

TESIS

TESIS

TESIS

TESIS

TESIS



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE AGUASCALIENTES**

CENTRO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES

DEPARTAMENTO DE DERECHO

**“LA COMPRENSIÓN DE SUS DERECHOS POR EL INDICIADO Y
LA EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA DE DEFENSA”**

RITA AIDEÉ MARGARITHA VÉLEZ ZÚÑIGA

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRÍA EN DERECHO

ASESOR: DR. JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL

AGUASCALIENTES, AGS., NOVIEMBRE DE 2008.

TESIS

TESIS

TESIS

TESIS

TESIS

ASUNTO:
Aprobación de Tesis

DR. DANIEL GUTIERREZ CASTORENA
DECANO DEL CENTRO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
P R E S E N T E

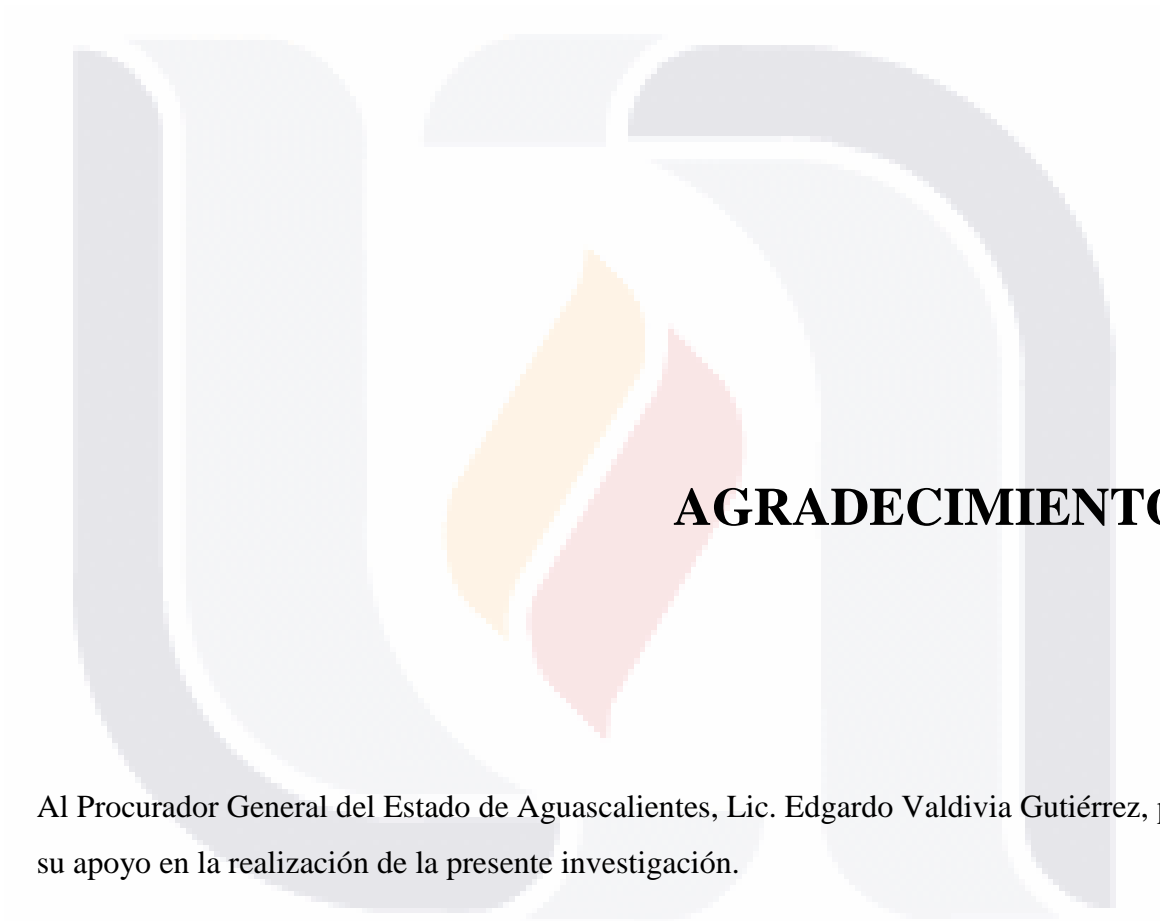
Por medio de la presente hacemos de su conocimiento que la Srita. Rita Aideé Vélez Zúñiga egresada de la Maestría en Derecho ha presentado la integración final de su Tesis "*La comprensión de sus derechos por el indiciado y la efectividad de la garantía de defensa*".

La tesis incorpora los elementos teóricos y metodológicos requeridos para su construcción y su aplicación práctica, así como las observaciones señaladas para la presentación de un documento formal que cumple con los criterios que le permiten ser defendido en el examen de grado reglamentario, dando paso al procedimiento de los trámites correspondientes.

ATENTAMENTE
"SE LUMEN PROFERRE"
Aguascalientes, Ags., 18 de Noviembre de 2008.


DR. JESUS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL
Asesor

c.c.p. Archivo de la Maestría en Derecho



AGRADECIMIENTOS

Al Procurador General del Estado de Aguascalientes, Lic. Edgardo Valdivia Gutiérrez, por su apoyo en la realización de la presente investigación.

A mis amigos incondicionales por su ayuda.

A mi familia por su comprensión.

A Santa María de Guadalupe por las amplias manifestaciones de su amor.



DEDICATORIA

A los indiciados.

Dime, lo olvidaré
Muestra, lo recordaré
Involúcrame, lo comprenderé
Proverbio Chino

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación es saber si el indiciado comprende sus derechos, en el momento que tiene el primer contacto con la autoridad, cuando se le hace saber su acusación.

El transmitir los hechos y derechos al indiciado, es una garantía constitucional, que se ve reducida en la etapa de averiguación previa, a leerse la denuncia y en el mejor de los casos a enunciar derechos, preguntar si declara o se reserva, estando “presente” el Defensor de Oficio y recabar firmas de los que intervinieron en la diligencia. No importando si el inculpado comprende, ni despejándose sus dudas. Desmeritándose la efectividad de la garantía de defensa adecuada.

Las condiciones que se requieren para poner en marcha la realización efectiva, es trabajar en busca del compromiso con los derechos fundamentales y con el ser humano; darlos a conocer, explicarlos y asimismo preguntar de manera significativa al indiciado si comprende lo que se le ha explicado. Porque no se trata de un expediente más, sino de la libertad de una persona.

INDICE

INTRODUCCION	10
--------------	----

CAPITULO I

JUSTIFICACION HISTORICA DEL DERECHO PENAL

I. EL DERECHO PENAL EN LA HISTORIA DE LA HUMANIDAD	19
1.1 PERIODO DE LA VENGANZA PRIVADA	20
1.2 PERIODO DE LA VENGANZA DIVINA	21
1.3 PERIODO DE LA VENGANZA PÚBLICA	24
1.4 PERIODO HUMANISTA O HUMANITARIO	32
II. EL DERECHO PENAL EN MÉXICO	35
2.1 MUNDO PRECORTESIANO	35
2.2 ÉPOCA COLONIAL	39
2.3 MÉXICO INDEPENDIENTE	40
2.4 MÉXICO REVOLUCIONARIO	41
III. ESCUELAS PENALES	43
3.1 ESCUELA CLÁSICA	43
3.2 ESCUELA POSITIVISTA	45
3.3 ESCUELA ECLÉCTICA	46
IV. CORRIENTES FILOSOFICAS DEL DERECHO EN GENERAL	
4.1 POSTURA IUSNATURALISTA	51
4.2 POSITIVISMO JURIDICO	55
4.3 USO ALTERNATIVO DEL DERECHO	58
4.4 MODELO ANALÓGICO DE LA HERMENÉUTICA	63
V. COMENTARIO DEL CAPITULO EN GENERAL	66

CAPITULO II
PRINCIPIO DE LEGALIDAD

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD	73
2.1 EL ESTADO Y EL DERECHO	77
2.2 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO PENAL	94
2.3 EL GARANTISMO PENAL	99

CAPITULO III
LA LIBERTAD Y SU PROTECCION LEGAL

3. LA LIBERTAD Y SU PROTECCION LEGAL	114
3.1 ¿QUÉ ES LA LIBERTAD?	116
3.2 DE LOS DERECHOS HUMANOS CON RELACIÓN A LA LIBERTAD	119
3.3 PROTECCIÓN A LA LIBERTAD	122
3.3.1 GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA	127
3.3.2 LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	134
3.4 PRIVACIÓN LEGAL	135
3.4.1 PROTECCIÓN A NIVEL INTERNACIONAL	144

CAPITULO IV
GARANTIA DE DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA

4.1 ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL	149
4.2 LA AVERIGUACION PREVIA	151
4.3 DEL INDICIADO	152
4.4 SOBRE EL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL	157
4.4.1 ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES E HISTÓRICOS	159
4.4.2 REFORMAS	161

4.4.3 TRAYECTORIA DEL ARTÍCULO	165
4.5 REFORMA AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL	168
4.5.1 PRINCIPIOS DEL SISTEMA ACUSATORIO	171
4.6 DE LOS DERECHOS DEL INculpADO	175
4.7 LA LIBERTAD BAJO CAUCIÓN	197
4.8 LA DECLARACIÓN EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA	199
4.9 LA IMPORTANCIA DE LA ABOGACÍA	201
4.10 EFECTOS DEL DERECHO DE DEFENSA	203

CAPITULO V

EL INDICIADO Y LA COMPRESION DE SUS DERECHOS

5.1 VALIDACION DE LA ENCUESTA	208
5.2 INFORME DE RESULTADOS	211
5.2.1 DE LA PRIMERA DETENCION	216
5.2.2 DETENIDOS EN DOS OCASIONES O MÁS	223
5.2.3 ANALISIS COMPARATIVO	230
5.2.4 APORTACION ADICIONAL POR LOS INDICIADOS	236
5.3 SEGUNDA PARTE DE LA ENCUESTA	238
5.3.1 EL PROCESO DE DUELO	239
5.3.2 TERAPIA GESTALT	241
5.3.3 RESULTADOS PREGUNTA ABIERTA	242
5.4 TERCERA PARTE DE LA ENCUESTA	249
5.4.1 DEL DETENIDO EN POLICÍA MINISTERIAL ASISTIDO POR DEFENSOR DE OFICIO	251
5.4.2 DEL DETENIDO EN LA CLÍNICA, ASISTIDO POR DEFENSOR DE OFICIO	252
5.4.3 DEL DETENIDO EN POLICÍA MINISTERIAL ASISTIDO POR ABOGADO PARTICULAR	253

5.4.4 DETENIDO EN CLÍNICAS ASISTIDO POR ABOGADO PARTICULAR	255
5.4.5 VARIOS DETENIDOS QUE ASISTE UN SOLO DEFENSOR DE OFICIO (DILIGENCIA TIPO)	256
5.4.6 VARIOS DETENIDOS, UNOS DECIDEN DECLARAR, OTROS NO Y LES ASISTE UN SOLO DEFENSOR DE OFICIO (DILIGENCIA TIPO)	259
5.4.7 AVANCES Y RETROCESOS EN LAS SUBSECUENTES DILIGENCIAS.	261
5.5 OPINION POR LA SCJN	275
CONCLUSIONES	281
ANEXOS	
1. OFICIO DE SOLICITUD A LA PGJ	
2. OFICIO DE RESPUESTA POR LA PGJ	
3. CUESTIONARIO APLICADO	
4. VOTO DE MINORIA	
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCION

Para mí el derecho es el orden que inspirado en la justicia, se establece como medio de control para resolver conflictos, en los que convergen diversos intereses humanos; con el objetivo de convivir en sociedad con el respeto y desarrollo del ser humano.

Trabajar en el ámbito penal, parece limitar su aplicación a la letra de la ley, para “garantizar” la defensa de derechos. Es decir si bien es cierto, el principio de legalidad –que tiene su origen en las leyes penales y que para la aplicación, debe ser exactamente y no admite analogía. Dicho principio no debe confundirse o limitarse a la exacta aplicación de la ley, tratándose de garantías constitucionales (Art. 20 apartado “A” fracción III “*Se le hará saber...a fin de que conozca el hecho punible*” Fracción IX “Desde el inicio de su proceso será *informado...*”)¹ Pues en la práctica sólo se le lee al inculpado, para dar cumplimiento a estas disposiciones y no importa si el inculpado *comprende* o no la situación. En suma, el concepto CONOCER² que se dispone para el respeto de esta garantía constitucional, debe ser aplicar la comprensión no solo de manera formal, sino material.

Al evidenciar lo anterior, permitirá dejar plasmado que aún hay mucho por hacer. Que no basta aplicar la ley, para respetar garantías constitucionales y con ello fomentar el desarrollo del ser humano. Debe aplicarse un criterio menos positivista, para dar paso a aplicar el Derecho³ y no solo la ley. Tener abogados “traductores” ante su cliente, sin restar el lenguaje técnico que deben tener frente a sus colegas.

