todas las implicaciones de las hipótesis deben ser explícitas y ensayadas, de modo que sean posibles no solo de las pruebas, sino también las contrapruebas... y la búsqueda de estas debe ser tutelada y favorecida no menos la búsqueda de aquellas”. Nos podemos dar cuenta como este autor, nos da puntos tan importantes como lo es que gracias a la garantía de defensa el acusado puede hacer valer los distintos medios de prueba lo cual a partir de estos el órgano acusador debe de dar datos suficientes en los cuales estos no deben ser contrarias a las pruebas ya existentes, sino se tendría como consecuencia por ello dejar libre a la persona que se le está acusando.

2.4.3 CARACTERÍSTICAS.

Ahora mencionaremos algunas características de este derecho de defensa las cuales son las siguientes:

-Es un derecho autónomo con respecto al derecho material, es decir, que aún cuando no le asista al imputado un derecho material (el derecho a la legítima defensa, el derecho a ejercer un derecho, el derecho a cumplir un deber), el derecho de defensa, etc.

¹¹⁵ Morales Brand, José Luis Eloy, *La Declaración del Inculpado. Medio de Defensa o Prueba de cargo*, México, 2006, 1ª edición, editorial Universidad Autónoma de Aguascalientes, página 138.

-Es un derecho contradictorio supone a la vez, de manera necesaria, una pretensión; es decir, la pretensión del imputado (demandado). A esta pretensión del demandado también se le conoce como contra pretensión. A través de esta contra pretensión (canaliza da por la vía de defensa) el sujeto pasivo del proceso introduce su excepción (defensa de fondo) o su defensa estricta (defensa procesal).

Pero el derecho de defensa no sólo implica el derecho de contradicción, sino también conocer el motivo de la acusación, el disponer del tiempo necesario, interponer los medios impugnativos correspondientes, alegar, presentar pruebas, etc.

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

Podemos recalcar que el derecho de defensa puede ser a través de que el mismo sujeto sea quien se defiende (defensa por sí), esto se refiere que podemos calificar como autodefensa en juicio, se ha conocido desde tiempos remotos. En éste sentido, el imputado realiza la propia actividad de defensa; no existe defensor ajeno, ni permite nombrarlo. Otra punto que hay que mencionar es el derecho de defensa abarca la posibilidad de que ésta debe de realizarse por otra persona quien va hacer la que realiza la defensa del imputado (defensa por otro o su defensor).

Otro sujeto procesal es el defensor, su presencia constituye una garantía constitucional para el probable sujeto activo del delito desde la averiguación previa.

De acuerdo con la definición de Eduardo Pallares,¹¹⁶ la palabra defensa, en derecho, tiene diversas acepciones:

¹¹⁶ Barragán Salvatierra, Carlos, Op. Cit., Pagina 247.

a) el acto de repelar una agresión injusta, y

b) los hechos o razones jurídicas que hace valer el demandado para destruir o enervar la acción del demandante.

De la palabra defensa derivan defensor y defensorio. Por defensor se entiende la persona que hace la defensa de otra y por defensorio el escrito que se formula en defensa de alguna persona. Se entiende también por defensa los hechos o argumentos que hace valer en juicio el demandado para destruir la acción o impedir su ejercicio.¹¹⁷

2.4.4 DISPOSICIONES LEGALES.

Continuando con el análisis de este derecho, pasaremos ahora a mencionar como para algunos autores nos manifiestan y ubican tanto procesal como constitucionalmente, en donde se encuentra implícito este derecho por el cual goza todo individuo al ser consignado por una conducta delictiva.

Por su parte, el autor Leopoldo de la Cruz Agüero nos recalca que el derecho de defensa se encuentra garantizado por el artículo 20, fracción IX de la Constitución, conforme a su última reforma establece: “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 persona 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 sus actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera...”.¹¹⁸

¹¹⁷ *Ibíd*em, Pagina 248.

¹¹⁸ Cruz Agüero, Leopoldo de la, *Procedimiento Penal Mexicano (teoría, práctica y jurisprudencia)*, México 2000, 1ª edición, editorial Porrúa, Pagina 74.

Ahora con la reciente reforma quedaría de la siguiente manera “artículo 20: Apartado B. De los derechos de toda persona imputada... Fracción VIII: Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, el cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido, el juez le designara un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos sus actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera...”¹¹⁹

Además, el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales dispone: “toda persona que haya de rendir declaración, en los casos del artículo 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él. El abogado podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contra derecho. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido.”¹²⁰

Cabe mencionar, que en el artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal nos refiere este derecho a el cual también tiene a su disposición la persona detenida mismo que a la letra dice: “artículo 269: Cuando el inculpado fuera detenido..., se procederá... Fracción III inciso b) debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza..., inciso c) Ser asistido por su defensor cuando declare.”¹²¹

Como se advierte en el contenido de las disposiciones antes invocadas en nuestras leyes penales y sobre todo en la Constitución, no se limita ni se obstaculiza el derecho a la defensa a toda persona que es detenida o en su caso se presenta de forma voluntaria ante el Ministerio Público a responder de determinada imputación delictuosa.

¹¹⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2009, 38ª edición, editorial SISTA, pagina 49.

¹²⁰ Agenda Penal del D.F. México, 2008, 22ª edición, editorial ediciones fiscales ISEF S.A., paginas 24 y ss.

¹²¹ Legislación Penal para el Distrito Federal, México, 2006, 2ª edición, ediciones Libuk S.A. de C.V., pagina 190.

El citado autor hace mención de que no cabe duda de que en la actualidad se ha avanzado en la protección de los derechos del ciudadano, en la no violación de las garantías individuales y a pesar de las múltiples lagunas que se dejan en cada ley subjetiva y adjetiva por parte de los legisladores, por lo que hace a las medidas disciplinarias aplicables a quienes violan tales derechos.

El derecho de defenderse es aquel que tiene el procesado para oponerse a la acusación. El concepto de defensa, junto con las nociones de la acción y jurisdicción, son los tres pilares básicos sobre los que descansa la idea misma del proceso penal como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del estado, la libertad individual y las exigencias de la correcta y válida administración de justicia dentro del estado de derecho.

Ante la pretensión penal, como tesis que sostiene en forma monopólica el Ministerio Público (artículo 21 constitucional), la defensa sostiene la antítesis y queda reservado al poder jurisdiccional el efectuar la síntesis. Luego entonces, si se concibe al juicio la necesaria síntesis de acusación y defensa, no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra; esto lleva a destacar, por razones de lógica y legalidad, que la defensa, en cuanto concepto contrario a la pretensión penal, es de igual rango y necesidad de ésta.

El derecho de defensa comprende, a su vez, una serie de derechos, entre ellos, el propio artículo 20 constitucional consagra los siguientes: el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a rendir su declaración, el derecho a ofrecer pruebas, el derecho a ser careado y el derecho a tener defensor.

Por su parte, Alberto del Castillo del Valle manifiesta que el derecho de defensa podrá ser invocado por el acusado en el momento en que se practique la detención, como lo sostiene la fracción IX, del apartado A del artículo 20 constitucional, antes transcrito.

Esta idea queda robustecida con el texto del artículo 197 del Código Federal de Procedimientos Penales, en la última parte de su primer párrafo, prevé que una vez practicada la detención por la policía judicial, ésta le hará saber al aprehendido "... el derecho que tiene para designar defensor".¹²²

Es necesario que cada uno de esos derechos representa una conquista sobre los principios aplicables en el procedimiento. Por su parte el autor Nicolau EYMERIC manifiesta que "cuando se da traslado de la acusación al reo es cuando más particularmente es de recelar que adivine quiénes son los testigos que contra él han declarado. Los medios de precaverlo son los siguientes: intervenir en el orden en que están sus nombre en el proceso, atribuyendo al uno la declaración del otro; comunicar la acusación sin los nombres del testigo, y aparte de los nombres de éstos, interpolando con ellos los de otros que no hayan declarado contra el acusado... Podrá comunicarse la acusación al reo, suprimiendo absolutamente los nombres de los delatores y testigos, y entonces tiene aquel que sacar por conjeturas quienes son los que contra él han formado esta o aquella acusación y recusarlos, o debilitar su testimonio, y éste es el método que ordinariamente se práctica. Son indispensables estas precauciones y otras semejantes, por que siendo el punto que más importa preservar de todo riesgo a los testigos, se han de usar para ello todo los medios inimaginables, para que no se arredren los delatores, de lo cual resultaran gravísimos perjuicios a la república cristiana..."¹²³

Ahora, únicamente haremos referencia en donde se encuentra inmerso este derecho de defensa, por ello se encuentran en sus respectivos artículos 69, 134 bis, 307 (proceso sumario) y 314 (proceso ordinario) todos del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

¹²² Castillo del Valle, Alberto del, *Garantías individuales y amparo en materia penal*, México, 2003, 3ª edición, Ediciones Jurídicas Alma S.A., Pagina 196.

¹²³ Zamora-Pierce, Jesús, Op. cit., página 256.

2.4.5 CRITERIO JURISPRUDENCIAL SUSTENTADO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación a sustentado jurisprudencia señalando que la designación de defensor desde el momento de la detención es un derecho del acusado, más no una obligación del juzgador, que tan solo debe mostrarle a aquél la lista de defensores y en su caso, designarle defensor de oficio, en la diligencia en que se rinda la declaración preparatoria; este criterio se contiene en las tesis numero 852, de la Segunda Parte del Apéndice 1917-1995, intitulada “DEFENSA, GARANTIA DE”, siendo confirmada por la Primera Sala, en su tesis jurisprudencial numero 118, publicada en la misma Parte del Apéndice 1917-1995 bajo el rubro “DEFENSOR, FACULTAD DEL ACUSADO DE ASISTIRSE DE, A PARTIR DE LA DETENCIÓN”. Las cuales contienen lo siguiente:

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 Payán Alcalá.-17 de marzo de 1972.-Cinco votos.-Ponente: Manuel Rivera Silva.

Amparo directo 5925/71.-Julio Carbajal Reséndiz.-26 de julio de 1972.-Unanimidad de cuatro votos.-Ponente: Mario G.

Rebolledo F.

Amparo directo.-5934/73.-Víctor Manuel Santiago Rodríguez y otro.-26 de julio de 1974.-Unanimidad de cuatro votos.-Ponente: Ezequiel Burguete Farrera.

Amparo directo 1194/74.-Francisco Hernández Ruiz.-30 de agosto de 1974.-Cinco votos.-Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.

Amparo directo 5770/74.-Ignacio García Coronado.-9 de abril de 1975.-Cinco votos.-Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.

DEFENSOR, FACULTAD DEL ACUSADO DE ASISTIRSE DE, A PARTIR DE LA DETENCION. La obligación señalada por la fracción IX del artículo 20 constitucional, en el sentido del nombramiento de defensor para el acusado, se refiere a cuando éste ha sido ya declarado sujeto a proceso, momento en el cual es ineludible la 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.

Séptima Epoca:

Amparo directo 4942/71. Elia Payán Alcalá. 17 de marzo de 1972. Cinco votos.

Amparo directo 4517/73. Miguel Angel Ortiz Mondragón. 13 de marzo de 1974. Cinco votos.

Amparo directo 3438/74. Manuel Luis Maizumi. 18 de octubre de 1974. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1258/75. Manuel Murillo Colón. 10 de octubre de 1975. Cinco votos.

Amparo directo 1261/75. Marcos Antonio Hidalgo Argote. 15 de octubre de 1975. Cinco votos.

Nótese bien, lo que ha sostenido la máxima autoridad judicial del país sobre este derecho y garantía del acusado, los cuales pueden ser ejercitados desde el momento mismo de la detención y, para el caso de no llevarse adelante, es causa imputable únicamente al acusado; pero si después de la detención no se ha hecho el nombramiento de referencia, debe hacerlo forzosamente el juzgador y solamente así se dará cumplimiento a dicha garantía.

Ya se ha dicho que el nombramiento del defensor puede hacerse desde la detención de una persona, la cual deja de ser potestativo si se quiere hacerle declarar al reo ante el Ministerio Público o ante el juez, pues en ambos casos debe estar presente el defensor, como lo establece el artículo 20 apartado A, fracción II, constitucional, y 9º de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, con lo que pretende darse mayor seguridad a estas diligencias y al propio individuo detenido.

No obstante lo anterior, interpretando correctamente el artículo 20 apartado A, fracción IX, constitucional, se concluye que el acusado puede abstenerse de designar defensor y ser él mismo quien se defienda, sin que este derecho sea dable nombrarsele un defensor por parte del juez. Tal garantía (poder defender por sí mismo) es confirmado por el artículo 86 del Código Federal de Procedimiento Penales.

En la rama del proceso en la cual inicia una nueva orientación de igualdad real de las partes, en donde el procesalista uruguayo Eduardo C. Couture¹²⁴ sobre la igualdad por compensación para lograr el equilibrio entre las partes en donde tiene aplicación en el proceso penal, por medio de un principio similar denominado *in dubio pro reo*, tanto en el contenido del fallo como en el procedimiento.

Otro principio de equilibrio de las partes en el mismo proceso penal es el relativo a la *presunción de inocencia* que consagran la mayoría de las constituciones contemporáneas, así como los instrumentos internacionales y que tiene importantes repercusiones procesales.

2.5 DERECHO A PROPONER PRUEBAS.

Ahora en este apartado manifestaremos que en todo juicio o proceso legal tiene éxito cuando las partes se apoyan en sus pruebas sus afirmaciones, manifestaciones, pretensiones y/o defensas y excepciones, es decir, las partes podrán exponer las diversas situaciones, pero las mismas no serán más allá de una serie de exposiciones que deben soportarse en elementos que demuestren que en ese dicho es verídico, por lo que la ley les permite ofrecer pruebas al juez, para que previo su desahogo, éste las valore y determine cuál es la verdad real y jurídica, al momento de resolver la controversia o emitir una determinada resolución. Así pues la prueba es el elemento que aportan las partes para apoyar sus afirmaciones vertidas ante la autoridad judicial.

Durante el proceso penal se deben de aportar diversas pruebas, mismas, que van a servir para desvirtuar las imputaciones que se hayan embozado en contra del inculpado, a fin de que el juez tenga elementos suficientes para sentenciar, absolviendo a las personas contra las quien se haya ejercido la acción penal, en la inteligencia de que el Ministerio Público Federal aportará pruebas de cargo, para que dicte sentencia en que se sancione la conducta delictiva por la que se ejerció esa acción.

¹²⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, 2003, 3ª edición, editorial Porrúa, pagina 235.

En este punto apuntaremos que por su parte el autor Carlos Barragán Salvatierra¹²⁵ esta de acuerdo con el autor Zamora-Pierce, donde, manifiesta que el derecho de defensa comprende varios derechos derivados de las fracciones tercera a la quinta del artículo 20 constitucional, donde, uno de esos derechos es el ofrecer pruebas el cual el inculpado en todo momento podrá ofrecerlas para tener a su favor una defensa adecuada.

El derecho genérico de defensa comprende, además del derecho a tener defensor, otros, entre los cuales el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a ofrecer pruebas. La constitución consagra éste último, en la fracción V del artículo 20, que dispone: “Se le recibirán los testigos y demás prueba 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 encuentre en el lugar del proceso”¹²⁶. En relación a este punto el párrafo cuarto de la fracción X del multicitado artículo, reformado, viene ahora a extender la garantía probatoria a la averiguación previa.

Esta reforma se encuentra su antecedente inmediato en el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, conforme a su texto reformado por el decreto de 16 de Diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de 27 del mismo mes y año, según el cual, en la parte conducente:

El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor oportunamente aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, que se tomara en cuenta, como legalmente corresponda, en el acto de consignación o de liberación del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el pleno desahogo de pruebas de la defensa, se reservarán los derechos de ésta para ofrecerlas ante la autoridad judicial y el Ministerio Público hará la consignación si están satisfechos los requisitos de procedibilidad para solicitar el ejercicio de la acción.

¹²⁵ Barragán Salvatierra, Carlos, Op. Cit., Pagina 273.

¹²⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2009, 38ª edición, editorial SISTA, pagina 50.

Podemos constar que ambas normas, la fracción V del artículo 20 Constitucional y el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, coinciden en otorgar al inculpado el derecho de ofrecer de pruebas, y de imponer a la autoridad el deber de recibirlas.

Pero la coincidencia termina ahí, porque, en tanto en la fracción V ordena al legislador ordinario conceda al procesado el tiempo necesario para el ofrecimiento y desahogo de pruebas e instruye al juez que lo auxilie para hacer factible tal desahogo, el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales no concede al indiciado plazo alguno para el ofrecimiento o desahogo de sus probanzas, ni impone al Ministerio Público el deber de auxiliar tal desahogo.

Por otra parte el autor Leopoldo de la Cruz Agüero nos hace referencia a que en el artículo 128 Código Federal de Procedimientos Penales se hace mención a los derechos que tiene el indiciado, en los cuales uno de ellos es el de ofrecer pruebas durante la Averiguación Previa.

Debido a que el 88% de las detenciones por parte del Ministerio Público y Policía Judicial se efectúan de una manera inconstitucional, acostumbran señalar en el Parte Informativo o Averiguación Previa una fecha distinta a la de la privación de la libertad del presunto responsable.

En tales casos, conforme a lo ordenado por el precepto a comento, se ofrecerá la prueba testimonial para demostrar la prolongada detención, si es que el Ministerio Público no se ha sujetado a la disposición procesal invocada, pero si en el caso lo procedente será ofrecer dicha probanza dentro del término constitucional, en caso de que el detenido sea consignado.

Hoy, cuando la reforma constitucional hace aplicable la fracción V a la averiguación previa, estamos obligados a preguntarnos si ello exige conceder a la defensa un plazo probatorio y el auxilio autoritario para el desahogo de sus pruebas. Aprovechamos esta oportunidad para manifestar que, en nuestra opinión, ello no debe hacerse.