¹ Previo a la reforma del 18 de junio de 2008. Sin embargo son Derechos que siguen respetándose con la reforma

² **Conocer:** v. tr. (lat. Cognoscere) Averiguar, tener noción por el ejercicio de las facultades intelectuales, de la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas. 2. Entender, advertir, saber. 3. Distinguir, percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él. 4. Presumir o conjeturar lo que puede suceder. 5. Tener trato y comunicarse con alguien. (Definición del Diccionario práctico de la lengua española –Larousse Gran Consultor práctico. Lengua Española / Compendio Enciclopédico RF 036 G7481)

³ Teoría tridimensional del Derecho

Ya que se parte de que en materia penal “el cliente” es *por lo general* una persona con baja preparación académica, aunado al problema legal que enfrenta, al colocarse en un procedimiento penal, su mente se llena de matices. De ahí que no es fácil entender solo con la lectura de sus derechos para garantizarle una defensa adecuada; lectura en la que se utiliza un vocabulario jurídico, que el perito en derecho no siempre explica o traduce en términos más claros, al inculgado -quien en rara ocasión es un estudioso del derecho.

El Derecho no debe reducirse a la comprensión de unos cuantos, más aún cuando el derecho se aplica como sanción privativa de la libertad.

La pregunta es si ¿el indiciado comprende sus derechos, en el momento que tiene el primer contacto con la autoridad, cuando se le hace saber su acusación?

Por lo tanto nuestro *objetivo general* es evaluar el grado de comprensión por el indiciado, respetándosele desde el primer contacto con la autoridad, la garantía de defensa adecuada.

Asimismo como objetivos particulares se tienen los siguientes:

- Evaluar el grado de comprensión por el indiciado, al momento de tener el primer contacto con el MP adscrito a policía ministerial, así como con el Defensor de Oficio.
- Identificar alcances de la garantía constitucional para la defensa adecuada.
- Evidenciar si para el indiciado, es *efectiva* la garantía constitucional consagrada en el Artículo 20 Apartado, en la etapa de averiguación previa.

De igual forma en los resultados se busca:

- Evaluar el desempeño del MP como autoridad, para comprobar el cómo transmite la información al indiciado en su primer contacto con éste.
- Evaluar el desempeño del Defensor de oficio para conocer si en la defensa, la asesoría es real o solo basta con “asistirla”.

Hipótesis:

Es efectiva la forma en cómo se hace “saber” e “informa” al inculpado la causa de su acusación y sus derechos

Análisis del problema:

¿Es problema de la ley ó de la autoridad ó de los defensores ó del ciudadano-inculpado?

El enfoque y aplicación del presente estudio, se orienta asimismo a determinar:

- ¿Quién o quienes son los afectados, cuándo y dónde?
- ¿Ayudará a mejorar?
- ¿Quiénes usarán los resultados?

El problema anterior afecta al indiciado. Interesándose por aquellos que son declarados ante el agente del Ministerio Público adscrito a Policía Ministerial (primer contacto de la persona detenida con la autoridad). Pues en esta “etapa del proceso denominada averiguación previa del procedimiento penal, es donde precisamente se cometen las violaciones a las garantías individuales”.⁴

Por ende al término de cada declaración, es viable aplicar la encuesta (respaldo práctico de la investigación).

Asimismo el problema planteado afecta indirectamente al MP como autoridad y al Defensor de Oficio, desde el momento que no cumplen con su encomienda; al momento de

⁴ Guillen López Raúl, Las Garantías Individuales en la Etapa de Averiguación previa, Ed. Porrúa, México 2003. Pág. 101 y ss.

la audiencia en la que se le hace saber al indiciado el nombre de su acusador, la naturaleza y causa de la acusación, e informarle de los *derechos* que en su favor consigna esta Constitución (Art. 20 Constitucional).

Resolver la pregunta de esta investigación, beneficia en primera instancia al indiciado, pero asimismo a toda la ciudadanía por tratarse de una afectación a la garantía constitucional, que es otorgada para todos los mexicanos. Dejando antecedente de una mejor interpretación de esta garantía –no solo formal, sino material. Motivándose a que los criterios jurisprudenciales no sean tan “formalistas”, es decir que apliquen justicia y no solo la ley plagada de frenos para acceder a la equidad.

Por otra parte el resultado de esta investigación, permitirá un mejor ejercicio profesional del Licenciado en Derecho que se desempeña ya sea como Ministerio Público, ó como Defensor de Oficio (particular o del Estado). Mostrando una calidad comunicativa hacia las personas. Es decir, de que se mejoraría el servicio al explicarse con términos más claros la situación legal que impera en ese momento. Donde el Licenciado en Derecho deje para sus colegas el lenguaje técnico jurídico y no para el ciudadano ofuscado.

Como respaldo teórico, para la presente investigación está el sustentar cómo se dirige el Estado a través de sus servidores públicos a la gente en común y en concreto hacia el indiciado.

Abordar tesis:

Al especificar cómo, cuando y a quien se estudia; se determina la aplicación del cuestionario directamente al indiciado, que se encuentra detenido ante el agente del Ministerio Público adscrito a Policía Ministerial, en Municipio de Aguascalientes, durante el periodo del 31 de Agosto al 02 de Noviembre de 2008.

Como criterios a seleccionar (a quien se incluye y a quien se excluye –para evitar error de los resultados), daremos un enfoque al indiciado ante el trato que tiene en su declaración preparatoria. Además de que al no haber “*contaminación del ambiente*” del Centro de

Rehabilitación, nos permite el estudio de la aplicación de la garantía para quien es detenido por primera vez.

Diferenciamos de nuestra investigación, el estudio que se hace de los detenidos ante el Ministerio Público en dos o más ocasiones, por que no son las mismas condiciones.

El Estado es quien monopoliza y absorbe la fuerza el poder de castigar, por lo que aquí pudiera decirse que ¿la “justicia” en el Derecho Penal es para el Estado? Porque “es el Estado contra ti”. De ahí la importancia de que el inculpado comprenda lo que sucede, pues se le privará de su libertad.

Con la reforma judicial, la tendencia es que el Estado se aligere, así como la despenalización (ya que todo se va por la vía penal).

Cada rama del Derecho, tiene una justificación histórica. De entrada el Derecho es una respuesta a una problemática y de ahí surgen las ramas de Derecho con reconocimiento de los mismos e incluso se celebran tratados internacionales -en este caso sobre Derechos Humanos. Todo el derecho inspirado en la JUSTICIA.

Al reflexionar sobre el tamaño e intensidad del problema (amplitud de la distribución, que tan grande es, cuales son sus consecuencias). Considero que con “leerle” se cumple con la forma de “hacerle saber”, pero:

- ¿Realmente se le está respetando la disposición y alcance de la garantía constitucional?
- ¿Se le explica con lenguaje “llano”, los tecnicismos jurídicos?
- ¿Se le da luz al inculpado de lo que sucede?

De ahí que me remitiré al origen y justificación de la pena o sanción; así como a las corrientes filosóficas que influyen en su aplicación.

Asimismo ver la afectación que bajo la bandera del principio de legalidad se utiliza en perjuicio de la libertad del particular.

De igual manera, es necesario ver el avance y trayectoria del derecho que abriga la garantía constitucional, recogida en el Artículo 20 Constitucional, en lo que concierne al inculpado. Por otra parte el artículo 213 Fracción II de la Legislación Penal del Estado de Aguascalientes, plasma el Derecho al Defensor de Oficio, de comunicarse directa y personalmente con el inculpado... Legalmente está, sin embargo ¿en la práctica cómo vamos? ¿Realmente hay comunicación?

No hay que negar, que en la práctica, los defensores de oficio, le dicen al inculpado “Resérvate”. Pero después de ello ¿Se preocupa por explicarle a detalle al inculpado para de inicio garantizarle una adecuada defensa?

Como elemento de factibilidad para poder realizar parte de la investigación, es determinar en donde se aplica el cuestionario, de ahí que es necesario tener el consentimiento, para tomar la muestra de la información, por la Procuraduría General de Justicia del Estado.

Factores:

Analizar los factores que pueden contribuir al problema.

El ámbito legal que se ve envuelto es por factores sociales (educativo, lugar en donde se vive), económicos (nivel socioeconómico), psicológicos (determinación del estado emocional del detenido) jurídicos (primera y segunda detención o más detenciones) y filosóficos (ideología adoptada por el MP y Defensor de Oficio –positivista, naturalista, realista, etc.).

Dichos factores, se verán aplicados en la encuesta y según resultados nos permitirá determinar el panorama que vive en detenido.

En las conclusiones se da respuesta a nuestra pregunta de investigación. ¿El indiciado comprende sus derechos, en el momento que tiene el primer contacto con la autoridad, cuando se le hace saber su acusación?

La principal preocupación es saber si al indiciado se le esta respetando sus garantías individuales consagradas en el artículo 20 constitucional y por ende si o no hay efectividad de la garantía de defensa, cuando es declarado ante el agente del MP adscrito a Policía Ministerial.





CAPITULO I

**JUSTIFICACION HISTORICA DEL
DERECHO PENAL**

El hombre ve reflejados sus más primarios instintos, que lo llevan a proteger con violencia sus intereses particulares los que ya luego, en sociedad, reclaman protección por parte del grupo para castigar al que hubiere atentado contra los intereses de cada uno. De allí el carácter social de la venganza.⁵

El Derecho en materia Penal, es fuerza, es violencia, que ha pasado por diversas etapas. Asimismo la violencia es la fuerza que crea el Derecho y es el Estado quien mantiene viva la fuerza del Derecho. Por lo tanto, la decisión del estado de las cosas, es del Derecho, ya que él es quien decide una circunstancia específica –decidiendo el estado de las cosas, con base en las normas de Derecho (con la finalidad de que tengamos seguridad). Tildadas del carácter penal-sancionador.

Como primer antecedente está la ley del más fuerte, reflejándose la venganza privada o particular. De ahí que la primera norma de derecho que viene a acotar esa violencia privada es la “ley del Talión”, delimitándose asimismo quién es el que debe aplicar la sanción.

El hacer un breve recorrido por la Historia, nos coloca en la evolución de las ideas penales en el mundo antiguo y en México. Incluyendo los sistemas de pensamiento que han influido en la comprensión de la cuestión criminal.

Asimismo se hará mención de las filosofías que han deslumbrado a los licenciados en derecho –aún hoy en día, para el ejercicio de su profesión, máxime los penalistas, que bajo la bandera del positivismo y de la escuela de la exégesis, han cerrado los ojos, para no meterse en problemas, dejando su conciencia limpia al apearse a la ley, al principio de legalidad y del Estado de Derecho, que muchas veces sin conocer el alcance o la interpretación aplican con la menor intención de que favorezca al desarrollo del ser humano. Utilizando entre otros postulados, aquellos que dejan en desventaja al indiciado,

⁵ Carrancá y Rivas, Raúl, Introducción al estudio del derecho penal, proyecto PAPIME La enseñanza del Derecho Penal a través de la nuevas tecnologías. Las ideas penales a través de la historia, <http://www.derecho.unam.mx/papime/IntroduccionalDerechoPenalVol.I>

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

para otorgarle la garantía de adecuada defensa, en particular tratándose de que está en juego la libertad de una persona.

Entre menos el ciudadano se cuestione lo que sucede y por ende no pida “explicaciones” – prefiriéndose guardar silencio, se deja la puerta abierta para que la ingeniería de la fuerza punitiva del Estado trabaje más duramente en contra del “pobre”. La brecha entre dominantes y dominados sigue en pie. A pesar de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la doctrina del Derecho Constitucional, se enorgullezcan del otorgamiento de garantías individuales para todo ciudadano y en específico para el que se sujeta a un proceso penal. Si desde un inicio no se le dota de la información clara, cómo durante el desarrollo del proceso penal tendrá un resultado bien informado a su nivel de comprensión.

El compromiso del “abogado” está corrompido, envuelto del sistema capitalista al nivel del pago de honorarios a cambio de una mediocre fuerza de trabajo legal.

Por su parte el Estado, a partir de que atrae la fuerza punitiva bajo el postulado del contrato social, es la contraparte del inculpado, lo cual lleva a olvidarse durante muchos años de la víctima u ofendido por la comisión del delito. Pues el Estado es quien se siente el ofendido, agraviado, por romperle el orden social del cual él es garante.

Así pues veremos que a lo largo de la historia de las civilizaciones, las normas penales han servido para velar por el *interés general*. Con disposiciones acordes a cada una de sus idiosincrasias, cultura y tradición. Si bien es cierto el reclamo de justicia se manifiesta siempre, con el matiz de “venganza” que es latente en todo tiempo.