Conceder al indiciado un pleno derecho de defensa durante la averiguación previa, permitirle que ofrezca y desahogue pruebas otorgándole para ese fin un plazo probatorio y, por último, imponer al Ministerio Público el deber de auxiliar al indiciado para el cabal desahogo de esas pruebas, mismas que, posteriormente, deberá valorar para decidir si ejerce o no acción penal, tanto quiere otorgar al Ministerio Público, durante la averiguación previa, un conocimiento plenario que la Constitución reserva al juez durante el proceso.

El Poder Judicial quedaría relegado a la función de mero revisor de lo actuado por el Ministerio Público, y, aún eso, únicamente en los casos en los que el ejercicio de la acción penal permitiera esa revisión.

El derecho concedido de ofrecer pruebas al indiciado durante la averiguación previa no debe impedir al Ministerio Público ejercer la acción penal tan pronto como reúna elementos suficientes para hacerlo.

Tampoco debemos imponer al representante social la función de auxiliador de la defensa, por cuando ello sería esencialmente opuesto a la función persecutoria del delito que le está encomendada, cuestiones son, éstas, que, una vez más, deberán ser resueltas por el legislador ordinario cuando establezcan los requisitos y límites previstos por el constituyente permanente.

En caso de que se incumpla con esta determinación la Ley de Amparo en su artículo 160, disponer, que en los juicios de orden penal, se consideran violadas las leyes del procedimiento de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso “VI.- Cuando no se le reciban las pruebas que ofrezcan legalmente, o cuando no se le reciban con arreglo a derecho”.¹²⁷

No obstante en la fracción V del artículo 20 constitucional no se limita a que sería inútil repetición del derecho a probar, mismo que en multicitado artículo el acusado tiene garantizado el sistema de prueba libre, y queda en absoluta libertad los medios con que pretende la convicción del juez respecto de los hechos del procesado; por oposición al sistema de prueba legal, que limita las admisibles a aquellas taxativamente enumeradas en la ley.

Además este derecho se encuentra impuesto en los artículos 206 del Código Federal de Procedimientos Penales y 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal siendo que estos van hacer estudiados más adelante, en los cuales establecen: “Se admitirán como prueba, en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y que no vaya contra derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba establecer su autenticidad”.

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

¹²⁷ Ley de Amparo, México, 2005, editorial SISTA, pagina 70.

Ahora bien, en el artículo 14 constitucional consagra, entre otras la garantía de audiencia, aplicable tanto en materia civil como en materia penal. Así como también este derecho lo encontramos en los artículos 307 (proceso sumario) y 314 (proceso ordinario) mismo que se encuentra consagrado el mismo.

La garantía de audiencia comprende, a su vez, varios derechos, uno de los cuales es el de ofrecer pruebas, el cual constituye una de las formalidades esenciales del procedimiento, puesto que "...toda resolución jurisdiccional debe decir el derecho de un conflicto jurídico apegándose a la realidad o verdad, y no bastando con ello la sola formación de la controversia (litis en sentido judicial) mediante la formulación de la oposición del presunto afectado, es menester que a éste se le conceda una segunda oportunidad dentro del procedimiento en que tal función se desenvuelve, es decir, la oportunidad de probar los hechos en los que finque sus pretensiones opositoras (oportunidad probatoria). Por ende, toda ley procesal debe instituir dicha oportunidad en beneficio de las partes del conflicto jurídico y, sobre todo, a favor de la persona que va a resentir en su esfera de derecho un acto de privación".¹²⁸

No obstante, la fracción V del artículo 20 constitucional no se limita a la que sería inútil repetición del derecho de probar, contenido ya en la garantía de audiencia, sino que establece ciertas características propias de ese derecho en el proceso penal. En primer lugar: afirma que "Se le recibirán los testigos y *demás pruebas que ofrezca...*" la Constitución nos lleva a la obligada conclusión de que se le recibirán todas las pruebas que ofrezca, es decir, 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 obtenerla convicción del juez respecto de los hechos del proceso; por oposición al sistema de prueba legal, que limita las admisibles a aquellas taxativamente enumeradas en la ley.

¹²⁸ Zamora-Pierce, Jesús, Op. cit., página 261.

El párrafo cuarto del artículo 290 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece "... al momento que se le toma su declaración preparatoria ante el órgano jurisdiccional por consiguiente: se le harán saber todas las garantías que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: se le recibirán todos los testigos y las pruebas que ofrezca, en términos legales...".¹²⁹

Ahora, se afirma que "El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor aporten dentro de la Averiguación Previa para los fines de ésta...". En esa virtud, el legislador ha convertido a la Averiguación Previa Penal en un "Cuasi proceso", dado que coartar la libertad del Representante Social de integrar unilateralmente la indagatoria y permite al presunto responsable y su defensor aportar pruebas tendientes a desvirtuar su presunta responsabilidad.

2.5.1 MEDIOS DE PRUEBA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

Para que una hipótesis acusatoria sea aceptada como verdadera no basta que sea compatible con varios datos probatorios, sino también hace falta que no sea contradecida por ninguna de los datos virtualmente disponibles.

Es cierto que las contrapruebas, al ser solo probables, garantizan la falsedad objetiva de la hipótesis no compatible con ellas, pero una sola prueba de refutación que sea verdadera es suficiente para excluir la decisión del juez sobre la verdad de la hipótesis y concluir con su falsedad.

Entonces la libre convicción no puede superar las contrapruebas que se presentan, pues incluso cuando no resultan refutadas, ni la hipótesis acusatoria, ni la hipótesis en contra de ella, la duda se resuelve contra la primera, es decir, a favor del inculpado.

¹²⁹ Agenda Penal del D.F. México, 2008, 22ª edición, editorial ediciones fiscales ISEF S.A., página 52.

En referencia a el garantismo penal, el desplazamiento de la carga de la prueba sobre el órgano acusador implica el derecho de defensa del imputado como principal condición epistemológica de las pruebas, la refutabilidad de las hipótesis acusatorias, experimentadas por el poder del sujeto interesado para contradecirla, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que haya activado todas sus posibles refutaciones.

De igual forma, que el deber del Ministerio Público en nuestro sistema jurídico, no se limita a verificar o comprobar, a toda costa, un hecho punible, sino que tiene la obligación de investigar la verdad objetiva del hecho, independientemente de que ella perjudique o beneficie al indiciado.

Esta es una consecuencia de la presunción de inocencia, ya que no es el inculpado quien debe probar, sino el acusador, y solo hasta que logre demostrar la conducta delictiva, la presunción de inocencia podrá desvirtuarse.

Así, el derecho de defensa es el instrumento de mayor importancia en el impulso y control en el sistema probatorio del acusador, que consiste en la contradicción entre esa hipótesis y la de la defensa; por tanto, para que una condena sea válida, es necesario la existencia primordial de la igualdad de los sujetos procesales, traducida en que la defensa este dotada de la misma capacidad y poderes que la acusación, y se admita su papel contradictorio en todo momento y grado de investigación.

Diremos que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, nos otorgan el derecho a ofrecer pruebas en sus diversos tipos. Estas pruebas pueden ser ofrecidas durante el desarrollo de la averiguación previa ante el Ministerio Público como en el proceso penal ante el órgano jurisdiccional.

Esto también lo encontramos establecido tanto en el artículo 20 constitucional en su fracción V en relación con el artículo 269 en su fracción III inciso f) del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

¿Cuáles son esas pruebas? Estas pruebas son las mismas que permite y admite como tales el aludido Código Procesal de la materia, así como el derecho del inculpado o su defensor de citar a declarar a los agentes policíacos, captores y formularles las preguntas necesarias sobre los hechos o la detención.

Por ello el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala en su artículo 135 como medios de prueba los siguientes:

- a) La confesión;
- b) Los documentos públicos y privados;
- c) Los dictámenes de los peritos;
- d) La inspección ministerial y la judicial;
- e) La declaración de los testigos; y
- f) La presunciones.

Asimismo, el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal además de los anteriores medios de prueba también regula la reconstrucción de hechos, cateos, visitas domiciliarias, confrontación y careos entre las partes.

Sin embargo, ahora únicamente nos referiremos a cada uno de los distintos medios de prueba en particular, por ello en lo referente a la prueba confesional, sobre este medio de prueba ya fue estudiada y explicada en los capítulos anteriores.

Por su parte, la prueba pericial va hacer aquella que a través de la ciencia y la utilización de conocimientos y métodos científicos se llega a la conclusión y comprobación de un hecho u objeto que determina una prueba. El propio Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal determina los plazos y condiciones en que debe ofrecerse y, lo encontramos regulado en los artículos 162 al 188 del citado código.

Otro medio de prueba que existe es la prueba documental pública y privada, los cuales consisten en aquellos documentos realizados ya sea de forma particular o ante las autoridades de gobierno o privadas, siendo que van a tener un valor jurídico.

Siendo que el propio Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala en su artículo 230 que estos van hacer los que establece el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, en relación con lo anterior estos documentos se encuentran señalados en dicho ordenamiento en sus respectivo artículos 327 y siguientes del citado código.

Por su parte, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal podemos encontrar a está prueba en sus respectivos artículos los cuales corresponden del 230 al 244 de dicho ordenamiento.

Continuando con los diferentes medios de prueba que existen, ahora por su parte pasaremos a conocer a que se refiere la prueba testimonial y, está va hacer aquel testimonio que va dar una persona que conoce de los hechos que se investigan o se sustenta una acusación, a través de los sentidos.

En otro sentido, la prueba testimonial va hacer aquel testimonio que dan aquellas personas que se encontraron en el lugar de los hechos siendo que estas en ese momento palparon y observaron como fue la actuación del sujeto a quien se le imputa el delito, esta prueba se puede ofrecer tanto en la averiguación previa como en el procedimiento penal.

Siendo regulada en los artículos 189 al 216 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, lo cuales van a determinar los términos y condiciones en que se debe ofrecer y desahogar esta prueba.

Por su parte, otro tipo de medio de prueba que existe es la presuncional siendo: “aquellas presunciones o indicios mismas que son las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, puedan razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados”,¹³⁰ siendo que se encuentra regulada por el artículo 245 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Para ello estableceremos la diferencia que existe entre indicio y la presunción siendo que en la valoración de la prueba presuncional, es donde, más cabida tiene la certeza formal o legal, pues al final de cuentas es la probabilidad de que los hechos así sucedieron, en la forma en que aparecen en el proceso y como finalmente se juzga. La verdad que busca el juez no es, una matemática, sino una presunción. Y esta situación es preferirle reconocerla que esconderla.

Si esta premisa es válida, y de ella parto, no nos queda nada que regular la presunción reglamentarla, limitarla, no dejarla a la admisión de hipótesis abstractas o abiertas que dejen a la sociedad la insatisfacción de que no se le hace justicia ni se le brindan seguridad, de afrontar esa verdad formal, de verle la cara, de tenerla en las manos, de reconocerla y con ello fijar los límites para hacer justicia.

Y se cree, por tanto, que no se puede llegar a la verdad o la certeza al hacer justicia, sino tan sólo llegar a la convicción del juez.

A esa convicción que se forma por el camino de la lógica, por el camino de la presunción y, es aquí por qué la valoración de la prueba presuncional es un método para convencer al juez de que la decisión que se formule es lógica, y por ende se constituye en la única que le permitirá tomar la decisión de condenar o absolver, siendo esta decisión formada con y por la lógica, con argumentación y con fundamentación.

¹³⁰ Agenda Penal del D.F. México, 2009, 24ª edición, editorial ediciones fiscales ISEF S.A., pagina 41.

Toda presunción o inferencia parte de un indicio, por ello se dice que siempre debe de haber un enlace entre ambos, y este enlace está regulado por la ley. Así lo establecen algunos códigos de procedimientos penales, en el caso del código adjetivo federal, se utiliza la expresión “más o menos”. El artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales dice: “Los tribunales, según su naturaleza de los hechos y enlace lógico y natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta considerarlos como prueba plena”.

Lo que la norma cualifica no es el indicio, si no el hecho demostrado, para el cual sólo exige que esté completamente acreditado, sino que valora el enlace, al establecer que sea más o menos necesario. El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal –al igual que la mayoría de los códigos adjetivos de los estados-, repite el mismo texto que el código adjetivo federal, en su artículo 261 que dice: “El Ministerio Público, los jueces y tribunales según su naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de las presunciones hasta poder considerar su conjunto como prueba plena”.

Manuel Rivera Silva¹³¹ hace una crítica a la redacción de los artículos 261 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 286 Código Federal de Procedimientos Penales, diciendo que ninguna de las redacciones son afortunadas.

No puede existir “apreciación en conciencia” dado el sistema que prevalece en nuestros institutos probatorios de estimación fundada (no sentida, que es propiamente a lo que invita a pensar el termino apreciar en conciencia) y en segundo lugar, ni el indicio (hecho conocido) ni la presunción (hecho inferido) puedan singularmente estar sujetos a libre apreciación.

¹³¹ González-Salas Campos, Raúl, *La Presunción en la Valoración de las Pruebas*, México, 2003, 1ª edición, editorial INACIPE, página 160.

Para este autor la frase “apreciar en conciencia”, no tiene otro significado y finalidad, que consagrar para el juez la libertad de búsqueda de las presunciones, respetando los principios de objetividad, singularidad y racionalidad.

La potencia valorativa de los indicios significa que una presunción puede componerse de uno o más datos inferidores o afirmaciones base, es decir, de uno o varios indicios. Cada indicio puede tener una determinada capacidad para originar una presunción por sí solo, o bien la presunción se formara al acumularse con otros cuando todos van hacia la misma dirección, es decir, dirigidos a formar la misma presunción.

La presunción se puede formar de un solo indicio o de varios, siendo la ideal la polibásica (dos o más). Cuando un indicio no puede por sí solo o acumulado con otros, determinar una presunción sino por el contrario de dicho indicio o indicios se forman varias presunciones, se dice entonces que no tiene la capacidad para determinar la presunción válida.

El indicio es un factor corroborante llamado también adminículo (lo que sirve de ayuda o auxilio para una cosa o intento, [m] Cada uno de los objetos que se llevan a prevención para servirse de ellos en caso de necesidad. U. m. en pl. Adminicular.- tr. Ayudar o auxiliar con algunas cosas a otras darles mayor virtud o eficacia. U. m. en lenguaje jurídico.)¹³², y solo puede aplicarse a inferencias inmediatas, es decir, en concurrencia con la llamada prueba documental o testimonial.

Se dice que existen dos clases de prueba, la directa y la indirecta. La primera se da cuando existen inferencias inmediatas, esto es, que concluyen en una proposición de otra sin intervención de una tercera.

¹³² *Ibíd*em, pagina 109.

A ésta se le contrapone la llamada prueba de presunciones (a la prueba presuncional se le presenta como algo remoto, inseguro y complementario), que es a la que se le denomina prueba indirecta por que las inferencias son mediatas, esto es, se concluye una proposición por medio de una tercera.

Se dice que, sin embargo que no hay prueba directa, pues las inferencias parten de los instrumentos probatorios –confesión, testimonio o documentos- y de éstos se tiene que hacer siempre inferencias, ya sean mediatas o inmediatas, pues de la percepción de los instrumentos se tiene que realizar siempre una valoración, por ello, de todas las pruebas siempre se obtendrán indicios.

Una vez obtenido la autenticidad y legitimidad del indicio, el siguiente paso, es formular la presunción sobre el resultado, y ésta es la cuestión más difícil que se le presenta al juzgador, pues para ello se dice que debe proceder razonando y argumentando a través de la figura lógica del silogismo. Como se puede apreciar en la siguiente tesis:

PRUEBA INCICARIA, VALOR DE LA .- La prueba indiciaria es una prueba indirecta, porque se establece la valoración jurídica de los indicios que, dado su enlace natural y necesario conducen a establecer bien la certeza del delito, la culpabilidad jurídica penal del agente o la identificación del culpable. No siempre existe para el juzgador prueba directa de la que pueda establecerse el reproche de ato injusto del imputado, como podría serlo la confesión de reconocimiento de actos propios, pero ello no significa que no puede establecerla mediante juicio lógico al valorar los diversos indicios que se desprenden de las pruebas que obran en el proceso penal, cuando su valor probatorio no adolezca a vicios procesales.¹³³

Conocido lo anterior, estableceremos la definición de indicio y presunción. Es necesario tener una clara distinción el significado de estos conceptos, pues si no se tiene claridad sobre ellos será fácil cometer errores en la valoración de la prueba presuncional.

¹³³ *Ibíd*em, pagina 125, nota 119.

En la evolución de su significado se decía que el indicio constituye un fenómeno cuantitativo, el cual empieza por la sospecha y va aumentando a prueba *prima facie*, de conformidad con el *fomus boni iuris*, para entonces llegar a ser considerado como el dato indicador de una presunción.

En realidad, el indicio no es un medio de prueba ni puede ser grado de prueba que representa algo así como una dosis de medicina de sustancia probatoria, Y sin embargo, en muchas ocasiones los jueces de instrucción han procesado cuando han creído que existían en el proceso elementos probatorios suficientes para ello, los cuales, no obstante, resultarían insuficientes por sí solos para condenar al imputado.

El indicio es una fuente que no se puede comparar con la presunción, sino que indica una idea sobre la cual se construye una presunción. Por ello la Suprema corte de Justicia de la Nación define al indicio como:

INDICIO, CONCEPTO.- El "indicio" es una circunstancial cierta de la que puede sacar, por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia (o inexistencia) de un hecho a probar, por tanto la convicción indiciaria se basa en un silogismo en donde la premisa mayor (abstracta y problemática), se funda en la experiencia o en el sentido común, la premisa menor (concreta y cierta) se apoya o constituye la comprobación del hecho, y la conclusión, sacada de la referencia de la premisa menor a la premisa mayor, el indicio, por consiguientes se diferencia de la presunción en que el dato genérico y probable agrega el dato específico y cierto, a lo abstracto une lo concreto: de lo que acontece ya se desprende sin dificultad que requisito primordial de la prueba indiciaria es la certeza de la circunstancia indiciante, o sea, que el indicio presupone necesariamente la demostración de circunstancias indispensables por las que se arguye indirectamente pero lógicamente el hecho que hay que probar mediante un proceso deductivo, con la misma certeza que da la prueba indirecta.¹³⁴

De lo anterior podemos deducir que el indicio es, entonces el hecho conocido del cual se obtiene, mediante una operación lógica-crítica, un argumento probatorio que permite inducir otros hechos desconocidos. Por esto mismo el indicio puede ser anterior, contemporáneo o posterior al hecho desconocido que se investiga; en cambio la presunción surge necesariamente del hecho impreso en la prueba o medio probatorio.