I. EL DERECHO PENAL EN LA HISTORIA DE LA HUMANIDAD

Cada civilización implanta sus particulares formas de pensar y de atacar al delito, no obstante muestran similitudes.

1.1 PERIODO DE LA VENGANZA PRIVADA

Es en los primeros tiempos de la humanidad. El hombre actúa por instinto para protegerse a sí mismo y a su familia. El castigo se depositó en manos de los propios particulares; de modo que si alguien sufría un daño tenía derecho a tomar revancha y, por tanto, reprimir al responsable. Para evitar excesos en la “venganza”, se sirvieron del principio contemplado en la Ley del Tali3n, que significa “ojo por ojo, diente por diente”, mediante la cual la comunidad s3lo reconocía al ofendido el derecho de causar un da3o de la misma magnitud que el inferido.

En relaci3n a este periodo, Cuello Cal3n nos comenta: “La venganza dio origen a graves males, a sangrientas guerras privadas que produjeron el exterminio de numerosas familias. Como los vengadores al ejercitar su derecho no reconocían limitaci3n alguna y causaban al ofensor o a su familia todo el mal posible, para evitar las perniciosas consecuencias de una reacci3n ilimitada, atenu3se 3sta por medio del Tali3n, seg3n el cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su v3ctima. Su f3rmula fue “ojo por ojo, diente por diente”. Con el transcurso del tiempo, apareci3 otra limitaci3n del a venganza, la composici3n, mediante la cual el ofensor y su familia rescataban del ofendido y de los suyos, mediante el pago de una cantidad, el derecho de venganza”.⁶

Como civilizaciones de esta 3poca destacan:

- **Babilonia**

La mayoría de los c3digos orientales que tenían vigencia en las antiguas civilizaciones, involucraban un sentido religioso, a diferencia del C3digo de Hammurabi,⁷ el cual adopt3 fielmente la Ley del Tali3n. Sistema Penal que consiste en devolver al culpable, como castigo, el mismo mal que ocasion3 a la v3ctima: “Ojo por ojo, diente por diente”.

⁶ Cuello Cal3n, Derecho Penal, 9º ed., Ed. Nacional, 1961, pp. 55-56. Cita por L3pez Betancourt, Eduardo, *Introducci3n al Derecho Penal*, Octava Edici3n, Ed. Porrúa, M3xico 2000, p3g. 35-36.

⁷ Jim3nez de Asúa sitúa este c3digo aproximadamente 2250 a3os antes de Cristo; Manzini en 2300 a. de C. Cita L3pez Betancourt, Ob cit. P3g. 5

- **China**

Su organización jurídico-penal data desde el año 2250 a. de C., época en que estuvo vigente el Código de Hia. En el período del emperador Seinu, regia el libro de Las Cinco Penas, cuya característica era la Ley del Tali3n y la venganza.

Los medios intimidantes y ejemplares en los castigos se constituyeron en el com3n denominador del antiguo Derecho Penal chino; sin destacar que conforme fue avanzando el tiempo se fueron introduciendo tratamientos humanitarios e inclusive se llegaron a concebir excusas absolutorias.⁸

En la 3poca de la venganza privada encontramos muestras tangibles de que las penas se aplican bajo los criterios de aplicaci3n de los reyes o dominantes de dichas culturas; adem3s vemos como elemento com3n, la retribuci3n de la pena.

Aparentemente se habla de una etapa de la venganza privada, lo que pudiera parecer que es entre particulares la aplicaci3n de la pena, pero el Gobernante es quien estableci3 las reglas para sancionar. Por lo que podemos decir que desde esta 3poca ya viene perfil3ndose la intervenci3n del gobernante para administrar la “justicia”.

1.2 PERIODO DE LA VENGANZA DIVINA

Al evolucionar las sociedades, 3stas se convirtieron en teocr3ticas; de manera que todo giraba alrededor de Dios, y al cometerse un delito, se tradujo en una ofensa a la divinidad, representada en vida terrena, generalmente por los sacerdotes, quienes para aplicar la pena se justificaban en su nombre.

⁸ L3pez Betancourt, Ob cit. P3g. 5-6.

La “divinidad” ofendida actuaba con dureza en contra del infractor, según la interpretaba la propia clase sacerdotal. Los antiguos pueblos orientales ponen de manifiesto la aplicación de la venganza divina, principalmente la cultura hebrea, ya que los jueces juzgaban en nombre de Dios, y la pena a imponer era de acuerdo a la ofensa cometida en contra de la divinidad y en la misma proporción⁹.

Las civilizaciones que en esta época destacan son:

- **Egipto**

El Derecho Penal egipcio es pionero en materia de disposiciones; hay noticias de éstas desde 2700 a. de C., época de la quinta dinastía, donde aparece la figura de los jueces de carrera, un procedimiento escrito, además de archivos judiciales. Jiménez de Asúa refiriéndose a este período indica que: “Su derecho estaba impregnado del espíritu religioso: el delito era ofensa a los dioses, y las penas más crueles se imponían por los sacerdotes como delegación divina y para aplacar a la divinidad. El signo de la justicia era la pluma de avestruz” El propio autor relata que las figuras relevantes del Derecho Penal egipcio, fueron: “Los atentados contra los faraones, la complicidad en estos atentados, la desobediencia de las órdenes reales, las ofensas al faraón y sus familiares, el perjurio y el homicidio, eran estimados delitos de lesa divinidad. Se aplicaba el talión simbólico: al espía, se le cortaba la lengua; al estuprador, los órganos genitales, y a la muerte adúltera la nariz. Como penas para otros delitos existían los trabajos públicos y en las minas, así como la esclavitud”:¹⁰

Posteriormente, entre 1570 y 1345 a. de C., destaca el denominado Libro de los Muertos, que contenía pasajes de los juicios a que eran sometidos los difuntos, correlativos a su comportamiento durante su vida terrena; en esos pasajes se mencionan diversas disposiciones penales.

⁹ Idem., pág. 36.

¹⁰ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª ed. Ed. Losada, Buenos Aires, Argentina, 1964, tomo I p. 271 Cita López Betancourt, Ob cit. Pág. 6-7

• **Israel**

La legislación de Moisés data del siglo XVI antes de la era vulgar, y encuentra sustentación en el Pentateuco, los primeros cinco libros de la Biblia, donde “se recogen los preceptos religiosos, morales y jurídicos promulgados en un período de 40 años”.¹¹

La ley penal hebrea tiene importante peculiaridad que consiste en una absoluta igualdad, ya que no toma en consideración la clase social, el status político o la religión.

En el Derecho hebreo la venganza personal constituyó un derecho, y la venganza de sangre, un deber.

Las penas se clasificaban en: aflictivas y pecuniarias. La pena de muerte se admitió en la Ley de Moisés, aunque con ciertas limitaciones. Fue muy superior a otras leyes en cuanto a los sentimientos humanitarios de esa época. Considerada una legislación primitiva; a partir de la época del segundo templo se produjo un notable cambio principalmente en cuanto al sentido que se dio a los conceptos de crimen y castigo, incluyendo a la antigua Ley del Talión que se le fijó un valor pecuniario. La ley judía, está íntimamente emparentada con la babilónica. Los creadores del Talmud hicieron un esfuerzo por suprimir la “muerte legal”¹²

“En cuanto a las normas procesales, instituidas por todos los códigos de la tierra, la Biblia establecía las reglas que suelen ser comunes a todas las legislaciones: que el crimen sea debidamente comprobado; que existan testigos oculares y que éstos reúnan determinadas condiciones de honestidad de imparcialidad; que el delito haya sido cometido; que el culpable haya sabido conscientemente que cometía un hecho punido por la ley”.¹³

¹¹ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª ed. Ed. Losada, Buenos Aires, Argentina, 1964, tomo I p. 272. Cita López Betancourt, Ob. cit. Pág. 7

¹² López Betancourt, Ob cit., pág. 8

¹³ Goldstein, Mateo, *Derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud*, 5ª ed., Ed. Atalaya, Buenos Aires, Argentina, p. 82. Cita López Betancourt, Ob. cit. pág. 8

Otro de los propósitos en el proceso penal se orientaba a lograr la absolución religiosa del reo previamente a su ejecución.

- **India**

El llamado Libro o Código de Manú (Manava-Dharma-Sastra) es considerado como el más perfecto conjunto de leyes del antiguo oriente; tiene un sentido religioso, por ello el talión no tuvo presencia en ese contexto. Jiménez de Asúa refiriéndose a este legado histórico expresa: “La idea de la penalidad era muy elevada en este código; el reo que hubiera cumplido la pena subía al cielo tan limpio de culpa como el que hubiese ejecutado una buena acción. En estas antiquísimas leyes se conoció la imprudencia, el caso fortuito y la índole de los motivos que impulsan a delinquir. Pero tan alto concepto de justicia estaba quebrantado por la división de castas y por prejuicios religiosos”.¹⁴

Si bien es verdad que a este ordenamiento legal se le atribuye el carácter de obra maestra en materia penal, de las antiguas civilizaciones, no podía dejar de caer en errores primitivos como la división de castas para la aplicación de las penas: “Si bien para las penas corporales había excepción a favor de las personas de casta superior, las pecuniarias aumentaban, como aumenta la aptitud del condenado para conocer las consecuencias de sus actos.”¹⁵

1.3 PERIODO DE LA VENGANZA PÚBLICA

En la medida en que se van fortificando los Estados, reclaman para sí el derecho de castigar. Los gobernantes consideran que cuando se comete un delito, no sólo se ofende al individuo o a la divinidad sino también al Estado y, como éste es el representante de los individuos, sólo él tiene el derecho de castigar. Con esta convicción y en la medida en que los gobiernos laicos van logrando mayor solidez, la impartición de justicia queda en sus manos. La finalidad era correcta: el Estado debe actuar en materia de administración de

¹⁴ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª ed. Ed. Losada, Buenos Aires, Argentina, 1964, tomo I p. 271 Cita López Betancourt, Ob. cit. Pág. 9

¹⁵ Ibidem

justicia, lo grave fue el abuso y las facultades omnímodas que se atribuyeron y utilizaron los depositarios de la autoridad.¹⁶

El terror y la intimidación fueron aprovechados por la autoridad pública, en especial para preservar su poder. Se persiguió a los súbditos con una arbitrariedad indescriptible. Para confesar a los “culpables” se utilizaron la tortura y los suplicios; los métodos más crueles se inventaron para aplicarlos a los supuestos delincuentes: los calabozos, la argolla en el cuello o en los pies, el descuartizamiento, la hoguera, las marcas infamantes con hierro y los trabajos forzados.

Cuello Calón dice: “Ni la tranquilidad de las tumbas se respetaba, se desenterraban los cadáveres y se les procesaba: reinaba en la administración de justicia la más irritante desigualdad, pues mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas suaves y eran objeto de protección penal más eficaz, para los plebeyos y siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan sólo una caricatura de la justicia. Por último, dominaba la más completa arbitrariedad, los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos, y de estos poderes abusaron con exceso, pues no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y del mando. Este espíritu inspiró el derecho penal europeo hasta las vísperas del siglo XIX”.¹⁷

Las civilizaciones que en esta época destacan son:

- **Grecia**

“Las leyes penales atenienses, que son las más importantes, no se inspiraban en absoluto en las ideas religiosas, y en ellas se afirma y predomina el concepto del Estado. La pena tenía su fundamento en la venganza y en la intimidación, y los delitos se distinguían según lesionasen los derechos de todos o un derecho individual. Acabó con las penas inhumanas que estaban en vigor en todo el viejo Oriente, y llegaron a no diferenciarse según la calidad

¹⁶ López Betancourt, Ob cit., pág. 36 y 37

¹⁷ Cuello Calón, Derecho Penal, 9º ed. Ed. Nacional, 1961, pp.56-57. Cita López Betancourt, Ob. cit. Pág. 36

de las personas. Una de las más características penas de la práctica político-penal de Grecia: el ostracismo (destierro). Las leyes espartanas estaban colmadas de espíritu heroico y de sentido universalista. Castigaban especialmente al soldado cobarde en el combate; por eso se azotaba a los jóvenes afeminados, se imponían penas a los célibes, y por eso se ordenaba dar muerte a los niños que nacían deformes, dando con tal medida la más remota muestra de eugenesia. En las Leyes de Locris, las penas adquirieron el más expresivo simbolismo. Así, a los reos de delitos sexuales, se les sacaban los ojos, por se la puerta por donde la pasión penetró. Las Leyes de Carondas consideraban delito las lesiones personales, los atentados contra la propiedad ponían en riesgo a las personas, el frecuentar malas compañías, etc. En las Leyes de Crotyina, sólo se encuentran algunas reglas sobre los delitos sexuales que estaban sujetos a la composición”.¹⁸

- **Roma**

El Derecho Penal romano no alcanzó los impresionantes niveles del derecho civil, pero no por ello deben dejar de reconocérsele aciertos; al respecto Sebastián Soler nos dice que la verdadera importancia del Derecho Penal romano lo constituye:

“a) La afirmación del carácter público y social del derecho penal, no obstante la diferencia siempre mantenida entre delitos privados y públicos, pues la ilicitud privada no se equiparaba a una acción civil, y no daba lugar a un mero resarcimiento, sino a una verdadera pena.

b) El amplio desarrollo alcanzado por la doctrina de la imputabilidad, de la culpabilidad y de las causas que la excluyen, especialmente el error.

c) El elemento subjetivo se encuentra claramente diferenciado, aún por la clase de pena que correspondía al dolo y a la culpa, pues mientras al hecho doloso seguía la *poenitio*, al culposo se aplicaba la *castigatio* que tenía un fin sobre todo intimidante, y con tal objeto era aplicable incluso a los menores y las personas colectivas.

d) La teoría penal no alcanzó tampoco a la aplicación del principio de reserva y a la prohibición de la analogía”.¹⁹

¹⁸ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª ed. Ed. Losada, Buenos Aires, Argentina, 1964, tomo I p. 276-277. Cita López Betancourt., Ob cit. Pág. 11

¹⁹ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo I, 3ª reimpresión, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1956, p. 64. Cita López Betancourt, Ob. cit. Pág.12 y 13.