¹³⁴ *Ibidem*, página 139.

La presunción es, entonces, la consecuencia jurídica que se saca de un hecho que se tiene por existente. Cuando varios indicios están probados y de ellos se corrobora la hipótesis de en forma razonable, logrando tener una fuerza persuasiva sobre cualquier otro medio de prueba, se lograría la certeza.

Entre más indicios concuerden habrá menos posibilidad de error o de tomar decisiones al azar, lo que hace que las conclusiones sean más seguras, o descartarse las otras hipótesis.

En cambio cuando el o los indicios no aportan esa certeza razonable, es decir esa fuerza persuasiva exigida, sino de ellos brota la duda y la posibilidad de error, debe el juzgador aplicar *el principio de presunción de inocencia* y además no debe dictar una sentencia condenatoria, pues debe atenerse al criterio de condenar solamente cuando logra la convicción, la certeza o prueba plena, que es la que determina, pues la prueba es certeza, la cual se alcanza o no se alcanza.

En lo referente a este principio lo podemos encontrar tanto el *in dubio pro reo* y la *presunción de inocencia*, en el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal siendo que posteriormente se desarrollara.

Se establece que si un indicio resulta acreditado a través de una prueba ilícita o irregular, tal indicio no deberá ser tomado en consideración como fundamental de inferencia indiciaria alguna, y por lo mismo no dará lugar a una conclusión válida, pues de lo contrario se estaría vulnerando el principio de presunción de inocencia.

También hace referencia a que en la ley procesal impone para la prueba presuncional en que exista un enlace lógico y natural más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca, es decir, que entre el hecho plenamente probado y el hecho a probar exista una relación lógica e inmediata.

Como nos manifiesta en autor Jaime Vega Torres¹³⁵ lo siguientes: “Con el principio de presunción de inocencia constituye un principio fundamental del sistema probatorio, que determina que la carga de la prueba de la culpabilidad pesa siempre sobre la parte acusadora”.

Por su parte en relación a la prueba de la inspección va hacer el medio probatorio cumplido por el juez inmediatamente sobre el mundo físico consistente en la observación y examen de las personas, cosas o lugares que se estiman relacionados con el hecho imputado, y en lo consiguiente descripción de los elementos sometidos a su percepción.

Esta va hacer realizada tanto por el Ministerio Público como por el Órgano Jurisdiccional para los fines que pretende probar. Esta prueba se encuentra regulada en los artículos 139 al 151 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Se admitirán como pruebas en términos del artículo 20 apartado A fracción V constitucional, todo aquello que ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente a juicio del Ministerio público, juez o tribunal. Cuando el Ministerio Público o la autoridad judicial, lo estime necesario, podrán por cualquier otro medio de prueba establecer su autenticidad.

El mismo precepto, según últimas reformas constitucionales señala que se le recibirán testigos y demás pruebas que ofrezca concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándose para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre y cuando que se encuentre en el lugar del proceso.

¹³⁵ Vega Torres, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, editorial la ley, pagina 34.

Debe tomarse en cuenta que la Averiguación Previa no constituye ningún procedimiento en que las partes diriman sus intereses, el Representante Social su acusación y el inculpado sostenga su inculpabilidad, y el Juez, parte neutra, una vez realizado el análisis de las probanzas por una y por otra parte durante la secuela procedimental, pronunciar sentencia conforme a derecho.

Por otra parte, el autor Leopoldo de la Cruz Agüero nos da su punto de vista de lo anteriormente manifestado lo cual dice: “el legislador maniató al Ministerio Público con la reforma contenida en la fracción IV del artículo 20 constitucional, dado que la única autoridad para recibir, admitir y ordenar el desahogo de las probanzas es la judicial, no el Ministerio Público, pruebas que bien el juez puede desechar por haberlas recibido y admitido una autoridad administrativa, inconstitucionalmente incapacitada para ello. Lo correcto será interponer amparo en contra del Ministerio Público y de esa manera obligarlo a efectuar la consignación a la brevedad posible, dada la cerrazón de dichas autoridades para cumplir con los derechos del detenido y aportar todas las probanzas dentro del término constitucional, derecho que éste contemplado en la última reforma del Código Federal de Procedimientos Penales”.¹³⁶

Así, se puede decir que el inculpado o procesado está en actitud de ofrecer las pruebas en el proceso penal, pudiendo aportar todas aquellas que se regulan en la ley procesal aplicable al caso concreto, por lo que es menester estudiar cada código procesal penal, para apreciar cuales son las pruebas que pueden ser ofrecidas en cada juicio, así como las condiciones que debe reunirse para que las mismas sean admitidas u se desahoguen en la audiencia respectiva.

Cabe mencionar, que conforme al último párrafo del apartado A, del artículo 20 constitucional, esta garantía opera también en la averiguación previa, por lo que el Ministerio Público ante quien se substancia la averiguación previa, debería recibir, en su momento desahogar y valorar las pruebas que se ofrezcan por el indiciado.

¹³⁶ Cruz Agüero, Leopoldo de la, Op. Cit., Pagina 142.

Está claro que el Ministerio Público tiene la obligación de recibir las pruebas ofrecidas por el indiciado o su defensor, siempre y cuando las mismas cumplan con lo analizado en párrafos anteriores, así como también apoyarlos en su desahogo de las mismas en esta etapa, con el fin de que sean tomadas al momento de su consignación.

Con la reforma de 1993 se otorgaron al indiciado una serie de garantías individuales durante la averiguación previa sin embargo, la ley no señala modificación alguna en cuanto a los criterios de valoración de las pruebas en dicha etapa. En la práctica, las pruebas desahogadas durante la averiguación previa tienen valor probatorio muy importante e influyen en el juez al momento de resolver el proceso.

El Ministerio Público, en mucho de los casos, no da la posibilidad al indiciado y su defensor de ofrecer pruebas y mucho menos de que las mismas puedan desahogarse en la etapa de averiguación previa, lo cual se puede apreciar cuando el expediente de una persona detenida no se encuentran las pruebas ofrecidas y desahogadas, sino hasta que el asunto es turnado ante un órgano judicial que va a llevar la causa.

Pero que sucede en el caso de diversas disposiciones secundarias en el que se advierte que contravienen al principio del *onus probandi* siendo reconocido en la Constitución Federal como imperativo a cargo del órgano acusador, *contrario sensu*, trae como consecuencia que se revierta la carga de la prueba hacía el inculpado. Por ejemplo en el artículo 248 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala: “El que afirma está obligado a probar. También lo está el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho”, postura que se ve reflejada en algunos criterios jurisprudenciales, de los que se desprende que la carga de la prueba pertenece al inculpado como se puede notar en la siguiente jurisprudencia:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DESVIRTUADA, LA CARGA PROBATORIA EN CONTRARIO LE CORRESPONDE AL INculpADO (SALUD, DELITO CONTRA LA TRANSPORTACIÓN DE MARIHUANA).

Es cierto que corresponde al agente del Ministerio Público la carga de probar los elementos y hechos que integran el delito imputado de transportación de marihuana y la probable responsabilidad del quejoso en su comisión, **atento a la vigencia del principio universal de derecho de que toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario**. Sin embargo, al quedar probado fehacientemente en la especie que al inculpado se le detuvo manejando un vehículo de motor que tenía un compartimiento especial para la transportación de cosas en forma oculta, lugar donde se encontró determinada cantidad del estupefaciente y, por ende, su participación en dicha transportación; así las cosas, dable es afirmar que entonces, **la carga probatoria en contrario, corresponde al inculpado respecto de los hechos demostrados en su contra**, debiendo así acreditar que no estuvo en la posibilidad de enterarse de la existencia de la marihuana que transportaba, como también la falta de voluntariedad en la realización del ilícito atribuido, *debiendo demostrar todos y cada uno de los hechos que se dieron desde el momento en que salió de su domicilio hasta el diverso momento en que fue detenido con el enervante cuya existencia dijo desconocer*. Y al no hacerlo, el acto que se reclama resulta apegado a la legalidad, al constatarse que el órgano acusador cumplió su obligación probatoria, desvirtuando el referido principio de inocencia.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO. Amparo en revisión 553/98. Justiniano Rivas Rojas. 10 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: René Silva de los Santos. Secretario: Roberto Rodríguez Soto. Nota: Esta tesis contentió en la contradicción 68/2005-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivaron las tesis 1a./J. 116/2005 y 1a./J. 117/2005, que aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, octubre de 2005, páginas 181 y 253, con los rubros: "DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN. EL DESCONOCIMIENTO, POR PARTE DEL INculpADO, RESPECTO DEL NARCÓTICO TRANSPORTADO, NO CONSTITUYE UNA CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO, SINO LA AUSENCIA DEL ELEMENTO COGNITIVO DEL DOLO." y "DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN. LA SOLA MANIFESTACIÓN DEL INculpADO RESPECTO A QUE DESCONOCÍA LA EXISTENCIA DEL NARCÓTICO TRANSPORTADO, NO DESVIRTÚA LA EXISTENCIA DEL DOLO."¹³⁷

Respectivamente, en virtud de lo anterior y como se puede notar como esta tesis, lo cual es erróneo, por que no es viable trasladar al proceso penal instituciones propias del derecho civil; pues la finalidad de la acción civil es eminentemente particular, en tanto en materia criminal se persigue un fin público.

¹³⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, Noviembre de 1999, Novena Época, Tesis: VIII.1o.27 P.

Respecto de está extensión fáctica que contiene a prueba de cargo, se ha cuestionado si la presunción de inocencia abarca la comprobación de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad.

CAPITULO III.- MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

3.1 EL DEBIDO PROCESO LEGAL EN LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADO UNIDOS MEXICANOS.

3.1.1 ANTECEDENTES HITÓRICOS.

Conoceremos por su parte, algunos antecedentes que dieron origen a está figura la cual fue tomada en consideración para la exigencia de un proceso previo en el cual, además se cumplan determinadas condiciones materiales y se introdujo en el ordenamiento Mexicano por la conjunción de dos tradiciones jurídicas, tanto la de origen hispano en el sentido de que toda persona debe ser oída y vencida en un juicio como en la angloamericana en la cual se conformó y desarrolló en el principio del debido proceso legal; consagrado expresamente en la Constitución Federal de los Estados Unidos, terminología esta última, que se ha impuesto tanto en la doctrina como en las jurisprudencias mexicana.

Ahora realizaremos una breve reseña de los diversos ordenamientos jurídicos en los cuales se encuentra inmerso el debido proceso legal, como primer ordenamiento se encuentra la Constitución Española de Cádiz en 1812, mismo que se encontraba en sus artículo 247 del mismo; el artículo 31 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana expedido en Apatzingán en 1814 (en el cual se recogió la tradición española al disponer que “Ninguno puede ser juzgado ni sentenciado sino después de ser oído legalmente); artículo 19 del Acta Constitutiva de la Federación del 31 de Enero de 1824, artículo 2º, fracción V de la primer Ley Constitucional de 1836; artículo 9º fracción VIII de las Bases Orgánicas de 1843; y finalmente en los artículos 13, 14 y 16 de la Constitución de 1857 que viene siendo el antecedente inmediato de los preceptos de los mismos números de la Constitución vigente de 1917.

3.1.2 CONCEPTO.

Por su parte, podemos definir a el *debido proceso legal* como el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder proteger legalmente los derechos de los gobernados.

Por su parte el autor Arturo Hoyos nos dice: “*El debido proceso o proceso justo* es el derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento o se ven afectado por cualquier sujeto de derechos (incluyendo el estado) que pretende hacer uso abusivo de éstos”.¹³⁸

También nos manifiesta Reynaldo Bustamante lo siguiente: “ la importancia que tiene es para la protección y tutela de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto, a dado lugar a que sea considerado como un principio general de derecho, como una garantía constitucional y como un derecho fundamental”.¹³⁹

Además, el debido proceso legal posee cierto carácter programático e implica la existencia, suficiencia y eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para garantizar ese derecho fundamental a la justicia.

Sostiene el Doctor en Derecho Carocca Pérez, citando a Vanderbilt y Couture, que “no puede existir garantía más importante que la del debido proceso, por que cualquier derecho atribuido o reconocido en una norma sustantiva, sino es susceptible de enforcement jurisdiccional a iniciativa del titular, sería completamente ilusorio.

¹³⁸ García Ramírez, Sergio, *El Debido Proceso Penal. Concepto General y Regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Septiembre-diciembre 2006, número 117, editorial UNAM, página 649.

¹³⁹ Ídem.

Por eso la garantía del debido proceso, ha venido a transformarse con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. La garantía del debido proceso consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso, pero no cualquier proceso -y este es el aspecto que nos interesa-, sino de un proceso correcto o equitativo”.¹⁴⁰

Siendo que el principio corrientemente aceptado, tanto en constituciones como en textos internacionales, que nadie puede ser privado de sus derechos sin ser previamente oído en juicio, esto es sin que previamente se desarrollen proceso: debido proceso (*nulla poena sine iudicio*), es un derecho que es relevante en todos los órdenes, siendo que en materia penal es de vida o muerte.

3.1.4 LEGALIDAD DEL DEBIDO PROCESO.

Ahora describamos al debido proceso en sus diferentes artículos Constitucionales con los cuales se han establecido dentro de la misma, comenzaremos con el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en donde dice: “ Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por leyes especiales..., existe el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército...”.¹⁴¹

Por su parte en el artículo 14 en su segundo párrafo, el cual dice: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.¹⁴²

¹⁴⁰ Cárdenas Rioseco, Raúl F., *El Derecho a un Proceso Justo sin Dilaciones*, México, 2007, editorial Porrúa, Pagina 62.

¹⁴¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2008, 30ª edición, editorial Esfinge, pagina 16.

¹⁴² *Ibidem*, página 17.

Ahora pasemos a conocer el contenido del artículo 16, primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en donde dice: “ Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causal legal del procedimiento...”¹⁴³

3.1.4 GARANTÍA SEGÚN EL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Ahora conozcamos los principios que recientemente con la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos nos refiere en relación al proceso penal siendo los siguientes:

“Artículo 20. El proceso penal... regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez

¹⁴³ Ídem.

citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares.”¹⁴⁴

Nos podemos dar cuenta que a partir de la reciente reforma constitucional, ya se encuentran establecidos los principios por los cuales se va a regir el proceso acusatorio, lo que sería prácticamente el proceso en sí, y esto da pauta a que no exista a través del tiempo arbitrariedad por parte del órgano jurisdiccional, siendo que esta última va a respetar, velar y aplicar los distintos principios para toda aquella persona sea sometida a juicio se le impute una conducta tipificada como delito.

3.1.5 PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO.

Por ello, conocido el contenido de la reciente reforma al artículo 20 constitucional, señalaremos ahora los principios que conforman al debido proceso son:

Principio de publicidad: Este debe ser la regla para que el proceso avance y sea debido, siendo que las actuaciones deben de ser públicas, salvo en ciertos casos las actuaciones deben ser mantenidas en secreto de acuerdo a lo establecido por la ley de transparencia.

Podemos mencionar además que el autoritarismo se vale del secreto, supremo instrumento del gobierno, de ahí la reacción del proceso democrático: la más amplia publicidad posible, que permita a todos -comenzando por el inculpado mismo- saber lo que ocurre y cómo se maneja, esto es asistir a las escenas mismas donde la jurisdicción se exhiba, y convertirse en jueces de la justicia.

¹⁴⁴ Diario Oficial de la Federación, Tomo DCLVII, número 13, fecha 18 de Junio del 2008, página 4.

Por su puesto, la publicidad del proceso no es cosa de nuestros días, tiene remotas aplicaciones, que desvanecieron en la extensa etapa inquisitiva. La publicidad hoy se habla, además de la transparencia en el caso de México en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que alude a datos relacionados con investigaciones, y procesos. Distingue entre información reservada (artículos 13 y 14) e información confidencial (artículo 18), en fin, es un dato inherente a la democracia opera en todos los órdenes; también en el dominio del enjuiciamiento penal, que durante mucho tiempo fue el imperio del secreto.

Principio de mediación: La aplicación de estos principios alternativos al debido proceso dependerá del conflicto a decidir. El resto de los casos es común que los sistemas procedimentales apliquen el principio de la mediación, que es propio de los procedimientos escritos. Es decir, aquellas diligencias que realizan persona intermedias como en el caso del proceso penal el caso de los oficiales secretarios en el Ministerio Publico y/o en Secretario de acuerdo en el Juzgado.

Principio de inmediación: La aplicación de estos principios alternativos al debido proceso dependerá del conflicto a decidir. Estableciendo que en el caso de la competencia que comprende la protección de las garantías constitucionales, resulta indudable que la inmediatez es un elemento importante para poder considerar al proceso como debido. Este se aplica en la etapa del juicio cuando el tribunal que debe resolver escucha a las partes y debe de resolver; el juez debe tener contacto con las partes y las pruebas, pero no se exige la identidad del juez.

En el caso típico del amparo personal que el juez, directamente debe practicar las diligencias necesarias para poner término a una privación o limitación de la libertad cuando está sea arbitraria o no se ajuste a los derechos que la Constitución le otorga a las personas, es decir, el proceso se desarrolla ante el juez sin la mediatización de elemento alguno como utilización de medio de prueba más directo

Este principio significa que el juez debe configurar su juicio sobre la base de su impresión personal que ha obtenido del acusado y de los medios de prueba; en este sentido no está básicamente autorizado a remplazar el interrogatorio de los testigos por la lectura de un acta confeccionada por un juez comisionado.