Conforme pasaron los años, las ideas de la ley del tali3n tambi3n fueron cambiando, puesto que en la edad media, ya no se ejecutaban penas o castigos, sin ninguna restricci3n, sino que aqu3 ya se diferencia algunos tipos de conductas y se analizaba incluso causas –muestra de avance. Pero el trasfondo de protecci3n a los nobles y poderosos no cambi3, es decir la impunidad entre los nobles.

EDAD MEDIA

En este per3odo queda comprendido entre el a3o 476 d. de C. hasta el de 1453 aproximadamente. Los primeros siglos de esta etapa fueron de un notorio obscurantismo jur3dico; al Derecho Penal se le releg3 y hasta el siglo IX empez3 a enriquecerse.

Prevalenci3 el derecho penal can3nico, el cual se origin3 de diversas fuentes, inclusive se influenci3 de aspectos de los derechos romano y germano; el delito fue visto como la esclavitud y la pena como la liberaci3n, por lo que, cuando se comet3a un il3cito se impon3a una pena, la cual se cumpl3a encerrado en una peque3a celda, de ah3 proviene precisamente el nombre de “penitenciaria”.²⁰

Se distinguen tres tipos de delitos: los *eclesi3sticos* atentaban contra el poder de la divinidad; los *seculares* constitu3an la regla general y los *mixtos* transgred3an tanto con el poder divino como contra el humano. A pesar de esta divisi3n, y que a los il3citos eclesi3sticos se les denomina pecados y a los seculares delitos, la realidad es que se utilizaban indistintamente y hab3a una absoluta confusi3n el poder p3blico con el eclesi3stico; inclusive se origin3 un t3trico per3odo, en que la Iglesia cat3lica toma la justicia por su cuenta, conocido como el de la Inquisici3n; que logr3 su esplendor en Espa3a: Los tribunales de la Santa Inquisici3n atend3an tanto la denuncia contra la fe como conoc3an de otros il3citos. En cuanto a esta 3poca, nos dice Hefele: “A los ojos de muchas gentes pasa la Inquisici3n por tan inhumanamente cruel, que todo su conato y empe3o en

²⁰ L3pez Betancourt, Ob cit., p3g. 13 y 14

los procedimientos, se dirigía, en sentir de ellas, no a descubrir la verdad; sino a condenar al acusado, no perdonando ardid ni mala arte con tal de hacer perecer, aun al más inocente”.²¹

Las naciones que destacan en el periodo de Edad Media son:

- **España**

En el año 654 adoptó un código de leyes unificado, aplicable a los visigodos como a los ibero-romanos, llamado Fuero Juzgo.

En el siglo XIII adopta el Derecho Romano. Jiménez de Asúa expone: “Las Siete Partidas, escritas en magnífico castellano son un documento maravilloso que, en su partida VII da una definición del delito, de la pena, y sobre todo de las circunstancias, y entre ellas las que ahora denominamos causas de justificación”.²²

Posteriormente, en 1567, surge la Nueva Recopilación, que regiría la legislación activa para las colonias conquistadas en América, y en 1805 se elabora la Novísima Recopilación.

Miguel S. Macedo, en su libro *Apuntes para la historia del derecho penal mexicano*, nos dice: “Los principales monumentos de la legislación feudal en España, que son mucho más numerosos e importantes que los de cualquier otro país de Europa y que comprende:

1. Siglos IX a XIV. Cartas-pueblo y fueros municipales. Se regularizó la composición pecuniaria para los delitos de sangre bajo el nombre de enmienda o caloña
2. Fuero Viejo de Castilla o Fuero de los Fijosdalgo;
3. En 1255 Fuero Real. Abarca a los derechos civil, penal, procesal y político; varias de sus disposiciones se encontraron señaladas en el Fuero Juzgo y en varios fueros municipales; asimismo sirvió de base para las Siete Partidas.

²¹ Hefele, *La Inquisición Española*, Imprenta de José Mariano Fernández de Lara, 1875, p. 101. Cita López Betancourt, Ob. cit. Pág. 15

²² Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª ed., Ed. Losada, Buenos Aires, Argentina, 1964, tomo I, p.31. Cita López Betancourt, Ob. cit. Pág. 15

En el Fuero Real, el Derecho Penal se trata en el libro IV y sus principales características son:

- a) Disminuye la aplicación de la pena de muerte.
- b) Las penas que impone son crueles y llegan a suscitar el horror de la sociedad.
- c) Sostiene la no retroactividad de la ley.
- d) Concede a todo hombre el derecho de acusar a cualquier otro, dándose así la acusación pública popular.
- e) Distingue el procedimiento civil privado del procedimiento penal público y paralelamente a ellos se establece el de oficio.

4. 1265. Las Siete Partidas;

Obra jurídica realizada por Alfonso “El Sabio”; se pretendió la unidad de la legislación y la consolidación del poder real. La Partida VII no fue exclusiva del Derecho Penal, pero sí contiene su mayor trascendencia; sus características más significativas son:

- a) El establecimiento del sistema acusatorio mediante la forma escrita.
- b) Exigir en los delitos privados la querrela del ofendido.
- c) Se permitía la acusación a los muertos en los delitos de traición y herejía.
- d) La acusación tendía a probarse de tres maneras: por testigos; por pesquisas y por lid, seguida de un duelo judicial o juicio de Dios. El acusador retaba a su contraparte. Si el acusado ganaba se le consideraba alevoso, si perdía, era traidor y por tanto condenado a morir y a privarlo de todos sus bienes.
- e) La prevariación del abogado se equiparaba al fraude.
- f) Se permitía el homicidio del adúltero, sólo si era sorprendido *in fraganti*.
- g) Los tormentos se encontraban restringidos y su aplicación dependía por mandato de un juez.
- h) La pena contiene tres principios: expiatorio, intimidatorio y ejemplar.

5. 1348. Ordenamiento de Alcalá

6. 1485. Ordenanzas Reales de Castilla”.²³

Después de las Ordenanzas Reales de Castilla, se planteó en España la necesidad de poseer una legislación clara y resumida. Fue así como Felipe II encargó esa tarea, produciéndose la Nueva Recopilación, publicada en el año de 1567; en su libro VIII se encuentra el Derecho Penal. Esta Nueva Recopilación resultó un fracaso, por ello Carlos IV le encargó a Juan de la Reguera Valdeloma la creación de una nueva legislación a la que se denominó Novísima Recopilación, en el año de 1805. Mientras estuvo vigente la Novísima Recopilación, se consideró como derecho supletorio a las Partidas; este cuerpo de leyes persistió en un sistema cruel y arbitrario, especialmente contra la clase desposeída como los gitanos.²⁴

En 1822 se aprobó en España un nuevo Código Penal, con un título preliminar para definir generalidades sobre el delito y las penas; este código recibió influencias del Código Penal Francés, y de las ideas humanistas dominantes en esa época. El código mencionado tuvo vigencia efímera, pronto se derogó y volvió a tener vigencia la Novísima Recopilación. Lo anterior fue hasta el año de 1848 en que se aprobó otro Código Penal, compuesto por tres libros; en el primero se incluyen generalidades, en el segundo se definen los delitos y en el tercero se analizan las faltas. En 1870 se aprobó un nuevo Código Penal con una vigencia de 60 años. En un cuerpo de leyes con grandes avances en materia penal; se incluyen originales conceptos como: la tentativa y la limitación de la pena. Este código tiende a ser humanitario y respeta profundamente a la persona humana, especialmente en lo que se refiere a la aplicación de sanciones.

- **Alemania**

En Derecho Penal Germánico, tiene gran influencia del siglo VI al IX. Para los teutones el Derecho lo constituían la paz y el orden; y así cualquier violación era la ruptura de aquellas situaciones; al principio se señalaba la existencia de delitos privados y públicos, posteriormente sólo existieron estos últimos; es frecuente la composición, la cual tiene el carácter de resarcimiento y pena; aparece la figura del bando, que prohibía dar hospitalidad

²³ Macedo, Miguel, *Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano*, Ed. Cultura, México, 1931, p. 39. Cita por López Betancourt, Ob. cit. Pág. 16-18.

²⁴ López Betancourt, Ob cit. pág. 19

o alimentos al condenado y estaba obligado a matarlo; además, se imponía la pena de muerte, la mutilación, la esclavitud y el exilio.

El Derecho Penal alemán se ha destacado de manera excepcional en los últimos siglos. Sobresalen en materia de legislación los denominados espéculos, dado uno en Sajonia en el año de 1230 y el de Suabi en 1275. Parecido a las Cartas-Pueblo de España, se crean los derechos de las ciudades, donde tuvieron el privilegio de ser otorgados a Magdeburgo y a Lübeck. La más importante legislación penal alemana de esta época la constituye la Constitución Criminal Carolina, otorgada por el emperador Carlos I de España y V de Alemania. Contiene 219 artículos, de los cuales la tercera parte se refiere al Derecho Penal sustantivo y el resto al derecho procesar penal; esta Constitución llegó a tener vigencia en otros lugares como Polonia, Rusia y en el sur de África.²⁵

- **Francia**

Con una reorganización política por estados entre los años 481 y 756, sus gobernantes eran las dinastías monárquicas de los merovingios y los carolingios. A partir de 756 hasta 1870, Francia se consideró un Estado pontificio.

En 1453 se aprobó el Grand Coustumier de Carlos VI. Posteriormente las Ordenanzas Criminales de Francisco I, en el año de 1539, y para finales del siglo XVII, la Ordeonnance Criminelle o Código Criminal de Luis XVI. Estos tres cuerpos de leyes penales fueron los antecedentes del Derecho Penal de la revolución, manifestado en dos códigos penales, el primero del año de 1791 y el otro de 1798. Sus principales características:

- a) Consagran las garantías individuales.
- b) En su contenido existen principios penales sustantivos y aspectos de derecho procesal; esto es, no hay códigos diversos como en la actualidad.

En 1810 se aprobó un nuevo Código Penal, y muchos de sus principios perduran todavía hasta nuestros días. Ha servido de bases para numerosas legislaciones.²⁶

²⁵ Idem, pág. 20

²⁶ Ibidem.

Los procesos de cambio impactan tanto en el Derecho como en la sociedad, pues ésta no es estática. Se dan cambios sociales, económicos y políticos. Resalta Francia e Inglaterra, que del área rural y agraria dan paso a un rotundo cambio. Ingresando a la edad moderna con la Revolución Industrial, que implica la forma de producción capitalista. Formándose estructuras dominantes y dominadoras.

Vemos aquí las leyes de la oferta y la demanda de mano de obra: donde antes faltaba mano de obra, ahora debido a las diversas crisis acarreadas -sobra la mano de obra y las remuneraciones bajan, generándose pobreza y “delincuencia”. Delincuentes que roban por un pan para la boca de su familia o para su subsistencia.²⁷

En esta época surgen las ideas del contrato social, para vivir en paz y armonía. Con el tiempo se crean las instituciones de encierro que fueron propugnadas por la Ilustración francesa, es decir el contrato social y la corriente contractualista se fueron tornando en la defensa de los que comenzaron a surgir con el capitalismo incipiente, la clase de burguesa, frente a la nobleza. Traduciéndose en la institucionalización de la cárcel (aún aquí con fines retributivos), como herramienta de castigo con prioridad frente a los castigos corporales, aún vigentes en la época; y como defensa del capitalismo incipiente frente a las masas tornando más eficaz la vigilancia carcelaria. Ambas se basaban siempre en el respeto al contrato social.

El evento que se fue repitiendo en la historia del derecho penal, en sucesión de marchas y contramarchas, es la lucha de la que va surgiendo arduamente la concepción del hombre como persona, esto es, como un ser dotado de autonomía moral. Cuyo desarrollo continúa hasta nuestros días, en que la lucha sigue quizá más encarnizada que nunca.

1.4 PERIODO HUMANISTA O HUMANITARIO

²⁷ Es curioso el hecho de que aún hoy en día el tipo de delito que más se comete es el robo. Fuente INEGI Estadística del Estado de Aguascalientes 2002

Como consecuencia de la excesiva crueldad existente en materia penal, un estudioso joven aristócrata externó sus ideas humanitarias oponiéndose rotundamente a esa situación. César de Bonnesana, marqués de Beccaria, en el año de 1764, publicó el libro *De los Delitos y las Penas*, y en él señala que las penas deben establecerse obligadamente en las leyes, ser públicas, prontas y necesarias; proscribir la pena de muerte y prohibir a los jueces interpretar la ley, por ser su aplicación la única función. Jiménez de Asúa sobre este tema comenta: “La filosofía penal se concreta en el pensamiento de Beccaria en una fórmula jurídica que resultaba del *Contrato Social* de Rousseau: el principio de legalidad de los delitos y de las penas, nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley”.²⁸ Surge por lo tanto el reconocimiento de la garantía de legalidad.

En este paso del siglo XVIII, si bien fue el auge del Industrialismo, también fue el siglo del derecho penal liberal propugnado por Beccaria. Quien dejó con su obra el camino hacia la humanización del Derecho Penal, y hacia una discusión acerca de los fines que debería detener éste –la cual sigue vigente en nuestros días.

Beccaria parte del Contrato Social, como origen de la constitución de la sociedad y la cesión de mínimos de libertad a manos del Estado y su poder punitivo para la conservación de las restantes libertades. Las críticas de Beccaria conducen a la formulación de una serie de reformas penales que son la base de lo que conocemos como Derecho Penal Liberal, resumido en términos de humanización general de las penas, abolición de la tortura, igualdad ante la ley, Principio de legalidad²⁹, proporcionalidad entre delito y pena, y en general gran parte de los principios de derecho penal. Sus ideas ayudaron a las exigencias penales de su tiempo.

Mi comentario se dirige a que el Derecho Penal debe tener como bandera su fundamento en el ser humano, el servir al hombre por medio del Derecho y que el Derecho sirva al

²⁸ Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 3º ed., Ed. Sudamericana, S.A. , p. 34 Cita López Betancourt, Ob. cit. Pág. 38

²⁹ Tema a tratar en el capítulo siguiente. Dada su relevancia para la aplicación del Derecho Penal.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

hombre. Lo cual aún hoy día es difícil de aceptar, pues se ha dado el uso del Derecho Penal como instrumento de poder que velan por los intereses de unos cuantos, principalmente para el manejo de intereses económicos, en razón del capitalismo imperante, los negocios y la acumulación de la riqueza.

El sistema capitalista en que nos vemos inmersos hace girar alrededor del Estado su poder, donde lo principal es atraer la inversión económica, que beneficia solo a unos cuantos. Pues vemos que no dejan de existir bastantes problemas de pobreza –desnutrición, enfermedades, vivir en jacales, sin contar con servicios públicos, gente desempleada, baja escolaridad, ante ello el bienestar social es solo para unos cuantos y no para quienes realmente necesitan una esperanza de vida. No hay que ir muy lejos de Aguascalientes para verlo. La zona oriente de nuestra ciudad está llena de marginación que hemos provocado todos los “hidrocálidos”. Contradicción de estilos de vida. Aunque con mirar hacia cualquier parte del mundo, es lo mismo, la historia es la misma.

Hoy en día los empresarios de Aguascalientes, reclaman seguridad³⁰, para mejorar su ingreso económico y dado la creciente ola de violencia que se vive, se dice que con la inseguridad los inversionistas evitan poner su dinero en riegos y se alejan de Aguascalientes³¹. Pero la seguridad no debe ser solo para arropar a los “empresarios”, sino a toda la ciudadanía, principalmente a los más desprotegidos y marginados. A pesar de ser esta la bandera política que se utiliza, pero el trasfondo es proteger su dinero.

Y por lo mismo hay más pobreza, pues el capital se concentra en unos cuantos y por ende el ojo esta hacia los “pobres”, etiquetados como delincuentes.

Asimismo las estadísticas muestran que en Aguascalientes, el delito que más se comete es el robo.³²

³⁰ El Sol del Centro (<http://www.oem.com.mx/elsoldelcentro>), 13 de junio de 2008 “Ultimátum de empresarios a las autoridades” Unen voces en iniciativa privada para exigir. Directivos de la USEM, CANACO y CCE determinaron un plazo de cuatro meses para que las autoridades comiencen a dar resultados en materia de seguridad.

³¹ El Heraldo de Aguascalientes (<http://www.heraldoags.com/>), 13 de junio de 2008 “Nos enlistan como una ciudad insegura” la Cámara de Comercio Americana boletín a Aguascalientes en la lista de ciudades más peligrosas; el señalamiento afecta a las inversiones. Podrían estar llegando más, pero no se atreven porque la percepción es diferente a la promoción.

³² El Heraldo de Aguascalientes (<http://www.heraldoags.com/>), 09 de junio de 2008 “El robo es el delito que más pega a la sociedad”.

Esto centra nuestra atención, en que el dinero es lo principal tanto para gobernantes y gobernados; dada la marcada influencia capitalista que tenemos.

Así pues a lo largo del tiempo se ha visto al uso del Derecho Penal como instrumento de Poder, surgiendo así políticas penales que irán a velar por los intereses de unos cuantos. Tomando como excusa en los diferentes países a la protección del Estado, protección de la sociedad, la paz social, entre otras excusas –puesto que detrás del Derecho Penal siempre ha habido manos poderosas que lo han sabido manejar a su antojo en pos de sus intereses económicos.

Siempre de una u otra forma el capitalismo ha dominado el sistema penal. Pues siempre ha existido una lucha de clases, por ende, al haber alguien que controle esto, si bien era porque en algún momento el pueblo lo requería, poco a poco, detrás de ello, fue creciendo el poder de unos cuantos que velaban sus intereses propios, y básicamente económicos, a costa de los desafortunados que no se encontraban cerca de los centros de decisión.

II. EL DERECHO PENAL EN MÉXICO

Veamos ahora cómo ha sido la evolución del derecho penal a lo largo de la Historia de nuestro país, en concreto.

2.1 MUNDO PRECORTESIANO

Los estudios científicos que a partir de 1950 han realizado un grupo de serios profesionales antropólogos e historiadores, quienes después de analizar el hallazgo pictórico indígena que sobrevivió, obtuvieron valiosas conclusiones dignas de fe.

Señalan, de los pueblos precortesianos, que debido a su severidad y rigidez en materia penal, mantenían una apacible y ordenada vida social. El Derecho represivo de esta época se caracterizaba por ser drástico; de ahí que la mayoría de los actos delictuosos se

castigaban con la pena de muerte (mediante lapidación, decapitación y descuartizamiento), el destierro, la cárcel, los azotes y las mutilaciones³³.

Los más importantes pueblos precortesianos:

- **Los aztecas**

Se esforzaron por dividir a los delitos tomando en cuenta el bien jurídicamente tutelado, esto es, consideraron como núcleo en la agrupación de los delitos aquellos que resaltaran alguna característica similar o semejante: por ejemplo, dentro de los delitos contra la vida y la integridad corporal se comprendían las lesiones y el homicidio; en lo relativo al patrimonio incluían el robo, el fraude y el daño en propiedad ajena. Aplicaban como penas principales el destierro, los azotes y la pena de muerte. La cárcel era poco común; generalmente servía por breves períodos, se asemejaba a jaulas de madera, donde se exhibían a los delincuentes provisionalmente mientras se decretaba la sanción a que se habían hecho merecedores. La pena de muerte se imponía a diversidad de delitos, entre ellos al traidor a la patria, al homicida, al violador, al ladrón que actuaba con violencia y a los funcionarios inmorales. La pena capital se aplicaba por ahorcamiento, a garrotazos o quemándolos; todo dependía de la gravedad del delito. Una de las fuentes fidedignas para conocer el derecho penal azteca, fue el Códice Florentino y un estudio que versó sobre él, realizado por Alfredo López Austin, denominado la Constitución Real de México-Tenochtitlan, efectuado en el año de 1961, reveló que los jueces que actuaban inmoralmente se les mataba. Otra investigación sobre el tema la dio a conocer Carlos H. Alba en su obra titulada *Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano*, editado en México por el Instituto Indigenista Americano. Señala que en el derecho penal azteca:

- I. Conocieron las causas excluyentes de responsabilidad y los conceptos modernos de la participación, el encubrimiento, la concurrencia de delitos, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

³³ López Betancourt, Ob cit., pág. 21 a 34

- II. Practicaban una moral propia, diferente a la nuestra; por ello consideraban delitos muchos actos que en la actualidad han sido superados tales como la embriaguez, la cual inclusive llegaba a castigarse con la pena de muerte; el celestinaje (o sea alcahuetear en materia de amores), cuando se inducía a una mujer casada, también se castigaba con la pena de muerte; el mentir, también podría ocasionar la misma penalidad; a los sacerdotes que no guardaban la continencia (abstinencia sexual), se les ejecutaba; igual suerte corrían los homosexuales.
- III. En general, existe una gran coincidencia entre el derecho penal azteca y el actual derecho positivo mexicano.

- **Los mayas**

El derecho penal maya tendía, precisamente a proteger el orden social imperante; la función represora la mantenía el Estado; se castigaba basándose en el resultado y no en la intención; los jueces poseían el atributo de funcionarios públicos quienes actuaban con un amplio arbitrio. Los delitos más graves fueron el homicidio, el adulterio, el robo, el incendio, la traición a la patria, la injuria y la difamación. Entre las sanciones se cuentan la muerte, una especie de esclavitud, la infamación y la indemnización; la cárcel la utilizaba sólo por los delitos *in fraganti*, con un carácter temporal hasta en tanto imponían la sanción que correspondía; en algunos delitos como el robo, operaba una especie de excusa absolutoria; cuando se cometía por primera vez, se le perdonaba; pero al reincidente se le imponía la sanción de marcarle la cara. Francisco González de Cossío reconoce la calidad moral de las civilizaciones precortesianas, al señalar: “la cultura heredada por los mexicanos era sumamente rica en conceptos morales. De ellos nos hablan elocuentemente no sólo las costumbres que alcanzaron a conocer los primeros hombres que vinieron del Oriente y escribieron sobre ellos, sino también y muy principalmente, las lenguas en que los habitantes de este nuevo mundo se expresaban y se entendían”.³⁴ Pérez Galaz, en relación con este pueblo acota: “un gran adelanto en el derecho penal maya, constituye la falta de acción contra el incumplimiento de las obligaciones civiles”.³⁵

³⁴ González de Cossío, *Apuntes para la historia del “jus puniendi” en México*, Talleres Offset Larios, S.A., México, p. 53. Cita por López Betancourt, Ob. cit. Pág. 25

³⁵ Pérez Galaz, Juan de Dios, *Derecho y Organización Social de los Mayas*, Gobierno de Campeche, Campeche, 1943, p. 63 Cita López Betancourt, Ob. cit. Pág. 25

• Los Purépechas

Cultura con inclinación religiosa y profundamente moralista, originando con ello que se le identifique con el derecho. Tomando en cuenta el sentido eminentemente ético de este pueblo y su menor preocupación por el aspecto religioso, su comportamiento se reflejaba sin lugar a dudas en la conservación de un derecho bastante más rígido que el de otros pueblos. Tan es así, que en materia penal, los purépechas llegan a aplicar sanciones, con extrema crueldad; perseguían, con mayor dureza, los delitos de homicidio, la traición a la patria y el adulterio cometido con una de las esposas del Calzontzin³⁶; se aplicaba generalmente la pena de muerte, la cual se ejecutaba con verdadera saña, ya que se les enterraba vivos hasta las cabeza para ser devorados por aves de rapiña o amarrados de brazos y pies se les “despeñaba”; tratándose de faltas no tan graves, se les imponían otras penas infamantes aunque no menos crueles, como abrirles la boca hasta las orejas. En general, la comisión de delitos en la comunidad purépecha era bastante reducida.