Principio de oralidad: Implica que las actuaciones del juicio deben desarrollarse en forma verbal: actos de partes, de otros participantes y del órgano jurisdiccional, sin perjuicio por supuesto de que se recojan en documentos. Es el aquel que permite que el público pueda seguir el desarrollo del juicio; su significado es claro: solo puede ser fundamento de la sentencia lo que se ha manifestado oralmente ante el órgano jurisdiccional.

Principio de concentración: Es aquel en donde implica el desenvolvimiento ininterrumpido y ordenado de los actos procesales de tal manera que dan origen a otro. Lo que radica en cumplir todas las secuencias del procedimiento en la menor cantidad posible de actos, es decir, está en resumir la actividad a las etapas necesarias, útiles y conducentes, eliminando las que fuesen superfluas o inoficiosas.

Principio de contradicción: Es aquel que permite la participación de las partes para la formación de la prueba. Esto es, análisis, argumentación, confrontación: diálogo en suma bajo la mirada del juzgador.

Principio de igualdad: Este principio se refiere a que todos ante la ley, el estado va a otorga medios adecuados para ejercer sus derechos procesales para su defensa en el procedimiento.

La valoración de la prueba: Con la prueba se pretende alcanzar ciertos fines: objetivamente, el conocimiento de la verdad (material, histórica o auténtica) y subjetivamente y, a partir de ese conocimiento la persuasión del tribunal, satisfechos ambos extremos el órgano jurisdiccional podrá resolver en definitiva.

En relación a esté el Ministerio Público va hacer el encargado de proporcionar las pruebas suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, por su parte ya en lo relativo al proceso el órgano jurisdiccional que es representado por el juez va hacer quien va a valorar las pruebas que son objeto del juicio, mismas que también serán estudiadas y analizadas para la emisión de la resolución final como lo es la sentencia definitiva.

Por ello el Ministerio Público para cumplir con sus funciones también valora las pruebas de otra manera no podría fundamentar el ejercicio o no ejercicio de la acción penal. También realiza una valoración al rendir dentro del proceso sus conclusiones ante el órgano jurisdiccional.

También el defensor y el procesado valoran sus probanzas cuando rinden sus conclusiones o agravios.

Pero la valoración de mayor trascendencia es la que realiza el órgano jurisdiccional al emitir la sentencia definitiva.

Para algunos autores nos hacen referencia además de los anteriores principios se encuentran la reserva de ley en materia procesal, la imparcialidad el juez siendo que se relaciona con el principio acusatorio y la presunción de inocencia. Haciendo notar que la mayoría de los principios antes mencionados se enfocan al juicio oral.

3.2 EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADO UNIDOS MEXICANOS.

Actualmente es indudablemente el reconocimiento de la presunción de inocencia, como derecho público subjetivo, en diversos ordenamientos constitucionales, como instrumento de defensa de los ciudadanos frente a los actos de los órganos de impartición de justicia.

Ello implica la aplicación del debido proceso penal, se requiere la observación de las garantías previstas en las leyes fundamentales e instrumentos internacionales que posteriormente analizaremos, en los que la presunción de inocencia junto con otros principios jurídicos-penales conforman un sistema de justicia propios de un estado democrático de derecho, que limitan al poder punitivo del estado.

A pesar del reconocimiento de la existencia del principio de la presunción de inocencia como derecho fundamental de nuestro sistema legal, se soslayó la función que tiene en la práctica judicial, esto es como regla de tratamiento del inculcado durante el procedimiento penales importancia en la valoración de la prueba; lo cual lo anterior más adelante en el capítulo precedente analizaremos como este principio fundamental en México ya había sido vigente a nivel internacional.

Por su parte la presunción de inocencia como derecho fundamental obliga al juzgador a constatar la existencia de la actividad probatoria de cargo y la suficiente de la misma, esto es, la prueba legal y que haya sido racionalmente valorada, por lo que falta de estos requisitos se puede decir que existe prueba de cargo que afirme la culpabilidad del acusado, en consecuencia prevalezca la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia es un derecho subjetivo público, que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental, que posee su eficacia en un doble plano: por una parte, opera en situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor y no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos; por otro lado, el referido derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Cárdenas Rioseco, Raúl F., *El Derecho a un Proceso Justo sin Dilaciones*, México, 2007, editorial Porrúa, Pagina 50.

Sin embargo, el citado principio se encuentra plasmado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de manera implícita en diversos artículos, para los cuales, en citado ordenamiento el Órgano Constitucional, es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expuesto sobre este punto una jurisprudencia, esclareciendo sobre este punto y estableciendo en ella, que nuestra carta magna no viola las garantías individuales del procesado.

Por otra parte tomaremos en cuenta algunas opiniones de algunos autores en relación a esta cuestión, posteriormente propondremos que la presunción de inocencia sea establecido de manera explícita en la propia constitución, a lo que acontece que dentro del derecho penal ya se estuviera contando con un principio que sería fundamental a favor del procesado.

Lo que traería como consecuencia que los distintos órganos de gobierno y el órgano jurisdiccional en la determinación de la sentencia tome en cuenta las pruebas que el procesado tienen a su favor, lo cual daría como resultado un nuevo principio no solo para el derecho penal sino además para la constitución, además de los ya existentes y se establecería que el proceso penal, existiría un proceso penal más justo y equitativo, así como que el inocente ya no tendría la obligación de probar su inocencia sino que ahora le va a corresponder a la autoridad la comprobación de dicha conducta que se describe como delictiva.

Antes de pasar a conocer el criterio jurisprudencial del supremo órgano constitucional, pasaremos a realizar el análisis de los distintos artículos por los cuales se encuentran relacionados la presunción de inocencia o mencionado el principio *in dubio pro reo*, siendo diferente al principio de la presunción de inocencia.

Por su parte, a continuación realizaremos el análisis de los siguientes artículos constitucionales por los cuales el principio de la presunción de inocencia se encuentra de forma implícita en nuestra carta magna y que además estos artículos solo hacen alusión a las formalidades que debe cumplir *el debido proceso*, así como también menciona figura del *in dubio pro reo* donde es totalmente diferente al de la presunción de inocencia.

Debemos partir del análisis de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el objeto de determinar si hacen alusión al principio de la *presunción de inocencia*; que consiste en el derecho, de toda persona que ha sido acusa de un delito, a ser considerada inocente, en tanto no se demuestre -por resolución judicial definitiva- su culpabilidad.

Los artículos constitucionales en cita textualmente disponen:

“Artículo 14. [...] En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada en la ley exactamente aplicada al delito de que se trata.

Artículo 16. [...] No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial, y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho sin que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Artículo 19: [...] previene del auto de formal prisión, que deberá expresar los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.

Artículo 21. La imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución e investigación de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.

Artículo 102. [...] Apartado A [...] Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos de orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan toda regularidad para la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.”¹⁴⁶

Nos podemos dar cuenta que al transcribir los diversos artículos constitucionales por los cuales se determina que el principio de presunción de inocencia se encuentra inmerso en la misma, nos podemos dar cuenta que dicha figura como lo es la presunción de inocencia no se encuentra de forma expresa en ningún artículo constitucional.

Mismos artículos podemos apreciar que únicamente se aprecia en los referente al *debido proceso legal* que esta sujeta una persona que cometió una conducta determinada como delito, siendo además de que se deben cumplir ciertas formalidades que debe el juicio durante su tramitación.

En razón a lo anterior nos menciona el Magistrado Miguel Ángel Aguilar López,¹⁴⁷ advierte, en nuestra carta magna, el principio de *presunción de inocencia* no se prevé de forma expresa sino implícita. De la interpretación sistemática de los citados artículos se distingue el debido proceso legal, que presupone que al inculcado se le reconozca el derecho a la libertad.

¹⁴⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2008, 30ª edición, editorial Esfinge, pagina 98.

¹⁴⁷ Aguilar López, Miguel Ángel, *El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita y el principio de presunción de inocencia*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, México, 2004, Pág. 4.

Derecho del que sólo el estado podrá privarlo, cuando existan suficientes elementos incriminatorias, luego de haber seguido un proceso penal en su contra -en el que se hayan respetado las formalidades esenciales del procedimiento, la garantía de audiencia y la adecuada defensa con el objeto de que el inculpado haya logrado la oportunidad de ofrecer pruebas destinadas a desvirtuar la imputación correspondiente- y, una vez que el juez pronuncie sentencia, con base a las pruebas ofrecidas, sea declarado inocente o culpable.

Por otra parte se advierte, en el caso del principio acusatorio que señala la competencia, a cargo del Ministerio Público, de la función persecutoria y de la obligación de presentar y buscar pruebas que acrediten la existencia de éstos, de lo que se desprende de lo dispuesto en el artículo 19 constitucional -particularmente cuando previene del auto de formal prisión, que deberá expresar los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado-.

En el mismo sentido, el artículo 21 constitucional establece la persecución e investigación de los delitos incumbe al Ministerio Público; de igual forma el precepto 102 constitucional dispone que es atribución del Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos de orden federal, correspondiéndole buscar y presentar pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos.

En ese tenor, los principios constitucionales del debido proceso legal y acusatorio resguardan tácitamente el diverso principio de *presunción de inocencia*, originando que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito; *porque el sistema constitucionalmente previsto el indiciado no tiene la carga de probar su inocencia, correspondiéndole al Ministerio Público acreditar el delito y la culpabilidad del imputado.*

Por ello es importante que el principio de la presunción de inocencia se encuentre expresado en la carta magna, para que así, el inculcado goce de este principio a partir de que es detenido, dando como resultado que el propio Ministerio Público sea quien realice de forma adecuada la comprobación de la culpabilidad y esta no sea por simples sospechas y supuestos por los cuales muchas veces la autoridad investigadora detiene a personas que no han realizado determinada conducta ilícita

Y es entonces que muchas veces se tiene que esperar hasta que el órgano jurisdiccional lo absuelva a dicha persona sin que se le haya comprobado su participación en el hecho delictuoso, es por ello con la aplicabilidad de forma directa del *principio de presunción de inocencia*, una vez que se encuentra plasmada en la constitución, esté beneficiaria de forma generalizada a toda aquella persona que consideran haya cometido determinado ilícito determinado en la ley.

3.2.1 EL PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, después de más de 85 años de se haya expedido la Constitución de 1917, que estableció las llamadas garantías constitucionales en materia penal expuestas en lo relativo a los artículos 13 al 23, no había reconocido un principio que era fundamental para el derecho penal liberal y garantista, siendo éste, el derecho a la presunción de inocencia.

Una vez realizado el estudio de los diversos artículos constitucionales y tomado en cuenta las opiniones de algunos autores, ahora por su parte a dichos puntos de vista se adhiere por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que ha expuesto el siguiente criterio jurisprudencial, en la cual, finalmente el 15 de agosto del 2002, nos manifiesta como este derecho a la presunción de la inocencia se encuentra implícito en la propia constitución diciendo lo siguiente:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorias, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del **debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia**, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.

El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXV/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.¹⁴⁸

No obstante que el reconocimiento de la presunción de inocencia por parte del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es de gran importancia y, fue sin duda, un gran avance para la cultura jurídica de nuestro país, la tesis a nuestro parecer confunde a la presunción de inocencia con el debido proceso y al principio acusatorio en forma de sinónimos, y además la anterior tesis es incompleta ya que no contempla el tratamiento del inculpado.

¹⁴⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Novena Época, Agosto de 2002, Tesis: P. XXXV/2002, Tesis Aislada, Página: 14.

Además mencionado lo anterior no hace referencia su existencia en los tratados internacionales como un derecho positivo vigente, en virtud de que México se ha adherido a diversos tratados internacionales, donde más adelante lo estudiaremos, en relación a que reconocen la aplicabilidad de la presunción de inocencia.

En donde podemos afirmar que el máximo tribunal advierte que el principio de la presunción de inocencia se encuentra inmerso en los diversos artículos analizados con antelación lo que denota, la presunción de inocencia se va a equiparar al debido proceso legal y al sistema acusatorio, lo que no sería lógico con el primer criterio por que se advierte que deben de cubrir ciertas formalidades por parte de la autoridad investigadora.

Por lo que, en la práctica las pruebas ofrecidas a favor de los procesados no son tomadas en consideración por parte de la autoridad investigadora hacia el presunto responsable al momento de comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, sino que dichas pruebas no le son tomadas en cuenta, sino que hasta que el inculcado se encuentra en presencia de un juez o órgano jurisdiccional.

Por ende, el órgano jurisdiccional única y exclusivamente se basa en la pruebas ofrecidas por el órgano acusador e investigador que es el Ministerio Público; las pruebas que ofrece el inculcado durante la averiguación previa no son tomadas en cuenta sino que hasta que ya es turnado ante un órgano jurisdiccional. Es por eso que no únicamente dicho principio exista en una ley secundaria sino que ésta figura debe de existir inmerso en la constitución para tener más credibilidad en el procedimiento penal.

Ahora bien, podemos señalar que durante el proceso penal, si bien en la doctrina procesal mexicana en general no parece existir el principio de presunción de inocencia de acuerdo con los principios que rigen el proceso penal, sí los hay respecto de su contenido, señalando entre otros, el de: legalidad, obligatoriedad, necesidad, identidad judicial, autonomía de funciones procesales, oralidad, publicidad, contradicción, etc., de los que unos son principios y otros son meras formalidades de actos procesales.

No todas estas máximas estructurales del enjuiciamiento están formuladas expresamente en la legislación procesal; sin embargo, muchas se deducen de diversas normas de forma particular, así como mediante interpretaciones jurisprudenciales.

La máxima estructura de todo enjuiciamiento legal se encuentra señalada en el artículo 14 constitucional el cual reza: "... Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecido, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y con las leyes expedidas con anterioridad al hecho ...".¹⁴⁹ En esta disposición constitucional se hace referencia al "*proceso debido*", que es propio de un estado de derecho mismo que ya fue estudiado en el punto anterior, en donde el estado ha de garantizar todos los medios o mecanismos legales en que se efectúa un debido enjuiciamiento.

Los principios procesales penales pueden ser clasificados, según la etapa del procedimiento, como sigue:

1) Principios relativos a la averiguación previa: principio de oficialidad, principio de legalidad, principio acusatorio, etc.

2) Principios relativos al auto de plazo constitucional: principio de inmediación, principio de aceleración y de concentración, principio de audiencia judicial, principio del juez legal, etc.

3) Principios relativos a la instrucción (enjuiciamiento): principio de legalidad, principio del juez legal, etc.

4) Principios relativos a los medios de probatorios: principio de averiguación, principio de inmediación, principio de la libre apreciación de la prueba, principio *in dubio pro reo*, principio de presunción de inocencia, etc.

¹⁴⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2008, 30ª edición, editorial Esfinge, pagina 17.

5) Principios relativos a la forma: principio de oralidad, principio de publicidad, etc.

Estos principios deben ser observados no sólo por los tribunales, sino por todos los demás órganos estatales que influyen en el desarrollo de un proceso penal, según exigencias del estado de derecho, que impone el deber de asegurar el principio derivado de la dignidad humana de los hombre, como de las personas que actúan con responsabilidad propia de que no puede imponerse pena sin culpa.

Garantías individuales del imputado: defensa, inocencia, *nemo tenetur*, prohibiciones probatorias, *non bis idem*.

La ley fundamental mexicana garantiza la libertad y seguridad jurídica, estableciendo garantías penales y procesales para alcanzar el alto fin de justicia social penal, los derechos esenciales de la persona, no nacen del hecho de ser ciudadano de un determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana; razón por la cual justifican una protección universal y se crean condiciones que permiten a cada ciudadano gozar de sus derechos económicos, políticos, sociales, civiles y culturales, por ello, el estado tiene la obligación de promover el respeto universal de los derechos y libertades, debe hacerlo para poder hablar de un proceso penal moderno.

Por lo que respecta a las garantías constitucionales relacionadas con la justicia penal, destacan las contenidas en los artículos 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la constitución política, que establecen límites a la potestad punitiva del estado. Tales garantías son las siguientes:

a) Garantías de igualdad (artículo 13 constitucional): - Nadie puede ser juzgado por leyes privativas; Nadie puede ser juzgado por tribunales especializados.

b) Garantías de seguridad (artículo 14 constitucional): - De irretroactividad de la ley; De audiencia; De legalidad en materia de justicia penal; Del debido proceso legal; De estricta aplicación de la ley en las resoluciones judiciales; De no aplicación análoga de la ley en perjuicio de tercero; De no aplicación de la ley penal por mayoría e razón.

c) Garantías del imputado (artículos 20 y 23 constitucional): - Garantía de libertad bajo caución; Garantía de no autoincriminación (prohibición de la incomunicación y la tortura); Garantía de defensa adecuada; Garantía de audiencia; Garantía de publicidad en el proceso; Garantía de recepción de pruebas a su favor; Garantía de brevedad en el proceso; Garantía de no ser juzgado dos veces por el mismo delito (*non bis in idem*); Garantía de absolver en caso de duda (*in dubio pro reo*); etc.

La garantía de defensa misma que se retomo en el pasado capitulo, como se observa, tiene rango constitucional; dicha garantía no sólo se limita al proceso, sino deberá ser observada durante la averiguación previa. El *principio de presunción de inocencia*, en cambio no se encuentra expresamente establecido en la constitución, pero sí lo está en instrumentos internacionales que México ha suscrito, mismos que serán analizados y estudiados más adelante, por lo que también impone al estado la obligación de dar a todo ser humano tratamiento de inocente, hasta el momento en que los tribunales, mediante una resolución firme, lo declare culpable.

Además, el reconocimiento de la presunción de inocencia en la normatividad jurídica interna como internacional, concretamente en el ámbito constitucional, obliga a su observancia, de ahí la importancia de que se incluya en la constitución, por que no es una cuestión que podamos prescindir en nuestro actual sistema penal, como se a advertido, a pesar de que México ya a signado diversos instrumentos internacionales sobre el particular, la imprevisión expresa del referido principio conduce a la carencia de la legislación y práctica judicial adecuada, que postule el respeto de la misma en el proceso penal mexicano.