En un trabajo interesantísimo del investigador alemán Kohler, sobre la vida de los aztecas y los purépechas, nos señala características jurídicas de estos últimos:

1. Las principales penas eran, la pena capital, la confiscación, la demolición de la casa, el destierro, el arresto en la propia habitación y, en casos de excepción la encarcelación.
2. El adulterio se castigaba con la muerte y si el esposo la encontraba in fraganti, la podía golpear pero no matar, puesto que la venganza privada estaba prohibida.
3. Por la comisión de un primer delito que no fuera grave, se concedía el indulto.
4. Hechiceros y brujos eran castigados con la muerte.³⁷

³⁶ Jefe Militar que gobernaba al pueblo, con la responsabilidad de proteger su territorio y por medio de guerras seguirlo acrecentando. Comenta López Betancourt, Ob. cit. Pág. 25

³⁷ Kohler, *El derecho de los aztecas*, Tr. Carlos Rovalo y Fernández, Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México, 1924. Cita López Betancourt, Ob cit. Pág. 26

2.2 ÉPOCA COLONIAL

El 13 de agosto de 1521, fecha de la caída de Tenochtitlan, se inicia la época colonial, prolongándose por tres siglos; el dominio español sobre las tierras conquistadas se vuelve absoluto y desalmado.

Durante el siglo XVIII se incrementan en la Nueva España diversos tribunales especializados como el Tribunal de la Acordada, encargado primordialmente de perseguir y castigar a los salteadores de caminos; el Real Tribunal de Minería, que conocía de contiendas surgidas entre mineros; asimismo y con anterioridad a éste, se creó la Casa de Contratación de Sevilla, cuya finalidad era la contratación del comercio de las colonias y, por último, el Consejo de Indias, el cual ejercía funciones judiciales en los negocios de carácter civil o penal.

Se establecieron en la Nueva España diversos tribunales eclesiásticos, entre los cuales sobresalió el que se conoce con el nombre de la Inquisición, establecido por cédula real de Felipe II en 1570. Esta institución se creó supuestamente para garantizar la supremacía de la fe católica; sin embargo, su método predilecto era el tormento para obtener así la confesión de los herejes, lo que conducía a dictar generalmente sentencias de muerte.

Con gran dosis de injusticia, se desarrollan tres siglos de dominación española sobre las tierras americanas. En éstos, la palabra del peninsular llamado así el español nacido en la metrópoli, adquiría mayor valor por encima inclusive de los criollos, o sea, los españoles nacidos en América, ya no se diga sobre los mestizos, indios y, en general, de todos los demás grupos étnicos. En ocasiones, las leyes y las instituciones podían ser bastante positivas pero lamentablemente los encargados de aplicarlas o de administrarlas actuaban de mala fe en perjuicio de las clases desposeídas y es precisamente ese ambiente, lo que originó en último caso, la lucha por la separación a principios del siglo XIX.

El abuso, la arbitrariedad y en general la injusticia, fueron los signos característicos de esta época en perjuicio de los aborígenes, a quienes en materia penal se les imponían penas crueles.

2.3 MÉXICO INDEPENDIENTE

México logra su independencia política en 1821, después de una lucha intestina desgastante, que duró 11 años. Debido a ello el país se encontraba con graves problemas y durante todo el siglo XIX se mantuvo en un constante polvorín.

Durante los primeros años de vida independiente, estuvo vigente el derecho español, es decir, las mismas disposiciones de la época colonial. La principal preocupación se encaminó por la organización política del naciente Estado; de ahí la notable e intensiva actividad constitucional.

No obstante, como un caso excepcional, recién lograda la independencia se estableció la Soberana Junta Provisional Gubernativa del Imperio Mexicano, por Agustín de Iturbide; en sesión del 12 de enero de 1822 se designó una comisión para elaborar el Código Criminal. Las razones que se esgrimieron para la nominación de la comisión, fueron los abusos –cada vez más frecuentes- que en el ámbito penal se presentaban, así como los problemas de seguridad y la intensa comisión de delitos. Los trabajos de esta comisión dieron como resultado el primer proyecto de Código Penal del México independiente, por ello debe rectificarse la idea equivocada en el sentido de que el primer proyecto de Código Penal fue el del Estado de México de 1831.³⁸

En el año de 1835, el Estado de Veracruz aprobó el primer Código Penal vigente, debido a los trabajos de una comisión. Sobre el particular nos dice Porte Petit que “está compuesto de tres partes: La Parte Primera llamada de las penas y de los delitos en general; la Parte

³⁸ López Betancourt Ob cit., pág. 31

Segunda denominada de los delitos contra la sociedad y la Parte Tercera, se refiere a los delitos contra los particulares”.³⁹

En el Estado de Veracruz, la legislatura estatal en 1848 comisionó a José Julián Tornel, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para formular un proyecto de Código criminal y penal, que no fue aprobado pero dejó constancia del interés por mejorar la legislación penal. En 1869, el propio Estado de Veracruz, aprobó un nuevo Código Penal, conocido con el nombre de “Código Corona”, por ser Fernando J. Corona su autor.

Durante el imperio de Maximiliano de Habsburgo, entró en vigor el Código Penal Francés, pero, designó una Comisión para elaborar un proyecto propio que nunca llegó a tener vigencia debido a la caída del imperio.

En 1861, Benito Juárez, Presidente de la República, ordenó el restablecimiento de una Comisión para formular un proyecto de Código Penal, la cual fue presidida por Antonio Martínez de Castro. La Comisión concluyó sus trabajos en 1868 y para 1871 se aprobó esta nueva ley, básicamente influenciada por el Código español de 1870, por su orientación a favor de la escuela clásica del derecho penal.

El Código Penal de 1871 fue objeto de revisión por una Comisión dirigida por Porfirio Díaz en 1903, que por diversos problemas logró entregar un proyecto de Código Penal sólo hasta el año de 1912. Debido a las vicisitudes políticas del país, no logró aprobarse dicho Código. Integraron la comisión Emilio Monroy, Miguel Macedo, Manuel Olivera Toro y Carlos Trejo.

2.4 MÉXICO REVOLUCIONARIO

Los ideales de la Revolución Mexicana se plasmaron y proyectaron en todas las actividades del país, particularmente en el campo legislativo, sobre todo a partir de la Constitución

³⁹ Porte Petit, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, 8ª ed., Editorial Porrúa, México 1983, p.49. Cita López Betancourt, Ob. cit. Pág. 31

Política Mexicana de 1917, como base de sustentación de la nueva legislación mexicana. El derecho penal no podría quedar a la zaga del cambio político del país y dados los primeros años del triunfo del movimiento armado se manifestaron un sinnúmero de inquietudes por formular un nuevo Código Penal. Debido a problemas políticos fue hasta el año de 1925 cuando el presidente de la República Plutarco Elías Calles, designó una comisión para que redactara un código para el Distrito y Territorios Federales, formada por Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio ramos Pedrueza, Enrique Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz. Este último la presidió e inclusive por ello cuando llegó a ser ley positiva en el año de 1929 (15 de diciembre), se le conoció también con el nombre de Código de Almaraz. Sobre este código se han expresado opiniones encontradas; algunas señalan que es un código de graves errores de orientación positiva que en poco contribuyó para la previsión de las penas y de los delitos. Al respecto nos dice Jiménez de Asúa: “Este código, que consta de 1233 artículos, se funda –según dicen los propios comisionados- en la Escuela Positiva y su principal defensor fue Almaraz, que, sin embargo, confiesa que “es un código de transición y como tal plagado de defecto y sujetos a enmiendas importantes”, si bien entre sus méritos señala el haber roto “con los antiguos moldes de la escuela clásica... y ser el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha consciente contra el delito a base de defensa social e individualización de sanciones”.

“El código de 1929 fue un código para los delitos; es decir, que las contravenciones no se abarcan en su texto; mas a pesar de ello, constaban del exorbitante número de 1228 artículos y otros cinco de índole transitoria.”⁴⁰

Este Código de 1929 fue duramente criticado y de hecho no se logro conocer su eficacia, más bien hubo precipitación por derogarlo y por eso, el Lic. Emilio Portes Gil, Presidente de la Republica, ordeno designar una nueva comisión redactadora para formular el proyecto, que dio vida al vigente Código Penal de 1931 del Distrito Federal, en materia del fuero común y de toda la Republica en materia federal. Este código, promulgado el 13 de agosto de 1931 por el Presidente Ortiz Rubio, entro en vigor el 17 de septiembre del mismo

⁴⁰ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 2 ed. Ed. Losada, Buenos Aires, Argentina, 1926, tomo I, pp 1163 y 1164. Cita López Betancourt, Ob. cit. Pág. 33

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

año de 1931. Este ordenamiento después de 62 años, aun sigue vigente, lo que resulta inexplicable ya que si bien fue considerado un buen documento para su época, actualmente muchos de sus conceptos y orientaciones se encuentran superados. Para tratar de enmendarlo por su falta de actualización se ha abusado de reformas, que de manera impresionante ha sufrido tan importante cuerpo de leyes; podemos decir que poco queda del código original, pero con tal proceder no se resuelve el problema, sino se agrava, puesto que tantas reformas han suscitado confusiones y hasta criterios contradictorios.

Tal vez en un día no muy lejano contemos con una nueva legislación penal mexicana, acorde con las necesidades de nuestro tiempo, equilibrada y completa, de la que podamos sentirnos orgullosos, a la vez sirva para la eficaz y adecuada convivencia humana, ya que si bien resulta cierto que no es la carencia de un buen Código Penal la única motivación culpable del grave incremento de la criminalidad, si podemos asegurar que en mucho contribuye.

III. ESCUELAS PENALES

A partir de Beccaria, la situación empezó a cambiar. Los gobiernos se humanizaron y tendieron a desaparecer las crueldades en materia penal; también se incrementaron los estudios para sistematizar al Derecho Penal, destacándose en particular dos corrientes: a) la escuela clásica y b) la escuela positivista.

3.1 ESCUELA CLÁSICA

Los pensamientos que originan esta corriente, procedieron de Emmanuel Kant, Federico Hegel, Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach, Giandoménico Romagnosi y Francisco Carrara. Ellos en general, sostuvieron los propios lineamientos que Beccaria, pero plantearon de manera especial, las siguientes ideas: la pena debía ser proporcional al delito; todos los hombres son iguales, sin privilegios; el hombre goza de libre albedrío, o sea, de la

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

facultad de decidir cómo actuar en la vida, si comete un delito es porque esa decisión no fue influenciada por nada ni nadie.

Carrara fue el más brillante expositor de la escuela clásica, autor de una obra extraordinaria denominada *Programa de Derecho Criminal*. Su definición de delito es la más representativa de este concepto. Según el maestro italiano, delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. El pensamiento de Carrara se sintetiza de la siguiente manera:

- a) Distingue al delito de otras infracciones no jurídicas (morales o religiosas).
- b) El delito sólo se produce por violación a la ley.
- c) El pensamiento no produce consecuencias en el mundo jurídico.
- d) Considera que la inactividad, en ocasiones, puede producir delito.
- e) Las penas deben fundarse en criterios jurídicos.⁴¹

Jiménez de Asúa nos señala que la Escuela Clásica tiene características comunes, las cuales transcribimos:

- a) Método lógico-abstracto, puesto que el Derecho Penal, por ser derecho, había de trabajarse con esa metodología.
- b) Imputabilidad basada en el libre albedrío y la culpabilidad moral: Carrara dijo ya que no podía concebirse el derecho penal sino construido sobre esas bases.
- c) El delito como ente jurídico. Para los clásicos la acción delictiva no es un “ente de hecho”, sino el concepto jurídico del que, según Carrara, se derivan todas las consecuencias de su sistema de Derecho Penal.
- d) La pena se concibe por los clásicos como un mal y como un medio de tutela jurídica.⁴²

⁴¹ López Betancourt, Ob cit., pág. 38 y 39

⁴² Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito*, 3ª ed., Ed. Sudamericana, p. 46 Cita López Betancourt, Ob. cit. Pág. 39 y 40

3.2 ESCUELA POSITIVISTA

La Escuela Positivista surge en Francia, posterior a la Escuela Clásica, basándose en la filosofía de Augusto Comte. Sustenta tres principios fundamentales: *a)* la clasificación de la ciencia; *b)* la religión de la humanidad y *c)* la clasificación de los tres estadios.

Los principales representantes de esta doctrina son: César Lombroso, quien consideró que el delincuente era un ser atávico con regresión al salvajismo, y fundamentó la Antropología Criminal. Enrique Ferri, creador de la Sociología Criminal, expone que el medio ambiente es el que crea al delincuente; un medio hostil impulsa al individuo a cometer delitos, ese medio ambiente influye en él y las circunstancias lo orillan a delinquir. Sigmund Freud formula una teoría sobre el psicoanálisis, se refiere a los complejos del individuo, a los cuales considera como las causas del delito. Es autor de la psicología criminal.