Si la constitución obliga a todos los órganos del estado y puede ser invocada para que los poderes del mismo ejecuten, legislen y juzguen sobre determinada situación fáctica; elevada a rango constitucional la presunción de inocencia implicaría que el legislador no cree normas que atenten contra este derecho, ni lo restrinja de algún modo.

En este sentido, dicha garantía del inculpado, constituye un límite al legislador en la creación de normas jurídicas que consagren una presunción de culpabilidad que obligue al inculpado a demostrar su inocencia, lo cual eliminaría los tipos penales que revierten la carga de la prueba sobre el justiciable y que, como se ha comentado, se encuentra previsto en nuestra legislación penal secundaria.

Ello también evitaría que el máximo tribunal constitucional en su poder de legislador, al emitir criterios de interpretación de las normas penales, consienta la valoración de este postulado fundamental sobre el cual se construye nuestro estado de derecho, al prescindir un conocimiento más profundo respecto de los alcances del mismo, como principio rector del sistema penal.

Y, perfile su actividad jurisprudencial a proteger de las arbitrariedades o prácticas viciadas en que pueden incurrir los órganos jurisdiccionales o a justificar la existencia de presunciones de ilicitud en la descripción de los delitos, de esta manera, es como se puede aspirar a construir un sistema legal que permita que este principio fundamental se aplique.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Aguilar López, Miguel Ángel, *La Presunción de Inocencia en México (análisis crítico propositivo)*, Criminogenesis. Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal, México, febrero 2007, año 1, número 0, Página 105.

3.2.2 SEGÚN MIGUEL ÁNGEL AGUILAR LÓPEZ.

Por su parte el Magistrado Miguel Ángel Aguilar López ¹⁵¹ no da una propuesta en relación a la presunción de inocencia la cual se refiere: La inclusión de la presunción de inocencia en la constitución, con el rango de garantía individual, como parte de la necesaria reforma del sistema penal mexicano, y acoplamiento de los tratados internacionales adoptados, relativos al tema; lo cual permitiría prescindir de las presunciones de la culpabilidad, contenidas en algunas descripciones de los tipos penales, además, delimitar el alcance que de la premisa el que afirma está obligado a probar, que no opere respecto al inculpado, al prevalecer a su favor la presunción de inocencia; e impulsar la debida estructuración, a través de los razonamientos lógicos-jurídicos conducentes, la prueba presuncional empleada por los órganos judiciales en la valoración de las pruebas.

3.2.3 SEGÚN ANA LUISA OROPEZA BARBOSA.

Ahora bien nos manifiesta la autor Ana Luisa Oropeza Barbosa que los juristas de las naciones unidas advierten la necesidad de la desinstitucionalización de la prisión preventiva durante el proceso. Y, al ocuparse de los presos que sufren condena sin haber sido condenados, mencionan el agravante de que muchos de ellos resultarán absueltos.

Y sería difícil y humanamente irónico pretender hacerles comprender que no han sufrido una pena, sino solamente una medida cautelar tendiente al aseguramiento del proceso. Creemos pertinente aclarar que no tiene el mismo significado jurídico la presunción de inocencia y la presunción de inculpabilidad.

La tesis según la cual el indiciado, imputado o procesado, no tiene en su favor la presunción de inocencia sino de inculpabilidad, es veraz.

¹⁵¹ *Ibíd*em, pagina 106.

La diferencia puede proceder frágil bajo el perfil lógico pero desde el punto de vista procesal arroja una diferencia gradual entre ambas, pues mientras que la inculpabilidad se actualiza desde la averiguación previa hasta la fase preinstructora, la de inocencia se manifiesta hasta la emisión de la sentencia definitiva, la cual al ser dictada por ejemplo con formula plena (se por que el hecho no está tipificado como delito o porque el activo no lo cometió), es el resultado de un juicio global y definitivo que arroja tanto la no existencia del cuerpo del delito como de la responsabilidad penal.

En cambio, *la inculpabilidad* se refiere a juicio parcial encuadrado dentro de la presunta responsabilidad, suficiente según los artículos 16 y 19 constitucional para justificar la necesidad de la prisión preventiva.

Sirve de apoyo a lo anterior la tesis jurisprudencial número 66/99 aprobada por la primero sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión del 20 de Octubre de 1999, por unanimidad de cinco votos, bajo el rubro:

RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA. MOMENTO PROCESAL EN QUE PUEDE PROMOVERSE.

El artículo 96 del Código Penal Federal establece que: "Cuando aparezca que el sentenciado es inocente, se procederá al reconocimiento de su inocencia, en los términos previstos por el Código de Procedimientos Penales aplicable y se estará a los dispuesto por el artículo 49 de este código". Del texto anterior no se advierte el momento procesal oportuno en que debe promoverse dicho reconocimiento de inocencia. Sin embargo esa omisión se subsana con lo dispuesto por el artículo sexto transitorio del decreto de 30 de Diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de Enero del 1984, por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones del Código Penal en Materia de Fuero Común y para toda la Republica en Materia de Fuero Federal, el cual a la letra dice: "Articulo Sexto. Para los efectos del reconocimiento de la inocencia del sujeto al que alude el articulo 96 del Código Penal, reformado en términos del presente decreto, se estará a los dispuesto para el indulto necesario, tanto en el Código Federal de Procedimiento Penales como el Código de Procedimiento

Penales para el Distrito Federal, según corresponda”. Asimismo el precepto 94 del ordenamiento legal antes invocado, señala que: “El indulto no puede concederse sino de sanción impuesta en sentencia irrevocable”. Ahora bien, no cabe duda de que el momento en que debe ser solicitado el reconocimiento de inocencia, es cuando exista sentencia irrevocable, que no pueda ser impugnada a través de recurso ordinario, por virtud del cual pueda modificarse o revocarse, esto es, que la ley que rige ese procedimiento no admita ningún otro medio ordinario de defensa, pues no debe perderse de vista que el proceso penal, el juicio de amparo directo su objetivo es analizar si la determinación emitida por el órgano jurisdiccional es violatoria de garantías y el reconocimiento de inocencias contrae a determinar que el sentenciado en su concepto es inocente del hecho delictivo por el que fue sancionado, dado que existen pruebas que pretenden acreditar su inocencia, por lo que es válido afirmar que esos procedimientos tienen finalidades distintas. De ahí que el reconocimiento de inocencia sea procedente cuando se está en presencia de una sentencia irrevocable, y resulta innecesario que el sentenciado agote el juicio de amparo directo, pues este medio de defensa tiene el carácter de extraordinario, el cual rige por una disposición específica diferente a la contenida en el Código Federal de Procedimiento Penales”.¹⁵²

3.2.3.1 SEGÚN EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.

En el caso de Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁵³ nos explica que el problema más grave, por su frecuencia y extensión, es decir, por constituir en nuestra región la forma más usual del ejercicio del poder punitivo represivo, es decir, por haberse erigido en la pena más corriente, es el de una institución considerada casi siempre de naturaleza procesal penal, pero que para nosotros tiene una filiación penal: la prisión preventiva.

¹⁵² Oropeza Barbosa, Ana Luisa, Op. cit., página 155.

¹⁵³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos. “Proceso Penal y derechos humanos: códigos, principios y realidad*, México, 2000, 1ª edición, editorial Porrúa, páginas 12-14.

Los esfuerzos que se han hecho para explicar que dentro de los principios y garantías constitucionales e internacionales son, a nuestro juicio, completamente vanos: la prisión preventiva, al menos en la gran mayoría de los casos, implica una lesión a la presunción de inocencia, y por ende, una pena anticipada a la sentencia.

La prisión preventiva -al igual que algunas penas excepcionales- puede legitimarse como coacción directa en los casos en que la misma sea necesaria para detener la actividad lesiva en curso o para impedir una inminente, pero en los restantes casos es aún más irracional que una pena irracional, dado que se trata de un poder punitivo habilitado antes de que se pueda afirmar que haya un delito, es decir, una pena impuesta por la mera *noticia criminis*.

No puede tener ninguna legitimidad la imposición de una pena a quien no se sabe si es autor de un delito.

Los intentos de legitimar la prisión preventiva circulan por dos carriles diferentes: los que reconocen más o menos expresamente el carácter de pena y tratan legitimarla como tal, y los que desconocen este carácter y tratan de legitimarla como medida procesal. Son respectivamente, las llamadas teorías sustantivitas y procesalistas, de la prisión preventiva.

Ambas posiciones se reflejan y tienen su versión en negativo en los criterios usados por la legislación y la jurisprudencia para hacer cesar la prisión preventiva, que son los llamados “criterios excarcelarios”, donde por lo general se cruzan en la práctica argumentos de ambas naturalezas.

3.2.3.2 SEGÚN GAROFALO Y ENRICO FERRI.

Los argumentos sustantivistas apelan a conceptos tales como la satisfacción de la opinión pública, la necesidad de intimidar, la urgencia por controlar la alarma pública, la disuasión, la ejemplaridad social, y hasta la readaptación. La prisión preventiva se impone, para esta corriente, como una pena y la presunción de inocencia se sacrifica a las necesidades del orden.

El planteamiento es claro y autoritario, sin rodeos ni mayores discusiones: en la guerra contra el crimen es necesario imponer penas antes de la sentencia. Si alguno resulta recibiendo una pena que no le corresponde, los razonamientos que en toda guerra sufren también los inocentes.

En general, el pensamiento sustantivista no mueve errores: es el pensamiento del derecho penal autoritario, expresado claramente por Garofalo y por Ferri en tiempos del positivismo y en los del fascismo por Manzini.

La reconocida torpeza autoritaria por Garofalo le lleva a sustentar la increíble tesis de que no tendría razón de ser la libertad provisional “y debe desaparecer completamente, dejando a salvo en que el mismo juez de instrucción crea en la inocencia del acusado. Tal y como hoy existe, esta institución presenta los mayores peligros; parece hecha una ex profeso para favorecer al mundo criminal y atestigua la ingenuidad de los legisladores, los cuales parece que no se percatan de las nuevas armas que a los malhechores les presta la civilización”.

Los argumentos sustantivistas no han variado mucho hasta el presente, salvo que se expresan con menos claridad que Garofalo.

Alguna variante más prudente del mismo apela a la pretensión de que la prisión preventiva es una pena, sino una medida de seguridad. Para ello, lógicamente, extienden el concepto de coacción directa a través de la invención de las necesidades, tarea que, como sabemos, no tiene fin en la imaginación del poder. No se trata de ninguna novedad, sino del viejo y reconocido recurso que se remonta a la inquisición complementada con el embuste de las etiquetas.

3.2.3.3 SEGÚN ALFREDO VELEZ MARICONDE Y BINDER.

Ahora conoceremos desde el lado de las teorías procesalistas, en general la vertiente se remite al proceso civil, o sea, a una asimilación con las medidas cautelares de ese proceso.

Por supuesto que esto implica un formalismo inaceptable, pues pasa por alto la obvia diferencia entre una limitación patrimonial y una pérdida de libertad: la primera siempre es recuperable y reparable en la misma especie, en tanto que la devolución del tiempo es imposible.

No han faltado construcciones ingeniosas, aunque nos limitaremos sólo a dos de ellas.

a) La primera de ellas es la conocida tesis de Vélez Mariconde suscrita por Alfredo Vélez Mariconde, para quien no existe ninguna presunción de inocencia antes de la sentencia, sino un mero “estado de inocencia”. En rigor, trata de demostrar que si la persona esta privada de su libertad, no hay presunción de inocencia, pues de lo contrario no estaría presa.

Es un esfuerzo para partir de un dato óptico y desde el mismo tratar de legitimar la realidad: en lugar de reconocer que un inocente está preso, se parte de que si está preso no debe ser tan inocente.

b) Más recientemente, Binder trata de explicar dándole fundamento en la prohibición del proceso en ausencia. Es un razonamiento que se convierte en garantía que fundamenta para la violación de un principio de superior jerarquía, como es el inocencia; la prohibición del proceso de contumacia es una garantía que refuerza el principio de inocencia y en modo alguno puede legitimar su violación. Por otra parte, cabe preguntar como la legitiman los países que aceptan el proceso de contumacia.

También afirma este autor que la imposibilidad de legitimar la prisión preventiva, por que entra en contradicción irreductible con el principio de inocencia, nos muestra que no hay principio ni garantía que sea absolutamente respetado en el ejercicio del poder punitivo, o sea que, éste los viola a todos, solo que en diferentes medidas.

Dicho más sintéticamente: los derechos humanos siempre son violados por el poder punitivo, sólo que en diferentes grados, si se quiere invertir la fórmula -aunque no por eso cambia el contenido- puede decirse que el poder punitivo respeta los derechos humanos en diferente medida.

3.2.4 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Por otro lado la presunción de inocencia dentro del proceso penal, tiene relación con el principio garantista de carga probatoria, pues, como ya se ha dicho, por el carácter público y el interés común que detenta el derecho penal, es el estado, concretamente el sujeto procesal acusador, sobre quien recae la carga probatoria tendiente a demostrar la existencia del delito, la responsabilidad penal del inculpado, y el correspondiente reproche de culpabilidad; pues este no tiene la obligación de probar su inocencia, debido a que goza de una situación jurídica que no necesita ser construida.

Por ello, lo manifestado en anteriores puntos, diremos que la presunción de inocencia constituye hoy un derecho fundamental constitucionalizado, que representa garantía procesal irrenunciable para los inculcados, ya que se ha prohibido considerarlos culpables, sin mediar condena, tratando de mantener y proteger la situación jurídica de inocencia, mientras no se aporten pruebas capaces de demostrar el delito, la forma de intervención del acusado y, en consecuencia, su culpabilidad; lo cual será reflejado al ser emitido por la autoridad judicial al emitir o resolver en definitiva.

Hay que recordar que la presunción de inocencia se encuentra plasmada en una ley secundaria de forma expresa siendo el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en el apartado de la prueba presuncional, en su artículo 247 el cual dice: "...No podrá condenarse a un acusado sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa"¹⁵⁴, pero cabe recordar que al ser establecido en un ordenamiento secundario la presunción de inocencia, está no es acatada de forma obligatoria por los distintos órganos jurisdiccionales, mismos que solo para ellos es una sola mención de que únicamente se encuentra plasmada en dicho ordenamiento dicha figura, pero, sin en cambio no es tomada en cuenta como tal para cuando se emite su sentencia.

En consecuencia, nos dice Rubianes: "Para condenar al imputado el juez debe tener la certeza, la convicción de que es responsable de un hecho delictuoso, por que se debe destruir el estado de inocencia en que se sustenta su condición jurídica. En cambio para absolver no es necesario que tenga esa certeza de que es inocente, ya que en caso de duda ha de absolverse a su favor".¹⁵⁵

¹⁵⁴ Legislación Penal para el Distrito Federal, México, 2006, 2ª edición, ediciones Libuk S.A. de C.V., pagina 185.

¹⁵⁵ Zamora-Pierce, Jesús, Op. cit., página 433.

Agrega por su parte Eugenio Florian¹⁵⁶: “Hay un principio natural de prueba, impuesto no solo por la lógica y por el sentido moral, sino por la probidad procesal; es el principio del que el reo no puede ser condenado si falta la prueba del hecho que se le imputa..., la presunción de inocencia no puede tener más significado practico que el que le da el principio de que para condenar se requiere la prueba de la imputación, sin la cual el reo debe ser absuelto. La presunción de inocencia no puede significar otra cosa si no que en la duda no es permitido condenar, y así, para que pueda dictarse absolucón, no habrá que esperar que resulte probada la negación del hecho que se impute si no que batará que no haya obtenido la comprobación del hecho”.

3.2.5 SEGÚN ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA.

Por su parte el autor Andrés Martínez Arrieta¹⁵⁷ nos manifiesta que al estar plasmado en la propia constitución, la presunción de inocencia esta de dejaría de ser un principio general del derecho que ha de informar a la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincule a todos los poderes públicos y que esté sea de aplicación inmediata.

En relación a lo anterior manifiesta que *el principio in dubio pro reo* va dirigido al órgano jurisdiccional, lo cual es de carácter procesal, por lo tanto, *la presunción de inocencia* se limita a comprobar la existencia de una actividad probatoria, donde la misma le correspondería al órgano jurisdiccional su valoración y su constatación.

La razón de ser de la presunción de inocencia es la de garantizar a toda persona inocente que no será condenada sin que existan pruebas suficientes que demuestren su culpabilidad, que destruyan tal presunción y que justifiquen una sentencia condenatoria definitiva.

¹⁵⁶ Florián, Eugenio, *De las Pruebas Penales. Tomo I*, Bogota-Colombia, 1982, 3ª edición, editorial Temis, pagina 391.

¹⁵⁷ Martínez Arrieta, Andrés, *El recurso de casación penal. Control de la presunción de inocencia*, Granada, 1996, 2ª edición, editorial comares, Pagina156.

En tal virtud, se convierte en una garantía de la libertad personal, tanto, contra la arbitrariedad de los poderes públicos como contra la reacción reivindicativa de la víctima, garantía que, en todo caso, debe beneficiar a cualquier delincuente, sea este primario o reincidente.

Así, es que toda persona se presume inocente, cualesquiera que sean las sospechas o los cargos que sobre ella recaigan, debe ser considerada y tratada como tal en tanto su culpabilidad no haya sido probada y declarada mediante una sentencia regular y definitiva.

3.2.6 CONSECUENCIAS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

De la presunción de inocencia se derivan varias consecuencias a saber: primero, que la persona acusada no está obligada a probar que es inocente sino que es a la parte acusadora -Ministerio Público o víctima- a quien le incumbe la carga de la prueba de los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

Como segunda consecuencia, tenemos que el acusado no puede ser obligado a confesar en su contra, razón por la cual las legislaciones internas no solo prohíben recurrir a cualquier tipo de coacción, presión o amenaza tendente a provocar la confesión del inculcado, sino que afectan de nulidad las confesiones obtenidas por tales medios.

Tenemos como tercera consecuencia para el caso de duda, ésta beneficia al acusado, principio que expresa el adagio *in dubio pro reo*.

Como cuarta consecuencia, sería en que la persona acusada pero puesta en libertad, sea por falta de méritos sea bajo caución debe continuar en libertad a pesar de que se hubiese interpuesto apelación contra la decisión judicial correspondiente.

3.2.7 SEGÚN MIGUEL ÁNGEL MONTAÑÉS PARDO.

En el entendido de que la constitucionalización del derecho a la presunción de inocencia no es la mera enunciación formal de un principio hasta entonces no explicado. En donde podemos mencionar algunas consecuencias más importantes como sostiene Miguel Ángel Montañés Pardo¹⁵⁸ las cuales son:

- El carácter normativo de la constitución comporta que los derechos fundamentales, entre ellos el de la presunción de inocencia, deben de ser de aplicación directa e inmediata y vincular a todos los poderes públicos.

- El derecho a la presunción de inocencia debe de interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales que hayan sido firmados y ratificados por el país.

- Por ser un derecho fundamental debe ser tutelado por los jueces y tribunales del poder judicial, tanto a nivel federal como local y otorgar la posibilidad de la protección de dicho derecho a través del juicio de amparo.

- Su contenido puede ser variado por el legislador ordinario, el cual siempre deberá respetarlo y, en todo caso, desarrollarlo en sus leyes penales y procesales penales.

- La presunción de inocencia debe ser considerada un elemento esencial conforme al cual deben ser interpretadas todas las normas que compongan nuestro ordenamiento.

- Este derecho desde el punto de vista legislativo, implicaría un límite al legislador por la posible redacción de las normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad y conlleven para el acusado la carga de probar su inocencia.

¹⁵⁸ Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La presunción de inocencia*, El mundo del Abogado. Una revista actual, México, Agosto 2002, numero 40, año 5, Pagina 33.

3.2.8 GARANTÍA SEGÚN EL ARTICULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

La presunción de inocencia es un derecho subjetivo público, que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental que posee su eficacia con un doble plano: por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y trato de no autor o no participe de hechos de carácter delictivo o análogos a estos; por otro lado, al referido derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba.

Hay autores que sostienen "...la presunción de inocencia... no puede decirse, que sea una novedad absoluta en nuestro derecho, pues si no estuvo legalmente reconocido como tal, derecho fundamental de una persona, venia conociéndose ya, de antiguo, como implica en el viejo aforismo penalista del in dubio pro reo..."¹⁵⁹

La sustitución del sistema inquisitivo por un sistema acusatorio hará posible la admisión de lo que en la actualidad se denomina presunción de inocencia pues es indudable que "... En un sistema... en el cual la instrucción conserva formas del proceso inquisitivo, la presunción de inocencia no puede ser aceptada.." ¹⁶⁰

Otro aspecto, ofrece una indudable interés para demostrar la incidencia del principio "*in dubio pro reo*" en dicho texto es todo el texto que hace regencia a la figura de la absolucón en la instancia, pues de ella se afirma que se trata de una "... corruptela que hacía el ciudadano a quien el estado no había podido convertir en culpable, una especie de liberto por vida verdadero ciervo de la curia..., dejándole..., bajo la amenaza de abrir de nuevo el procedimiento el día que por malquerencia se prestaba a declarar contra ellos cualquier vecino rencoroso y vengativo.."

¹⁵⁹ Romero Arias, Esteban, La presunción de inocencia, Pamplona 1985, editorial aranzadi, pagina 35.

¹⁶⁰ Ibídem, pagina 24.

Ahora, una vez conocido y establecido las diversas opiniones sobre la concepción de la presunción de inocencia y conocido los diversos artículos constitucionales por los cuales se encuentra de forma implícita la presunción de inocencia y estudiado la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Diremos ahora, con la reciente reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada el pasado 18 de Junio del 2008 en el Diario Oficial de la Federación, en donde se establece de forma explícita a la presunción de inocencia, nos podemos dar cuenta que ahora si estamos ante un estado de derecho democrático y dejando atrás el sistema de autoritarismo, misma reforma establece lo siguiente:

“... **Artículo 20.** El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, *proteger al inocente*, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y *la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;*

III. Para los efectos de *la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio.* La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

V. *La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal.* Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

VIII. *El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;*

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán

también en las audiencias preliminares al juicio.

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa...

*C. De los derechos de la víctima o del ofendido...*¹⁶¹

Nos podemos dar cuenta que en la reciente reforma constitucional ya se encuentra de forma explícita la presunción de inocencia, además de que ya existe el proceso penal acusatorio, mismo que da cabida a que el órgano jurisdiccional tome en cuenta las pruebas ofrecidas por el procesado en la determinación de la sentencia, dando origen a que tanto el proceso penal acusatorio como la presunción de inocencia sea respetada de forma directa por tanto por el Ministerio Público en la averiguación previa, como el Órgano Jurisdiccional.

Pero no tan solo esta reforma va dirigida a estos órganos de gobierno, sino además va dirigida a los diferentes niveles de gobierno para que al momento de emitir una resolución o publicar una ley deben tomar en cuenta el principio de la presunción de inocencia.

Pero todavía no podemos manifestar que el principio de presunción de inocencia ya se encuentra vigente dentro de nuestro derecho, sino que hay que esperar un determinado plazo para su aplicabilidad, siendo que en la reforma menciona nos establecen los artículos transitorios lo siguiente:

“....Ahora bien conoceremos a fondo el contenido de los artículos transitorios respecto de esta reforma, los cuales dicen:

Primero. *El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, con excepción de lo dispuesto en los artículos transitorios siguientes.*

Segundo. *El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.*

En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos

¹⁶¹ Diario Oficial de la Federación, Tomo DCLVII, numero 13, fecha 18 de Junio del 2008, pagina 4.

legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los Estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.

En el momento en que se publiquen los ordenamientos legales a que se refiere el párrafo anterior, los poderes u órgano legislativos competentes deberán emitir, asimismo, una declaratoria que se publicará en los órganos de difusión oficiales, en la que señale expresamente que el sistema procesal penal acusatorio ha sido incorporado en dichos ordenamientos y, en consecuencia, que las garantías que consagra esta Constitución empezarán a regular la forma y términos en que se substanciarán los procedimientos penales.

Tercero. No obstante lo previsto en el artículo transitorio segundo, el sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor al día siguiente de la publicación del presente Decreto en el Diario Oficial de la Federación, en las entidades federativas que ya lo hubieren incorporado en sus ordenamientos legales vigentes, siendo plenamente válidas las actuaciones procesales que se hubieren practicado con fundamento en tales ordenamientos, independientemente de la fecha en que éstos entraron en vigor. Para tal efecto, deberán hacer la declaratoria prevista en el artículo transitorio Segundo.

Cuarto. Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes con anterioridad a dicho acto.¹⁶²

Pero eso no es suficiente, en virtud de que estas dos formalidades aún no se encuentran vigentes dentro del derecho penal vigente a nivel nacional, sino que hay que esperar un determinado tiempo que es dentro de ocho años, lo cual podemos pensar que está decisión emitida para la modernización del derecho penal y la toma de decisiones por parte del órgano judicial puede cambiar y podría caer en la implementación de arbitrariedades por parte de las diversas instituciones de solución a los conflictos.

Es por eso que todavía no podemos hablar de un sistema penal moderno, o como nos refiere Luigi Ferrajoli, el modelo ideal y garantista sobre la impartición de justicia, lo cual da como resultado proceso más justos y equitativos, en donde se respetan las diversas garantías procesales que tienen a su favor una persona, así como el respeto de las diversas formalidades en la tramitación de un juicio.

¹⁶² *Ibíd.*., pagina 5.

3.2.9 SEGÚN GERMÁN A. CASTILLO BANUET.

Por su parte el Dr. Germán A. Castillo Banuet¹⁶³ manifiesta en relación a la reciente reforma constitucional lo siguiente: La reforma constitucional es eminentemente garantista y otorga una amplia gama de derechos a favor de los acusados, que hoy en día sólo existen de manera implícita o de plano no existen, donde, podemos mencionar:

- Derecho a que se presuma su inocencia,
- A guardar silencio y que éste no sea utilizado en su perjuicio,
- Se le informara sobre los motivos de su detención,
- Consultara todos los registros de la investigación, antes de que se presente ante el juez,
- Contara con defensa profesional en todo momento,
- Todas las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales serán inválidas,
- Se le explicará la sentencia que finaliza el juicio,
- Podrá recibir beneficios y reducción de penas, si desea reconocer su culpabilidad,
- Tendrá derecho al control judicial de la ejecución de la sentencia.

Modifica el régimen de la prisión preventiva, en virtud de que sí, por la mayoría de los inculpados están presos durante el juicio, sin derecho a la libertad bajo fianza, esto sería contrario a la presunción de inocencia, asimismo para que no exista esta situación en el artículo 19 constitucional establecerá que la prisión preventiva como una excepción y no como una regla en general.

¹⁶³ Castillo Banuet, Dr. Germán A., *La reforma constitucional de seguridad y justicia*, Revista de Defensa Penal. La estrategia del procedimiento, mes de abril, 2008, número 2.

CAPITULO IV.- MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

4.1 EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

En el presente apartado conoceremos algunas consideraciones generales por las cuales se va a definir a los tratados internacionales, asimismo analizaremos todas y cada uno de los elementos que los conforman a los tratados internacionales. Por otra parte conoceremos el criterio jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los que reconoce a los tratados internacionales en su interpretación jurisprudencial con relación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Continuando con el presente estudio, primero hay que recordar que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratado de 1969, nos manifiesta en relación a los tratados internacionales, donde, señala en su artículo 2 que dice: “se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional ya conste en un instrumento único en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.¹⁶⁴

Sin embargo diremos que los tratados se van a regir por tres principios siendo los siguientes:

a) La norma *pacta sunt servanda*, contenida en el artículo 26 que dice: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe de ser cumplida por ellas de buena fe”.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, 2001, 1ª edición, editorial porrúa, pagina 3754.

¹⁶⁵ *Ibíd*em, pagina 3755.

b) El segundo principio es que un tratado produce efectos únicamente entre las partes. Mismo que se encuentra en el artículo 34 de dicha convención que dice: “un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer estado sin su consentimiento”.¹⁶⁶

c) Como tercer principio tenemos que el consentimiento es la base de las obligaciones convencionales; este principio rige no solamente para la celebración original del tratado, sino para las diversas figuras sobre derecho de los tratados, como es la adhesión, terminación, modificación, ratificación, etc.

Los presos sin condena están teóricamente amparados por el principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*), lo que significa que la pena sólo puede fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor, por la garantía procesal del principio de inocencia, que significa que el estado de inocencia perdura mientras no se declare la culpabilidad. Éstas y otras garantías básicas del derecho penal se encuentran consagradas en instrumentos internacionales.

Por su parte estableceremos el criterio jurisprudencial por los cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce jerárquicamente a los tratados internacionales y son parte integrante de la ley suprema, así como también la obligatoriedad de estos, para los cuales manifiesta:

**SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN.
INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.**

A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las Leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de "supremacía constitucional" implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la "Ley Suprema de la Unión", esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.

Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José

¹⁶⁶ Ídem.

de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.¹⁶⁷

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.

Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.¹⁶⁸

Establecido lo anterior, nos podemos dar cuenta como la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece criterios tan fundamentales sobre los tratados internacionales, siendo estos que tanto los órganos de impartición de justicia deben de tomar en consideración en la resolución de problemas relacionados a su incumplimiento y aplicación de los diversos tratados internacionales suscritos y firmados por nuestro país, siendo así, más adelante estableceremos los distintos tratados internacionales por los cuales nuestro país a formado parte importante y además los que contemplan a la presunción de inocencia.

¹⁶⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Abril de 2007, Novena Época, Tesis: P. VIII/2007, Tesis Aislada, Página: 6.

¹⁶⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Abril de 2007, Novena Época, Tesis: P. IX/2007, Tesis Aislada, Página: 6.

Entre los instrumentos internacionales dotados de obligatoriedad jurídica que incluyen dicho principio de la presunción de inocencia se cuenta con: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 párrafo segundo, adoptado el 16 de diciembre de 1966 y vigente a partir del 23 de marzo de 1976; por su parte, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José Costa Rica en su artículo 8º, párrafo segundo, suscrito el 22 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978, ambos ratificados por México los días 24 y 25 de Marzo de 1981, respectivamente y, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en su artículo 6, párrafo segundo, firmado el 4 de noviembre de 1950 y vigente desde el 3 de septiembre de 1953, por su parte algunos de estos serán analizados más adelante, además de la relación que tiene México con éstos.

4.2 DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y CIUDADANO.

4.1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Continuando con presente estudio, comenzaremos con el primer instrumento internacional que es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la cual fue adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de Agosto de 1789 y aceptada por el Rey Luis XIV el 5 de Octubre de 1789, la cual, consta de 17 artículos.

Posteriormente, es aquí en donde nace o surge la presunción de inocencia, donde, jurídicamente por primera vez está figura, es decir, la presunción de inocencia se encuentra plasmado en el artículo 9º. De la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de Agosto del 1789 -la cual dos años más tarde, sería incorporada como preámbulo de la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791- en los siguientes términos: *“Todo hombre se presume inocente hasta que sea declarado como culpable”*.

4.1.2 LEGALIDAD DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Siendo que podemos encontrar *el principio de la presunción de inocencia*, establecido en su artículo 9º que a la letra dice: “*Debiéndose presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley.*”¹⁶⁹

4.3 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

4.3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Además de lo anterior es un documento internacional dotado de obligatoriedad jurídica que contemplan el mismo principio cabe mencionar: Las declaraciones Americana en su artículo XXVI del 2 de mayo de 1948 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11 párrafo primero, mismo que data del 10 de diciembre de 1948, respectivamente, así como las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos en su artículo 84 párrafo segundo, adoptado por el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.

Ahora conoceremos a otro instrumento internacional que consagra al principio de la presunción de inocencia es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual se encuentra integrado 30 artículos, el cual fue adoptado y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), el día 10 de diciembre de 1948.

¹⁶⁹ Pacheco Gómez, Máximo, *Los Derechos Humanos. Documentos Básicos*, Chile, 1992, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Pagina 89.

4.3.2 LEGALIDAD DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

En donde podemos apreciar que el principio de presunción de inocencia se encuentra inmerso en dicho documento internacional en estudio, en su artículo 11. 1, mismo que nos hace la manifestación del multicitado principio, el cual dice: *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*.¹⁷⁰

4.3.3 SEGÚN RAFAEL MACEDO DE LA CONCHA.

Aquí mencionaremos la siguiente opinión que da al respecto el exprocurador Rafael Macelo de la Concha¹⁷¹ con respecto a la presunción de inocencia, manifiesta al respecto que la presunción de inocencia es una garantía de procedimiento, prevista en la convención de los derechos humanos y el pacto internacional de los derechos civiles y políticos. Esta presunción de inocencia tiene tres diferentes significados: como garantía básica del proceso penal, como regla del tratamiento del imputado durante el proceso y como regla relativa a la prueba.

Como regla básica en el proceso, la presunción de inocencia es un limite frente a la configuración de normas penales que apliquen una presunción de culpabilidad y conlleve para el acusado, la carga de probar su inocencia.

En cuanto a la regla de tratamiento del imputado, la presunción de inocencia evita la imposición anticipada de las consecuencias propias de la sentencia condenatoria, entre ellas la privación de la libertad.

¹⁷⁰ *Ibidem.*, pagina 99.

¹⁷¹ Macedo de la Concha, Rafael, *Por que debemos reformar el sistema de justicia penal*, México, 2004, INACIPE, Pagina 12.

Al respecto, la comisión interamericana de derechos humanos ha manifestado que la prolongación de la prisión preventiva, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre el individuo, constituye una violación a la presunción de inocencia.

La comisión ha sostenido, igualmente, con fundamento de validez de la medida cautelar, los siguientes: la presunción de que se ha cometido un delito, el peligro de fuga, el riesgo de comisión de nuevos delitos, la necesidad de investigar, la posibilidad de conclusión y, por último, el riesgo de presión sobre testigos y la preservación del orden público.

Dicho de otro modo, la prisión preventiva debe ser breve, sino de lo contrario, corre el riesgo de convertirse en una pena anticipada. Por ello, el sistema procesal propio de un estado de derecho es aquel que implica la prisión preventiva de forma excepcional.

De la misma manera, aunque más reciente, este principio fue recogido por el derecho internacional de los derechos humanos, quedando consignado de forma casi idéntica, en diverso instrumentos internacionales unos de carácter obligatorio y otros desprovistos de tal carácter, todos ellos aplicables sea en el plano universal sea únicamente en el ámbito regional.

4.4 PACTO INTERNANCIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

4.4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Nótese que el principio de la presunción de inocencia implica que una persona no es declarada culpable, no que se haya cometido un delito, esto es desde el punto de vista como víctima.

Una vez manifestado lo anterior diremos que desde el año de 1954, en seno de las Naciones Unidas, se inicio el proyecto del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el cual fue realizado con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, mismo que fue adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por la resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, mismo que entro en vigor el 3 de Enero de 1976, de conformidad con el artículo 27, el cual consta de 53 artículos.

Para el caso de México, el cual se adhiere a dicho documento internacional el 23 de Marzo de 1981, donde, dicha adhesión fue aprobada por el senado el 18 de diciembre de 1980, mismo decreto fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del 9 de Enero de 1981, y publicado de forma definitiva en el Diario Oficial de la Federación del 12 de Mayo de 1981.¹⁷²

4.4.2 LEGALIDAD DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Sin duda, nos daremos cuenta que el derecho a la presunción de inocencia ya había sido plasmado con anterioridad en el anterior documento internacional, en lo que cabe a la presunción de inocencia, lo cual, lo podemos encontrar a este principio en la parte tercera, en el artículo 14.2 el cual nos dice:

*“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se le presuma inocente mientras no se demuestre su culpabilidad conforma a la ley”.*¹⁷³

El principio de inocencia significa que ninguna persona puede ser considerada culpable sino hasta que lo determinan los tribunales y después de un juicio en el que se siguen las formalidades del procedimientos. Por su parte el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece que se deben cubrir ciertos elementos indispensables los cuales son:

¹⁷² Carbonell, Miguel, Moguel Sandra y Pérez Portilla Karla, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, México, 2002, 1ª edición, Editorial Porrúa, Pagina 37.