El más brillante expositor del positivismo, Rafael Garófalo, diferenció al delito natural del delito legal. Define al delito como la violación de los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida media que son indispensables para la adaptación del individuo a la colectividad.

Con las ideas positivistas surge la idea de la penalización a determinado tipo de personas, que eran “propensas a la comisión de delitos por su constitución física y biológica” naciendo así la dogmática jurídica.

Los positivistas, en realidad, equivocaron el camino, en lugar de estudiar el Derecho Penal, analizaron el tema de cómo evitar la comisión de delitos. La idea fue buena, pero definitivamente no hicieron Derecho Penal sino ciencias causales explicativas, tales como la Antropología Criminal, Biología Criminal, Psicología Criminal y Endocrinología Criminal.⁴³

⁴³ López Betancourt, Ob cit., pág. 40 y 41

Considero que no obstante al comentario anterior, estas *ciencias causales explicativas*, son de gran ayuda para mejorar el conocimiento del Derecho Penal, pues permiten decir que conductas ameritan sanción, así como aspectos de estados de conciencia del individuo. Temas que para efectos de nuestra investigación recurriremos en su momento, apoyándome principalmente en la Sociología Criminal y en la Psicología Criminal.

Según Jiménez de Asúa, las características de la Escuela Positiva son opuestas a las clásicas y en ellas se destacan:

- a) Método experimental. Si el delincuente es un hombre y a él hay que atender, y el delito un producto de factores, para su estudio y para el hallazgo de remedios puede y debe emplearse ese método; no el lógico-abstracto.
- b) Responsabilidad social, derivada del determinismo y temibilidad del delincuente. Enrique Ferri dedicó su tesis doctoral a la negación del libre albedrío; como determinista, tuvo que basar la responsabilidad en un hecho meramente objetivo: vivir en sociedad. Antes, por Garófalo, y luego por positivistas disidentes, se ha intentado fundar la responsabilidad en el estado peligroso del delincuente.
- c) El delito, para los positivistas, es un fenómeno natural y social producido por el hombre.
- d) Y la pena no debe ser un castigo, sino un medio de defensa social.”⁴⁴

3.3 ESCUELA ECLÉCTICA

Tanto la Escuela Clásica como la Positivista tuvieron sus momentos de éxito y de decadencia; los últimos provocaron la presencia de autores que trataron de unir el pensamiento clásico y positivistas, por lo menos pretendieron tomar lo que consideraron más importante de cada una de ellas; a estos autores y a la escuela que fundaron se les conoce con el nombre de *eclécticos*. Entre las escuelas más destacadas tenemos a:⁴⁵

⁴⁴ Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito*, 3ª ed., Ed. Sudamericana, pp. 51-52 Cita López Betancourt, Ob. cit. Pág. 41y 42.

⁴⁵ López Betancourt, Ob. cit., pág. 42 y 43

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- a) *Teoría correccionalista*. Representantes: Carlos David Augusto Roeder en Alemania, y en Francia Marquet-Vasselot. Se defendió la idea de la conexión moral de la pena.
 - b) *Terza Scuola*. Representantes: Carnevale y B. Alimena. Sostiene que el Derecho Penal no depende de nadie y que el Estado está obligado a realizar la reforma social.
 - c) *Escuela sociológica*. Representante: Franz von Liszt. Acepta tanto los métodos jurídicos y los experimentales; reconoce al delito como entidad jurídica y como fenómeno natural.
 - d) *Escuela técnico-jurídica*. Representante: Manzini. Se opone a la filosofía, el Derecho Penal sólo se dedica a realizar la exégesis del derecho positivo.
 - e) *Tendencia dualista*. Representante: Birkmeyer. Consideró prudente crear dos códigos: el penal retributivo y otro, preventivo, donde debieran estar las medias de seguridad.
 - f) *Teoría penal humanista*. Representante: Vicente Lanza. La dirección del sentimiento es la única que vale en la conducta humana: todo lo que viole nuestros sentimientos morales, es delito.
 - g) *Idealismo activista*. Representantes: Spirito, Orestes y Maggiore. Aseguran que la única realidad es el espíritu; entre responsables e irresponsables no hay diferencia, los dos son imputables; la diferencia es la punición.

Cuadro de las Escuelas Penales

ESCUELA	REPRESENTANTES	POSTULADOS
Clásica	Carrara, Romagnossi, Rossi, Carmignani	<ul style="list-style-type: none"> • Libre albedrío • Igualdad de derechos • Responsabilidad moral • Objeto: el delito (jurídico) • Método: deductivo (especulativo) • Pena proporcional al delito • Clasificación de delincuentes
Positiva	Ferri, Garófalo, Lombroso	<ul style="list-style-type: none"> • Negación del libre albedrío • Responsabilidad social • Objeto: el delincuente • Método: inductivo (experimental) • Pena proporcional a la peligrosidad • Prevención más que represión • Medidas de seguridad • Clasificación de delincuentes • Sustitutivos penales

<p>Ecléctica</p> <p>a) Terza scuola</p>	<p>Carnevale, Alimena, Impallomeni</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Distingue las disciplinas jurídicas y las empíricas, estableciendo para las primeras el método lógico-abstracto • Concibe al delito como un hecho complejo, como fenómeno social causado naturalmente y como producto de factores endógenos y exógenos. • Rechaza la tipología de los delincuentes de los positivistas, reconociendo sólo a los ocasionales, los habituales y los anormales. • Concilia las penas con las medidas de seguridad • No opta por el determinismo radical positivista ni por el albedrío clásico • El fundamento de la pena es la responsabilidad moral, y la posibilidad de aplicar medidas de seguridad dependerá de la peligrosidad o temibilidad del delincuente • La finalidad de la pena no es sólo castigar al culpable sino corregir y readaptar socialmente al delincuente.
---	--	---

<p>Ecléctica</p> <p>b) Escuela Sociológica</p>	<p>Von Listz, Prins, Von Hamel</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Su planteamiento filosófico es un pragmatismo que implica el análisis y conocimiento de la realidad social • Ve al delito como un fenómeno natural y jurídico que por lo tanto debe ser estudiado empírica y domáticamente. • Reconoce a las penas y las medidas de seguridad.
<p>Ecléctica</p> <p>c) Escuela Técnico Jurídica</p>	<p>Rocco, Manzini, Massari, Battagliani, Delitalia, Vannini, Pannain, Antolisei</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Revaloriza el método abstracto • El delito es un ente eminentemente jurídico que genera un vínculo entre los gobernados y el Estado • Para determinar la imputabilidad hace a un lado el libre albedrío • Distingue a os sujetos imputables y los inimputables • Reconoce como consecuencias jurídicas del delito a las penas y las medidas de seguridad.

IV. CORRIENTES FILOSOFICAS DEL DERECHO EN GENERAL

Es necesario remitirnos a las diferentes ideologías filosóficas del Derecho, para determinar la corriente que se adopta por ser la más idónea en el contenido de sus postulados, con la finalidad de conocer la comprensión de sus derechos por el indiciado.

4.1 POSTURA IUSNATURALISTA⁴⁶

El iusnaturalismo en términos generales sostiene que existe una realidad jurídica más allá del derecho positivo, del derecho puesto en una determinada sociedad por aquellos que pueden establecerlo (hacer las normas obligatorias).

El iusnaturalismo, es una realidad jurídica que está basada en la naturaleza del ser humano, por eso se llama derecho natural

El planteamiento de la existencia del derecho natural es muy antiguo, pues con los griegos con la obra de teatro “Antígona”, quien se enfrenta al rey solicitándole el cadáver de su hermano para sepultarlo y éste se lo niega, por lo tanto Antígona alega que hay ciertas normas que van más allá de lo que él dice, en las que se pide la sepultura. Por lo tanto este es un alegato de derecho natural.

Hay opositores a esta idea, también desde muy antiguo. El pensamiento no se maneja de forma homogénea.

⁴⁶ Apuntes de Filosofía del Derecho, Maestría en Derecho, Universidad Autónoma de Aguascalientes, Diciembre 2005

DIVISIÓN DEL IUSNATURALISMO

- **El Iusnaturalismo Clásico.**

Surge del pensamiento griego con Sócrates, Platón y Aristóteles; por otra parte el Iusnaturalismo Cristiano los exponentes son por medio de la Patristica, Teólogos y Juristas Españoles.

Se habla de derecho natural y priorizan la idea de la justicia como parte del Derecho. Para Platón, la justicia es como el equilibrio Social, para Aristóteles, aparece la clásica división de la justicia que posteriormente retoma Santo Tomas de Aquino, es decir la justicia legal (que va de los particular al todo), la justicia distributiva (va del todo a las partes) y la conmutativa (la que se da entre la relación de los particulares).

La cuestión de la Equidad (Epiqueya), es lo que Aristóteles llama la corrección de la ley en el caso concreto.

Por su parte el pensamiento de los autores cristiano, van a crear un iusnaturalismo, como una corriente basada en el pensamiento griego, pero al retomarlo, profundizan –sin llegar a la repetición. Es decir, lo enriquecen y divulgan con un toque cristiano.

Resaltamos la aportación de Santo Tomas, quien dice que la justicia es una virtud que se cumple solo con relación al otro. Para que alguien diga que es justo, tiene que ser con relación a otro, pues nadie puede ser justo en si mismo, y por ende se concretiza la justicia, cuando se le da al otro, la cosa o conducta que se debe. En ello radica lo “Justo Objetivo” como idea desarrollada por Santo Tomas.

Asimismo comentamos la aportación de Francisco de Vitoria, desarrolla la idea del Derecho Subjetivo, como el derecho ubicado en el sujeto. Aquí tenemos la visión de los **Derechos Humanos** –que para la historia del Derecho, es un aporte que resalta del Iusnaturalismo.

- **Iusnaturalismo Racionalista o Moderno**

En el siglo XVII, el iusnaturalismo dice que el Derecho se basa en la naturaleza del ser humano, destaca que hay un derecho más allá del derecho positivo. Pero la construcción teórica que se hace es eminentemente racionalista, pues no se basa en la realidad de la naturaleza del ser humano, sino en el ejercicio de la razón.

Este iusnaturalismo será el pensamiento jurídico dominante de la segunda mitad del siglo XVII y todo el XVIII. En el siglo XIX se habla del iusnaturalismo racional, desplazando al clásico. Además es en este mismo siglo donde se desarrolla el positivismo jurídico, como la corriente que ataca al iusnaturalismo jurídico racionalista.

Las diferencias entre el iusnaturalismo clásico y el iusnaturalismo racionalista, son:

Iusnaturalismo	
Clásico	Racionalista
Naturaleza – Razón	Razón
Naturaleza histórica	Ahistórico
Personalista – Comunitario	Individualista
Derechos Humanos –Integral	Derechos Humanos –Individualista

1. El iusnaturalismo clásico se funda en la naturaleza del ser humano y en la razón, en la teoría del conocimiento, del realismo (esencias y naturalezas); mientras que el iusnaturalismo racionalista, solo se funda en la razón, construyendo su idea, como una idea racional.
2. El iusnaturalismo clásico hace una conjunción entre naturaleza e historia, entendiendo que los principios del derecho natural, son para todo tiempo y lugar y son inmutables, pero las aplicaciones de esos principios de derecho natural varían, según el tiempo y lugar. Así se puede decir que el Derecho es expresión de la justicia, pero lo que es justo ahora en un lugar determinado, puede ser que no lo sea

al cambiar de circunstancias históricas y por ende cambia la idea de justicia. Por su parte el iusnaturalismo racionalista, es un iusnaturalismo “ahistórico”, pues dice que el derecho natural es el mismo para todos los tiempos, lugares y seres humanos, es inmutable, pues la razón siempre es la misma.

3. En relación al principio social fundamental, para el iusnaturalismo clásico, es un principio personalista y comunitario. Mientras que para el iusnaturalismo racionalista es un entendido como un principio individualista.
4. El iusnaturalismo racionalista, desarrolla la idea de los derechos humanos, que se plasman en las constituciones y se difunden como los derechos humanos individuales, al traer aparejada la idea del Derecho Individual. Por su parte el Iusnaturalismo clásico, con la escuela de Salamanca, mostró la idea de los derechos sociales, pero no la desarrollaron, más sin embargo, podemos decir que su visión trae ya una idea del derecho individual, al mostrar la tradición de los Derechos Humanos de manera integral.
5. Con el Iusnaturalismo racionalista, se genera una tradición de los derechos humanos a diferente, porque en el iusnaturalismo clásico, se hace de manera integral, mientras que el iusnaturalismo racionalista hace una teoría de los derechos humanos individualista.