¹⁷³ Pacheco Gómez, Máximo, Op. Cit., pagina 164.

Características del tribunal: competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, derecho a la apelación (toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo establecido por la ley).

Establecido lo anterior, nos podemos dar cuenta que el documento internacional mencionado con antelación, también consagra las garantías procesales en materia penal, lo cual podemos mencionar que la norma transcrita forma parte del derecho positivo mexicano dado que forma parte de los tratados internacionales.

Luego entonces, no cabe duda que la presunción de inocencia es una norma vigente en México, donde, nos podemos dar cuenta que en el capítulo anterior se ve reflejado como la presunción de inocencia se encuentra plasmada en la Constitución de forma implícita lo cual trae como resultado que el citado principio no sea violado por nuestro país aunque sería mejor que la constitución lo establezca de forma explícita para que el inculcado o imputado cuente con este principio de la presunción de inocencia como una garantía más a su favor.

4.5 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS “PACTO DE SAN JOSE”.

4.5.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Continuando con el estudio de los diversos instrumentos internacionales, en donde, se encuentra consagrado *el principio de la presunción de inocencia*, donde, citaremos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos mejor conocida como “Pacto de San José”, el cual se aprobó en la Ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1979, donde fue aprobado el 17 de noviembre de 1988 y que forma parte integrante de la convención, en donde ésta consta de 82 artículos.

En el caso de México se adhiere a la convención el 24 de marzo de 1981, publicándolo en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de mayo de 1981.

4.5.2 LEGALIDAD DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Ahora pasaremos a conocer en la presente convención en donde se encuentra plasmado el principio de la presunción de inocencia, siendo que dicho principio se encuentra inmerso en el artículo 8.2 en relación a las garantías judiciales que dispone lo siguiente: *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”*.¹⁷⁴

En virtud de lo anterior al realizar un análisis de los ya expresado ordenamientos internacionales en los cuales se encuentra de forma expresa la presunción de inocencia, donde, éste es el derecho que tiene toda persona acusada de la comisión de un delito, a ser considerada y tratada como inocente.

En tanto, no se establezca su culpabilidad, ahora bien, estableceremos los diversos instrumentos internacionales por los cuales nuestro país, México a formado parte importante y él mismo los ha firmado y ratificado a cada uno de éstos, siendo posible establecer que la presunción de inocencia ya se encontraba vigente en nuestro derecho siendo que más adelante vamos a mencionar algunas jurisprudencias que ratifican esta aplicabilidad de los diversos tratados internacionales por los cuales México ha sido parte fundamental con el transcurso del tiempo.

Sin embargo, nos podemos dar cuenta que el derecho a la presunción de inocencia ya era válido y vigente a nivel internacional, por su parte en el caso de México ya había realizado anteriormente ya se había adherido a algunos de los distintos instrumentos que se han estado estudiado, por ende, nos podemos dar cuenta que dentro del derecho penal ya existía un avance favorable para el caso del proceso penal Mexicano pero a nivel internacional.

¹⁷⁴ *Ibidem.*, página 232.

Sin embargo, nuestra carta magna establece en su artículo 133 el orden jerárquico que contienen los tratados internacionales en relación con las leyes locales y federales, además con la propia carta magna, a lo que denominarían la jerarquización de las leyes.

Por su parte, los tratados internacionales, se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y un segundo plano respecto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde, ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis que, por su importancia y rubro dice:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS

INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.¹⁷⁵

De acuerdo con lo anterior, el principio de presunción de inocencia forma parte del derecho vigente en nuestro país, como hemos mencionado y visto el contenido de la jurisprudencia que se acaba de transcribir y con base a los tratados internacionales por los cuales el país de México ha suscrito, firmado y ratificado, las consecuencias de dicha jerarquía determinan que la presunción de inocencia, será de aplicación obligatoria y que vincule a todos los órganos del estado.

Ya que dicha presunción no es más que un principio general de derecho, sino que, por efecto de los tratados internacionales suscritos y firmados por México, se ha convertido en un derecho fundamental, que debe de interpretarse de acuerdo a lo establecido a los tratados internacionales y debe ser debida y eficientemente tutelado por todos los tribunales que conforman el Poder Judicial y además, obligatorio, inclusive para el Congreso de la Unión, que la presunción de inocencia siendo un principio legalmente constituido, crean normas que incluyan un reconocimiento de culpabilidad, invirtiendo en la carga de la prueba al inculpado.

Por otra parte, la presunción de inocencia la cual actualmente no se encontraba plasmada constitucionalmente y expresada, y una vez que se encuentra en la carta magna, donde, al ser plasmada, pero, lo que falta es que una vez que entre en vigor como se estableció en el anterior apartado, podrán gozar de este derecho toda aquella persona que haya cometido una conducta ilícita perteneciente a nuestro país ante las autoridades internacionales.

¹⁷⁵ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, A.R. 1475/1998, 11 de mayo de 1999, T. X, noviembre de 1999, Tesis, P. LXXVII/99, Materia. Constitucional, pagina 46.

En virtud de un procedimiento seguido en su contra, es por ello que a nivel internacional el derecho a la presunción de inocencia tendría una relación más directa al momento de su aplicabilidad y reconocimiento por los diversos países que conforman los diversos acuerdos y tratados internacionales por los cuales México ha sido parte fundamental y se ha adherido a ellos y ratificado en los mismos, nos podemos dar cuenta que una vez que se encuentre de forma expresa el principio de la Presunción de inocencia, esta repercutirá y favorecerá a toda aquella persona que se encuentre sujeta a un juicio o en su caso que se le sea imputado una conducta delictiva.

Ahora bien, cabe señalar que en el caso de México este derecho está vigente, pero ahora con la reciente reforma en virtud de que la presunción de inocencia fue plasmado de forma explícita en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este derecho no es aún aplicado, en virtud de que no ha tenido vigencia, ni reconocido y aplicado aún en forma directa por nuestro país, sin embargo hay que esperar un determinado lapso de tiempo para con su vigencia, y sólo así podemos realizar lo anteriormente dispuesto.

Por su parte, ahora pasaremos al estudio en lo referente a la cuestión internacional en donde, el principio de la presunción de inocencia se encuentra plasmado en documentos internacionales en los cuales México no se ha adherido y ratificado a éstos. Desde entonces se convirtió en un principio comúnmente admitido por todos los países, siendo incluso consignado en diversas Constituciones de Corte Liberal-individualista de América Latina y Europa.

Conocido lo anterior y comprendido el contenido de los diversos tratados internacionales en donde México ha formado parte, ahora podemos establecer que el principio de la presunción de inocencia ya se encontraba vigente en diferentes instrumentos internacionales por los cuales nuestro país ya lo había reconocido y el mismo ya se encuentra vigente a nivel internacional.

Siendo así, que ahora con la reforma realizada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos va a fortalecer en todo momento de aplicabilidad a todos y cada uno de los tratados internacionales estudiados en esta parte, por ello no podemos dejar de tomar en cuenta las consecuencias que traerá la aplicación y validación de la presunción de inocencia en los próximos años, así, el cambio que traerá consigo esta reforma en el ámbito del derecho penal como procesal ya sea a nivel nacional como internacional en el Derecho Mexicano.

4.6 ALGUNOS TRATADOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Cabe mencionar que existen otros instrumentos internacionales que consagran la figura de la presunción de inocencia siendo que estos no son obligatorios para el caso de nuestro país México, por ello únicamente conoceremos a cada uno en que disposición normativa consagra a este principio y recordar que estos no se ha adherido ni formado parte integrante nuestro país.

4.6.1 CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.

Este es un documento con obligatoriedad en virtud de que en su artículo 6, párrafo segundo consagra el principio de presunción de inocencia, firmado el 4 de noviembre de 1950 y vigente desde el 3 de septiembre de 1953.

Señalaremos que dicho documento encuentra el principio de la presunción de inocencia, en su artículo 6.2 que dice: “Toda persona acusada de infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

4.6.1.1 AFRICAN CHARTER ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS.

Estableceremos que el principio de la presunción de inocencia se encuentra plasmado en su artículo 7 establece lo siguiente:

“Article 7°- 1. Every individual shall have the right to have his cause heard. This comprises: ... b)The right to be presumed innocent until proved guilty by a competent court or tribunal”.

4.6.1.2 PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS SOMETIDAS A CUALQUIER FORMA DE DETENCIÓN O PRISIÓN.

Siendo adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, elaborado por la Oficina de Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en cuyo principio 36 estableció el principio de la presunción de inocencia en donde establece lo siguiente: “...1. Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se le 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”.

4.6.1.3 REGLAS MINIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES (REGLAS BEIJING).

Diremos que fue adoptado por la Asamblea General de Resolución 40/33, de 28 de diciembre de 1985, elaborado por la Oficina de Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en cuyo regla 7 donde se establece lo siguiente: “Regla 7. Derechos de los menores. 7.1 en todas las etapas del proceso se respetarán garantías básicas tales como la presunción de inocencia...”

4.6.1.4 ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

En el presente estatuto se encuentra presente el principio de la presunción de inocencia, donde nos manifiesta en su artículo 66 lo siguiente: "...66.- Presunción de Inocencia. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la corte de conformidad con el derecho aplicable.

Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado. Para dictar sentencia condenatoria, la corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable".

4.6.1.5 DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

Siendo aprobada por la novena conferencia internacional americana, en Bogotá Colombia, el 2 de mayo de 1948, la cual, toma en cuenta el principio de la presunción de inocencia, donde señala en su artículo XXVI lo siguiente: "Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se demuestre que es culpable".

4.6.1.6 CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS Y PENAS CRUELES; INHUMANAS O DEGRADANTES.

Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de 1984, suscrito por el ejecutivo el 18 de marzo de 1985, y aprobada por la Cámara de Senadores el 9 de diciembre de 1985. En su artículo 21.1 dispone: "...después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado los diversos recursos en tal asunto los recursos, de conformidad con lo establecido por los diversos principios de derecho internacional generalmente admitidos".

4.6.1.7 CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA.

Siendo adoptada por la Asamblea General de los Estados Americanos en el Décimo Quinto Periodo Ordinario de Sesiones, llevado a cabo en Cartagena de Indias, Colombia, el día 6 de diciembre de 1985, suscrito por México el 10 de febrero de 1986.

4.6.1.7 CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES.

Estableceremos que fue adoptado por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990, aprobado por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 14 de diciembre de 1998, mismo, que dispone en su artículo 18, inciso 2 lo siguiente: “Todo trabajador migratorio o familiar suyo acusado de un delito tendrá derecho a que se le presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la ley”.

4.7 DIVERSOS TRATADOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Además de los anteriores instrumentos internacionales, donde, nos podemos dar cuenta que se encuentra inmerso la presunción de inocencia a continuación referiremos otros documentos internacionales en donde se encuentra plasmado el principio de la presunción de inocencia, aclarando que México no ha sido parte, ni tampoco ha estado incluido, mencionaremos los siguientes:

- a) Declaración sobre el Asilo Territorial.

- b) Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles; Inhumanas o Degradantes.

- c) Convención sobre el Asilo Territorial.
- d) Convención sobre los Derechos del Niño.
- e) Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso.
- f) Principios Básicos sobre el Tratamiento del Recluso.
- h) Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad.

Es por eso, una vez que la reciente reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos entre en vigencia, hablaremos de la nueva existencia tanto de un nuevo sistema de enjuiciamiento que es el acusatorio como además del principio de la presunción de inocencia.

Siendo que el primero va a velar por el cumplimiento de la de las garantías constitucionales que tiene toda aquella persona que es sometida a un proceso, por el segundo va a existir una relación con los diversos principios que consagra la carta magna y así el estado se va a ver en la necesidad de respetar y tomar en cuenta las diversos medios de prueba que se ofrezcan en la secuela procesal, así como por simples sospechas se prive de la libertad a personas que no tienen ninguna participación al momento de cometerse el delito.

Siendo que el principio de la presunción de inocencia ya fue señalado en nuestra constitución y no solo que se haya establecido, sino que además, esté se encuentre vigente dentro de nuestro derecho positivo para que así sea aplicado dentro del Derecho Procesal Penal de forma directa, en los distintos casos, por los cuales una persona se encuentre en los supuestos de cometer una conducta delictiva con nacionalidad mexicana y goce de este derecho fundamental.

Y, así las autoridades se alleguen de todos aquellos elementos importantes para acreditar su probable responsabilidad, siendo que, además se aplica de forma directa, lo que se regularía en los diversos órganos de gobierno y los diferentes niveles de gobierno.

Además, el principio de la presunción de inocencia no sólo se aplicaría a nivel nacional sino también los distintos tratados internacionales por los cuales nuestro país se ha adherido a los mismos, donde, se encuentra plasmado la presunción de inocencia, por ello nos se dejara de recalcar que al dejar de ser una figura jurídica pasará hacer un principio fundamental que va proteger a toda aquella persona que se le prive de la libertad cuando comete cierta conducta lesiva a la ley o que se le imputa una conducta, siendo que sirve para acabar con todas aquellas arbitrariedades que comete la autoridad en contra de la sociedad.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El establecimiento de la presunción de inocencia de forma explícita dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos da lugar a que en nuestro derecho procesal penal se acaben las arbitrariedades que son realizadas por parte de los diversos órganos jurisdiccionales, siendo que al existir esta figura tan importante, se van a ver limitados a imponer sanciones que por simples sospechas o pruebas ofrecidas ilícitamente ofrecidas por la parte acusatoria se restrinjan un poco y el ciudadano que se encuentra en esta situación, ahora sea quien ya no debe de comprobar su inocencia sino que le corresponda a la parte acusadora como actualmente es considera en los diversos procedimientos que se realizan actualmente.

SEGUNDA: A partir de que se reforme la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos agregando la figura de la presunción de inocencia de forma explícita, consideraremos que a partir de la entrada en vigor de determinada figura jurídica, está sería un importante avance para el derecho Penal en relación a que es un derecho fundamental, no solo para nuestro derecho procesal penal y constitucional, sino que además sería una garantía importante para todo ciudadano que se encuentra inmerso dentro un procedimiento penal, siendo así, el órgano acusador tendrá que comprobar ahora con mucho más argumentos y eficacia la probable responsabilidad y el cuerpo del delito, siendo que ya no por simples sospechas sea detenido el ciudadano siendo que al ser detenido este pueda gozar de un derecho tan importante como es la presunción de inocencia.

Lo cual es inexcusable que en el juicio se efectúe una mínima actividad probatoria, y que en el cumplimiento de esta exigencia no influya ni el número de pruebas practicada, ni la valoración que de ellas haya hecho el órgano investigador, pues el derecho a la presunción de inocencia implica la plena vigencia del principio de libre apreciación de la prueba.

Siendo en caso contrario en que se transgreda la presunción de inocencia se origina en tanto en la prueba y como en la valoración que se haya efectuado de la prueba que se realizó en el juicio, consideraremos que la actuación y resolución del órgano jurisdiccional no fue apreciable este derecho fundamental, por ello diremos que no fue realizada conforme a derecho.

TERCERA: Con la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la imposición del sistema de enjuiciamiento criminal siendo el acusatorio, dando como resultado que las determinaciones de las autoridades y órganos jurisdiccionales serán más justos en el caso de las determinaciones que se realizan dentro del procedimiento penal, siendo así que las pruebas ofrecidas por la parte a quien se le imputa la conducta delictiva serán tomadas en consideración al momento de dictar la sentencia definitiva.

CUARTA: Con el surgimiento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de la presunción de inocencia, podemos manifestar que se podrá considerar como un principio constitucional tan importante para el Derecho, siendo así, que para que una actuación judicial deberá velar del principio de la presunción de inocencia, tomará en cuenta los diversos principios que se encuentran plasmados en la constitución, siendo algunos como el de legalidad, prueba, ofensa, jurisdicción entre otros, por su parte que el surgimiento de la presunción de inocencia tendrá una relación directa con los demás principios antes mencionados.

QUINTA: En el momento en que la presunción de inocencia tenga vigencia y aplicabilidad dentro de nuestro derecho, ahora sí hablaremos que la aplicabilidad de los diversos instrumentos internacionales, suscritos, firmados y ratificados por México con relación al principio de la presunción de inocencia.

Estos distintos tratados internacionales serán aplicados de forma concreta y directa para todo aquel ciudadano o extranjero que se encuentra dentro y fuera de nuestro país, gozando de está del principio tan fundamental al momento en que se le impute un delito y se le lleve a cabo un procedimiento en su contra.

SEXTA: Con establecimiento de la presunción de inocencia nos podemos dar cuenta de una cosa tan importante que el sistema penal mexicano se está modernizando en virtud de que se acabaran las dudas sobre la existencia del debido proceso, el procedimiento de enjuiciamiento criminal como lo es el acusatorio en relación con la presunción de inocencia.

La constitucionalización del derecho a la presunción de inocencia ha hecho que este derecho haya trascendido en el ámbito penal, pues al ser un derecho constitucional, fundamental y básico, es indudable que incide en todo tipo de procedimiento.

A partir de la constitucionalización del derecho a la presunción de inocencia, el acusado de un ilícito puede probar su inocencia pero en ningún caso debe o tiene la obligación jurídica de demostrarla, por lo cual es obvio que nunca podrá sufrir las consecuencias de aquello que no ha sido probado por aquel.

SEPTIMA: El derecho a la presunción de la inocencia es en esencia dentro del procedimiento penal, donde, nadie puede ser considerado culpable hasta que así lo declare en sentencia condenatoria definitiva. Siendo que el que acusa ya sea el Ministerio Público o el ofendido deberán de convencer al órgano jurisdiccional de la culpabilidad del acusado pero éste puede utilizar los medios de prueba que crea convenientes para contrarrestar las pruebas de cargo.

OCTAVA: La denominada presunción de inocencia no es una verdadera presunción, pues así, se deduce del estudio de las distintas posturas doctrinales que sobre el concepto de la presunción de inocencia se han elaborado, sino que se estima que la presunción de inocencia es una regla procesal que va a incidir en el campo probatorio, lo cual da a entender que es inexcusable la prueba en contrario para que se de la destrucción de la presunción de inocencia.

NOVENA: La presunción de inocencia como garantía fundamental sobre la cual erige el proceso penal, se basa en el anhelo de los hombres por tener un sistema equitativo de justicia que proteja los derechos fundamentales del individuo frente a la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad que ha existido a lo largo de la historia, siendo por eso que es importante que la presunción de inocencia se encuentre vigente en nuestro derecho penal, en virtud de que recientemente hubo una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la que no sólo con el hecho de que sea impuesto de forma explícita podemos manifestar que ya existe, sino además, está debe de estar vigente para que tenga una aplicabilidad dentro de nuestro Derecho Procesal Penal vigente.

Nos podemos dar cuenta que se está acabando con el sistema autoritario estamos observando el cambio que se realiza a un estado democrático en el que va haber reflejado el respeto de los diversos derechos y principios fundamentales y tan importantes como es el caso de la presunción de inocencia y la modernización del Derecho Penal Mexicano.

PROPUESTA.

Nos daremos cuenta que para poder hacer valido y aplicable la presunción de inocencia debemos proponernos primero cambiar el tipo de sistema de enjuiciamiento criminal, el cual pasaría de una tendencia de un tipo de sistema inquisitivo a hacer un sistema acusatorio, siendo que a través de este sistema de enjuiciamiento penal la presunción de inocencia se ve respetada y protegida por la ley, en relación de que las pruebas ofrecidas por la parte son tomadas en cuenta al momento de que se emite la sentencia, siendo así de que esta figura debe ser considerad dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual ayudaría mucho para el resguardo de las diferentes garantías individuales que consagra la carta magna a todos los ciudadanos pero en especial las que se consagran en materia penal a favor de toda aquella persona que es sometida a juicio, en donde por simples sospechas está llevando un procedimiento penal que en muchas ocasiones nos damos cuenta que es hasta la culminación del juicio, sea considerado al momento de emitir por la sentencia una persona absuelta, lo que nos refleja que esta persona no cometió determinada conducta.

Siendo además de lo anterior, se propone que al ser plasmada la presunción de inocencia dentro de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, manifestaremos que en el derecho penal va a existir una nueva figura tan importante como lo es la presunción de inocencia siendo así, al ser plasmada de forma explícita en la constitución federal hablaremos de la existencia de un nuevo principio que va a velar por la libertad del ciudadano que se encuentre en una situación donde se le imputado un delito, esté podrá gozar de un derecho fundamental el cual va a velar desde el inicio de la averiguación previa hasta su culminación, siendo además que las pruebas que se ofrezcan por parte de la persona acusadora estas deben ser suficientes para acreditar de forma eficaz la responsabilidad penal que se le imputa al inocente y no como actualmente es *contrario sensu* en la práctica..

Dado lo anterior estableceremos que en el derecho penal mexicano va a poder contar con un nuevo principio constitucional fundamental como lo la presunción de inocencia el cual va hacer observado no solo por los órganos jurisdiccionales sino además por los distintos ordenes de gobierno, esto implicaría que el ciudadano sea protegido durante el desarrollo de un procedimiento penal. Por su parte con la entrada en vigor de la presunción de inocencia en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, manifestaremos la existencia de un procedimiento más justo, donde, en la emisión de las sentencias definitivas el órgano jurisdiccional podrá tomar en cuenta las pruebas ofrecidas por el imputado al momento de su emisión.

BIBLIOGRAFÍAS.

- 1.- Academia Mexicana de Ciencias Penales, *Revista Criminalia*, México, julio-septiembre, 1981, editorial Porrúa, Pág.120
- 2.- Aguilar López, Miguel Ángel, *La Presunción de Inocencia en México (análisis crítico propositivo)*, Criminogenesis. Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal, México, febrero 2007, año1, numero 0, Pagina 91-107.
- 3.- Aguilar López, Miguel Ángel, *La Presunción de Inocencia*, Revista de Ciencias Penales Iter criminis, México, 2006, numero 8, tercera época, editorial INACIPE, paginas 183.
- 4.- Bacigalupo, Enrique, *El Debido Proceso Penal*, Argentina, 2005, 1ª edición, editorial Hammurabi, Paginas 263.
- 5.- Bailón Valdominos, Rosalio, *Derecho Procesal Penal: A través de preguntas y respuesta*, México, 2003, editorial Limusa, paginas 234.
- 6.- Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, México, 2004, 2ª edición, editorial MC Graw Hill, Paginas 638.
- 7.- Barreda Solórzano, Luis de la, *Culpabilidad y Ius Puniendi*, Revista Criminalia, México, numero 7-9, julio-septiembre 1981, editorial Porrúa, Pág. 290
- 8.- Barreda Solórzano, Luis de la, *Ius Puniendi et Ius Poenale*, México, 1981, 1ª edición, UAM-Azcapotzalco, páginas 70.
- 9.- Belda, Enrique, *El Derecho a la Presunción de Inocencia*, México, 2001, Aequitas Revista Jurídica del Poder Judicial del Estado de Sinaloa.-Barreda Solórzano.
- 10.- Bernal Cuellar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett, *El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del Sistema Acusatorio*, Colombia, 2004, 1ª edición, editorial, Universidad Externado de Colombia.
- 11.- Bettiol, Giuseppe, *Instituciones del Derecho Penal y Procesal*, Barcelona, España, 1977, ed. Bosh, paginas 297.
- 12.- Cabornell, Miguel y Salazar Pedro, *Garantismo. Estudios sobre el Pensamiento Jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, 2005, editorial Trotta, paginas 542.

- 13.- Carbonell, Miguel, Moguel Sandra y Pérez Portilla Karla, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, México, 2002, 1ª edición, Editorial Porrúa, Páginas 909.
- 14.- Cárdenas Rioseco, Raúl F., *El Derecho de Defensa en Materia Penal. Su Reconocimiento Constitucional, Internacional y Procesal*, México, 2004, 1ª edición, editorial Porrúa, paginas 227.
- 15.- Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La Presunción de Inocencia*, México, 2003, 1ª edición, ed. Porrúa, paginas 228.
- 16.- Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La Presunción de Inocencia*, El Mundo del Abogado. Una Revista Actual, México, Agosto 2002, numero 40, año 5, Páginas 32-38.
- 17.- Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La Presunción de Inocencia como Regla de Tratamiento del Imputado. Prisión Preventiva y Tratados Internacionales*, El Foro, México, 13ª época, 2003, numero 1, tomo XVI, Páginas 23-69.
- 18.- Cárdenas Rioseco, Raúl F., *El Derecho a un Proceso Justo sin Dilaciones Indevidas*, México, 2007, 1ª edición, editorial Porrúa, Páginas 211.
- 19.- Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho Penal Parte General*, México, 1999, 20ª edición, editorial Porrúa, Páginas 984
- 20.- Castillo del Valle, Alberto del, *Garantías del Gobernado*, México, 2003, 1ª edición, ediciones jurídicas alma, paginas 732.
- 21.- Castillo del Valle, Alberto del, *Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal*, México, 2003, 3ª edición, ediciones jurídicas alma, paginas 414.
- 22.- Castillo Banuet, Dr. Germán A., *La Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia*, Revista de Defensa Penal. La Estrategia del Procedimiento, mes de abril, 2008, numero 2.
- 23.- Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, México, 1964, 1ª edición, editorial Porrúa, Páginas 886.
- 24.- Colombo Campell, Juan, *El debido Proceso Constitucional*, México, 2007, 1ª edición, editorial Porrúa, Páginas 139.
- 25.- Cruz Agüero, Leopoldo de la, *Procedimiento Penal Mexicano (teoría, práctica y jurisprudencia)*, México 2000, 1ª edición, editorial Porrúa.

- 26.- Díaz de León, Marco Antonio, *Tratado sobre las Pruebas Penales. Tomo I*, México, 1982, 1ª edición, editorial Porrúa, Páginas 575.
- 27.- Esparza Leibar Iñaki, *El Principio del Proceso Debido*, Barcelona, 1995, 1ª edición, José María Bosh Editor S.A., paginas 260.
- 28.- Falcón y Tella, María José y Falcón y Tella Fernando, *Fundamento y Finalidad de Sanción: ¿Un derecho a castigar?*, Madrid, 2005, ediciones jurídicas y sociales, paginas 223.
- 29.- Fernández Rodríguez, María Dolores, *los Limites del Ius Puniendi*, Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, tomo XLVII, Fascículo III, septiembre - diciembre 1994, editorial centro de publicaciones. Páginas 425.
- 30.- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Valladolid, 2004, 4ª edición, ed. Trotta, paginas 1019.
- 31.- Ferrajoli, Luigi, *Garantismo Penal*, México, 2006, 1ª edición, UNAM, Páginas 94.
- 32.- Fix-Zamudio, Héctor, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, 2003, 3ª edición, editorial Porrúa, paginas 1088.
- 33.- Florián, Eugenio, *De las Pruebas Penales. Tomo I*, Bogota-Colombia, 1982, 3ª edición, editorial Temis.
- 34.- Florián, Eugenio, *De las Pruebas Penales. Tomo II*, Bogota-Colombia, 1998, 3ª edición, editorial Temis, paginas 578.
- 35.- Gaspar, Gaspar, *La Confesión*, Buenos Aires, 1988, 2ª edición, editorial universidad, paginas 197.
- 36.- García Ramírez, Sergio, *El Debido Proceso Penal. Concepto General y Regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Septiembre-diciembre 2006, numero 117, editorial UNAM.
- 37.- García Ramírez, Sergio, *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*, México, 1994, 1ª edición, editorial Porrúa, paginas 506.
- 38.- Gozaini, Asvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional. El Debido Proceso*, Argentina, 2004, 1ª edición, editorial Rubinzal-Culzoni, paginas 703.
- 39.- González Bustamante, Juan José, *Principios del Derecho Procesal Penal Mexicano*, México, 1940, 1ª edición, editorial Porrúa, paginas 417.

- 40.- González-Salas Campos, Raúl, *La Presunción en la Valoración de las Pruebas*, México, 2003, 1ª edición, editorial INACIPE, páginas 360.
- 41.- González R., Samuel, Mendieta J., Ernesto, Buscaglia, Edgardo y Moreno H., Moisés, *El Sistema de Justicia Penal y su Reforma. Teoría y Practica*, México, 2005, 1ª edición, editorial Aquesta Terra, paginas 747.
- 42.- Guillén López, Raúl, *Las Garantías Individuales en la Etapa de Averiguación Previa*, México, 2003, 1ª edición, editorial Porrúa, Paginas 365.
- 43.- Hernández Pliego, Julio Antonio, *El proceso penal mexicano*, México, 2002, 1ª edición, editorial Porrúa, Páginas 605.
- 44.- Hernández Pliego, Julio Antonio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, México, 1996, 1ª edición, Porrúa, Pág.399.
- 45.- Hoyos, Arturo, *Debido Proceso y Democracia*, México, 2006, 1ª edición, editorial Porrúa, Paginas 163.
- 46.- Huacuja Betancourt, Sergio, *La Desaparición de la Prisión Preventiva*, México, 1989, 1ª edición, editorial trillas, paginas 120.
- 47.- Instituto de la Judicatura Federal, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, 2004, numero 18, editorial formas e imágenes, paginas 261.
- 48.- Lamo Rubio, Jaime de, Escudero Moratalla, José Francisco, Robledo Villar, Antonio y Frigola Vallina Joaquín, *El Proceso Penal*, Barcelona España, 2000, 1ª edición, editorial Bosh, paginas 618.
- 49.- Lara Espinoza, Saúl, *Las Garantías Constitucionales en Materia Penal*, México, 1998, 1ª edición, editorial Porrúa, paginas 385.
- 50.- Luquin Rivera, Ernesto, *En busca del fin de la pena: Repensando en el ius puniendi*, México, 2006, paginas 414.
- 51.- M. Binder, Alberto, *Iniciación del Proceso Penal Acusatorio (para auxiliarse de la justicia)*, Buenos Aires, 2001, 1ª edición, editorial Campomanes Libros, paginas 192.
- 52.- Macedo de la Concha, Rafael, *Por que debemos reformar el sistema de justicia penal*, México, 2004, INACIPE, Paginas 23.
- 53.- Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, México, 1997, 1ª edición, editorial Porrúa, paginas 714.

- 54.- Mans Piugarnau, Jaime M., *Principios Generales del Derecho. Repertorio de Reglas, Máximas y Aforismos Jurídicos*, Barcelona 1979, Bosch casa editorial S.A., Paginas 525.
- 55.- Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal. Parte General*, México, 1997, 4ª edición, editorial trillas, Páginas 319.
- 56.- Martínez Arrieta, Andrés, *El Recurso de Casación Penal. Control de la Presunción de Inocencia*, Granada, 1996, 2ª edición, editorial Comares, Paginas169.
- 57.- Montañés Pardo, Miguel Ángel, *La Presunción de Inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Pamplona, España, 1999, Ed. Aranzani, paginas 388.
- 58.- Morales Brand, José Luis Eloy, *La Declaración del Inculpado. Medio de Defensa o Prueba de cargo*, México, 2006, 1ª edición, editorial Universidad Autónoma de Aguascalientes, paginas 390.
- 59.- Moreno Hernández, Moisés, *Retos del Sistema Procesal Penal en México*, México, 2004, editorial INACIPE, Paginas 115.
- 60.- Moreno Hernández, Moisés, *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Argentina, 2000,1ª edición, editorial Konrad -Adenauer- Stiftung, paginas 896.
- 61.-Náder Kuri, Jorge, *¿Dónde está el Principio de la Presunción de Inocencia?*, Iter criminis. Revista de Ciencias Penales, México, octubre-marzo, 2004-2005, numero 12, segunda época, editorial INACIPE, paginas 437.
- 62.- Olvera López, Juan José, *Temas de Derecho Procesal Penal en México y España. La Declaración del Inculpado*, México, 2005, 1ª edición, editorial UNAM, Pagina 202.
- 63.- Oronoz Santana, Carlos M., *Manual de Derecho Procesal Penal*, México, 1983, 2ª edición, editorial Cárdenas editor y distribución, paginas 233.
- 64.- Oropeza Barbosa, Ana Luisa, *Prisión Preventiva vs Presunción de Inocencia*, Iter criminis. Revista de Ciencias Penales, México, noviembre-diciembre 2007, numero 14,tercera época, editorial INACIPE, paginas 195.
- 65.- Pacheco Gómez, Máximo, *Los Derechos Humanos. Documentos Básicos*, Chile, 1992, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Paginas 857.
- 66.- Piña y Palacios, Javier, *Derecho Procesal Penal. Apuntes para un texto y notas sobre el Amparo Penal*, México, 1948, editorial Porrúa, paginas 269.

- 67.- Quintana Roldan, Carlos y Francisco y Sabido Peniche Norma, *Derechos Humanos*, México, 1998, 1ª edición, Editorial Porrúa, Páginas 477.
- 68.- Romero Arias, Esteban, *La Presunción de Inocencia*, Pamplona 1985, editorial aranzadi, paginas 139.
- 69.- Sandoval Delgado, Emiliano, *Medios de Prueba en el Proceso Penal*, México, 2001, 2ª edición, editorial Cárdenas editor y distribuidor, paginas 293.
- 70.- Sferlazza, Octavio, *Proceso Acusatorio Oral y Delincuencia Organizada*, México, 2005, 1ª edición, editorial Distribución Fontamara S.A., paginas 182.
- 71.- Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, México, 1995, 2ª edición, editorial Oxford, Páginas 826.
- 72- Sotomayor Acosta, Juan Roberto, *Garantismo y Derecho Penal*, Bogota, Colombia, 2006, 1ª edición, editorial Temis S.A., paginas 222.
- 73.-Storme, Marcel, Gómez Lara Cipriano, Sergio García Ramirez, *XII Congreso Mundial del Derecho Procesal. Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus órganos de acusación*, Tomo IV, México, 2005, 1ª edición, editorial UNAM, Páginas 448.
- 74.- Tribunal Superior de Justicia del estado de tabasco, *Revista Jurídica*, México, diciembre, 1998, numero 16, editorial nueva época, paginas 174.
- 75.- Vega Torres, Jaime, *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*, Madrid, 1993, 1ª edición, editorial La Ley, paginas 418.
- 76.- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Proceso Penal, Sistema Penal y Derechos Humanos. Proceso Penal y Derechos Humanos: códigos, principios y realidad*, México, 2000, 1ª edición, editorial Porrúa, paginas 726.
- 77.- Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, México, 2000, 10ª edición, editorial Porrúa.

LEGISLACIÓN.

- 1.- Agenda Penal del D.F. 2008, México, Enero 2008, 28^a edición, editorial Ediciones Fiscales ISEF S.A.
- 2.- Agenda Penal del D.F. 2008, México, Enero 2008, 22^a edición, editorial Ediciones Fiscales ISEF S.A.
- 3.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2007, editorial Sista S.A. de C.V.
- 4.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2008, 30^a edición, editorial Esfinge, paginas 248.
- 5.- Legislación Penal para el Distrito Federal, México, 2006, 2^a edición, ediciones Libuk S.A. de C.V., paginas 398.
- 6.- Agenda Penal del D.F. México, 2009, 24^a edición, editorial ediciones fiscales ISEF S.A.
- 7.- Ley de Amparo, México, 2005, editorial SISTA, paginas 346.
- 8.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2009, 38^a edición, editorial SISTA, paginas 301.

OTRAS FUENTES.

1.- Diario Oficial de la Federación, Tomo DCLVII, numero 13, fecha 18 de Junio del 2008.

2.-Pagina de internet

<http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/ActividadJur/Jurisprudencia/IndexJurisprudencia.htm>.

3.- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española. Tomo I*, Madrid, 1984, 20^a edición, editorial Real Academia Española, paginas 714.

4.- Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *Presunción de Inocencia*, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo V, México, 2002, 1^a edición editorial Porrúa, Paginas 733-735.

5.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, 2001, 1^a edición, editorial Porrúa, paginas 3923.