El iusnaturalismo clásico es el que da la tradición hispanoamericana de los Derechos Humanos, ante la defensa de los pueblos indios, con Bartolomé de las Casas, Vasco de Quiroga y Alfonso de la Veracruz; quienes desarrollan su idea a partir de los despojos a los indios.

En el iusnaturalismo racionalista predomina la ideología individualista, incluso actualmente lo vemos en el “neoliberalismo” como versión actual del individualismo. El cual es un pensamiento dominante incluso entre los interlocutores del positivismo jurídico, pues en el siglo XIX y XX ha predominado el fiel apego a la ley.

En la segunda mitad del siglo XX reaparece el iusnaturalismo clásico, presentándose como acotaciones al derecho positivista.

La idea principal del iusnaturalismo clásico, es que la Justicia debe ser la expresión del Derecho, mientras que en el iusnaturalismo racionalista, se va a la idea de los derechos humanos, sin ligarlos con la justicia, pues consideran que el derecho es natural, pero las obligaciones son pactadas, esto es, porque ellos no tienen la idea de que el hombre es sociable por naturaleza; entonces hablan de Estado pactado por leyes, las cuales dicen como pactarse.

El iusnaturalismo racionalista, no desarrolla la idea de la justicia, sino el concepto individual, porque ésta se da entre la administración de la justicia y no como una idea que mueva a la sociedad.

4.2 POSITIVISMO JURIDICO

El positivismo jurídico tiene relación con las escuelas de interpretación, como son: la Exégesis, Histórica, Jurisprudencia de Intereses, que se manifiestan en el siglo XIX.

El Positivismo Jurídico, es una filosofía que pertenece a la modernidad, teniendo su desarrollo, auge y predominio a partir del Renacimiento y es plenamente aceptado hasta el siglo XX.

Cabe señalar que no es lo mismo derecho positivo –que es el impuesto por el Estado, al Positivismo Jurídico -postura ó corriente filosófica con relación al Derecho que sostiene que el único Derecho, es el Derecho Positivo. Negando que exista otra realidad jurídica, que no sea el derecho puesto por el Estado.

El Positivismo Jurídico, también es una postura conocida en la antigüedad, pues uno de los dialogantes de Platón, llamado Trasimaco, sostiene esta postura del Positivismo Jurídico cuando dice que en cada Estado, la justicia es el provecho de quien tiene en sus manos la autoridad, es decir, la justicia y lo que aprovecha el más fuerte, son una. Por lo tanto la identifica como aquello que se impone como tal.

El desarrollo teórico de esta corriente, se pone a partir del Renacimiento, al aparecer la pretensión de darle la misma certeza científica a las Ciencias Sociales, como a las Ciencias Naturales y Fisicomatemáticas. Pues en esta época nace la ciencia moderna, aplicando métodos modernos sobre todo a las Ciencias Naturales y Fisicomatemáticas, y es a partir de la aplicación de dichos métodos, que se van obteniendo otros conocimientos y es por ello que se pretende que las Ciencias Humanas –moral y derecho, tengan la misma certeza científica.

Sin embargo, como no se encuentran con relación a las Ciencias Humanas métodos de comprobación inequívocos, se fracasa al aplicar métodos científicos a las Ciencias Humanas, pues no es posible aplicar los mismos métodos científicos para las diferentes Ciencias; quedando de acuerdo a la idea de Ciencia que se tiene, ciertas inseguridades con relación a las Ciencias Sociales.

Coincide con este tiempo la expansión mercantil, el predominio económico y social de los comerciantes, que conforme se hace más grande y complejo el comercio, requiere de mayores certezas jurídicas en sus operaciones, y al no tenerse éstas, con relación a la justicia –que se consideraba parte fundamental del iusnaturalismo, es que se le descarta a la justicia, pues científicamente no se sabe lo que es la justicia y de ahí que solo se investiga sobre lo que es el Derecho Positivo y es en éste, donde encuentran la certeza, la cual les satisface, porque al tener esta certeza, ello es suficiente para el Derecho. Y son tales los razonamientos que preparan el camino para el desarrollo del Positivismo Jurídico.

Los fundamentos del Positivismo Jurídico es el escepticismo y el relativismo éticos; es decir, se es escéptico y relativo con los valores. Con relación a la justicia, se puede construir lo jurídico a partir de lo que si se acepta que puede conocerse, por ejemplo la ley del Estado, que es el derecho positivo. Creándose la teoría que solo acepta el Derecho Positivo, siendo ésta el Positivismo Jurídico.

Si para el positivismo jurídico o iuspositivismo sólo existe el Derecho Positivo, toca preguntar, qué es el derecho positivo.

La respuesta no es unánime, pues se acentúan uno y otro aspecto, de allí que se tengan respuestas diversas que a su vez fundamentan las posturas de las diversas corrientes del positivismo jurídico:

- **Positivismo Voluntarista**, dicen que son mandatos que provienen de la voluntad de la autoridad, de la voluntad del que puede poner el Derecho en la sociedad.
- **Sociologismo Jurídico**, dicen que lo importante del derecho positivo es que se trata de hechos sociales, independientemente de que sean mandatos, fundamentando las corrientes sociológicas que acentúan los hechos de la sociedad.

Lo cual no es lo mismo que la Sociología del Derecho, pues esta trabaja teniendo la óptica del Derecho como hecho social –no lo reducen; mientras que el Sociologismo es una postura filosófica en el sentido de reducir el derecho a hechos sociales, asumiéndose la postura a partir de hechos, es decir, todo lo que conoce como hechos, es Derecho

- **El Positivismo Normalógico**, dice que efectivamente se tienen estas características, pero lo que realmente le caracteriza, es que se trata de normas.

La Escuela que más aceptación y dominio en el pensamiento jurídico ha tenido hasta nuestros días, es la de la Exégesis. Como muestra tenemos que los profesores de las Escuelas de Derecho en las Universidades transmiten desde hace dos siglos, como tradición jurídica, en todas las materias que se imparten, la Exégesis, al hablar solo del Derecho Positivo. Veamos ahora en que consta esta Escuela.

ESCUELA DE LA EXÉGISIS

Escuela que es voluntarista porque el Derecho es la voluntad del legislador.

Nace a principios del Siglo XIX a partir de la expedición del Código Civil de Napoleón en 1804, surgiendo una ciega devoción a esta obra cumbre, con respeto absoluto e invulnerable. Es decir, un acatamiento pleno de este Derecho Civil.

Características de la Escuela de la Exégesis:

- Culto al texto de la ley
- Predominio de la intensión del legislador sobre el alcance literal del texto
- Doctrina estática, en el sentido de que se siente que el Legislador, es parte del Estado y es infalible
- La ley proviene del legislador y ese es el Derecho a aceptar (aquí se presenta una contradicción, al entrar a temas de metafísica del Derecho, pues van más allá de lo que el legislador crea).
- El respeto a las autoridades y precedentes

4.3 USO ALTERNATIVO DEL DERECHO⁴⁷

La nueva visión que se presentan para acceder al conocimiento y aplicación del Derecho son el Uso Alternativo del Derecho, así como por medio del Modelo Analógico, posturas a las cuales nos adherimos para determinar el beneficio o perjuicio de la garantía de defensa l remitimos a continuación

El Uso Alternativo del Derecho implica cierta concepción de lo jurídico que a su vez conlleva a un modo de interpretar el Derecho y a las prácticas consecuentes con esa interpretación.

Esta corriente surgió hace aproximadamente 30 años o más, a mediados de los años 70's. Se presenta como una corriente teórica y práctica, contra lo que llama los mitos de la jurídica moderna capitalista, negando o contradiciendo que las tareas de aplicación del

⁴⁷ Ibidem

Derecho sean estrictamente científicas. Sosteniendo en contrapartida, la función política del Derecho.

Los alternativistas niegan que el hecho de interpretar y aplicar el Derecho sea una tarea que lleve siempre lo mismo y bajo ciertas bases que sean las mismas; más bien sé es de acuerdo a móviles políticos.

De tal manera que la juridicidad del Derecho no es considerada como algo aséptica, pura o neutral; sino que toda aplicación e interpretación del Derecho, tiene una carga ideológico-política e incluso el presentar el Derecho como una tarea meramente científica pura, implica una posición política que quiere dejar fuera toda crítica de la juridicidad.

Magistratura Democrática

Nace esta corriente con un grupo de jueces italianos, dentro de la magistratura italiana, con un grupo de que autodenominó “Magistratura Democrática”, siendo sus principales miembros Ferrayoli (el cual hoy día habla del Garantismo), Salvatore Senese, Barcellona, Cuturi (estos últimos escriben “El Estado y los Juristas”). Además hay un grupo en España entre los que están Nicolás López Calera (Profesor de la Universidad de Granada quien hoy en día ya no es alternativista), Perfecto Andrés Ibáñez (Magistrado), Modesto Saavedra (Universidad de Valencia en el área de Filosofía)

Participan en esta corriente filósofos ligados a la magistratura en el alternativismo. No llegan a ponerse de acuerdo para emitir una definición del Uso Alternativo del Derecho, pues cada uno presenta su propia definición. Una de las más completas es la que se presenta a continuación por Saavedra en 1978:

“El Uso Alternativo del Derecho, es la propuesta tanto de carácter teórico como práctico de utilizar y consolidar el Derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora o lo que es lo mismo, de ampliar los espacios democráticos en el nivel jurídico de una sociedad determinada. Para ello se trataría de proyectar y realizar una

tesis tesis tesis tesis tesis

cultura y una práctica jurídicas alternativas a la cultura y a la práctica dominantes, a fin de que sin romper la legalidad establecida, privilegiada en el plano jurídico especialmente en plano judicial, unos determinados intereses o una determinada práctica social; los intereses y la práctica de aquellos sujetos jurídicos que se encuentran sometidos por unas relaciones sociales de dominación”.

El Uso Alternativo del Derecho viene como una propuesta amplia, que implica una hermenéutica al sugerir una práctica, como cultura sin romper la legalidad establecida, que oriente a las clases de grupos humanos que padecen injusticias.

El Derecho tiene lógica de funcionamiento, y lo que ya está aquí, es decir lo establecido como vigente, se procura usar de otro modo.

Toda la teorización del Uso Alternativo del Derecho, es “el haber cómo se le hace”. Es decir, su teoría es teorización sobre una práctica determinada, lo cual no es ir contra la corriente, sino que se observan prácticas alternativas, quizá por conciencia, por militancia política. Los jueces comienzan a dictar sentencias alternativistas y después se le da un ropaje teórico. Es decir práctica de la exigencia de la Justicia.

En América el Uso Alternativo del Derecho surge por medio de los litigantes y de los jueces (siendo pocos los aplicadores), concretamente en Brasil.

El rompimiento de la legalidad.

Los alternativistas europeos no pensaron en romper el principio de legalidad, e incluso que ahora que lo manejan como Garantismo, prevalece la legalidad constitucional, presuponiendo que ésta tiene las garantías de todos los derechos.

Otros alternativistas latinos, dicen que el Derecho no se identifica con la ley, y por lo tanto rompen con la legalidad, como última opción. Lo importante es buscar la ley que nos sirve para aplicarla a la justicia.

El Uso Alternativo del Derecho atiende también al punto en que se pongan los alternativistas, es decir según sus bases, ya sean iusnaturalistas o positivistas, desde la corriente de pensamiento, que se adopta. Colocándose en la Ética Alternativa. El alternativismo se ve como transitorio, como un salto.

Amilton de Bueno –Magistrado de Brasil, en su artículo “Razón de Equidad” escribe sobre lo que es y no es el Derecho Alternativo: “Algunos dicen que el Derecho Alternativo se caracteriza por negar la ley, y esto no corresponde a la realidad. La ley escrita es conquista de la humanidad y no se ve posibilidad de vida en sociedades sin normas (sean escritas o no). La alteridad lucha para que surjan leyes efectivamente justas, comprometidas con los intereses de la mayoría de la población, o sea, realmente democráticas. Y busca instrumental interpretativo que siga la misma dirección. Lo que la alternatividad no reconoce es la identificación del Derecho tan solo con la ley, ni que sólo el Estado produzca Derecho, lo que es diverso a negar la ley”.

El Dr. Jesús Antonio De la Torre Rangel, presenta su concepto: “El Uso Alternativo del Derecho constituye las diversas acciones encaminadas a que toda juridicidad (normatividad, derecho subjetivo, lo justo objetivo -como ideas de justicia, por lo tanto la juridicidad como cuestión analógica) sea usada al servicio de los pobres como sujeto histórico, tanto ante las instancias judiciales y administrativas del Estado, como por ellos mismos en sus relaciones comunitarias, creando y recreando solidaridad”.

Explicación de Conceptos de la definición del Uso Alternativo del Derecho:

- El **uso** implica acciones
- Al **pobre**, entendido como aquel que ha sido empobrecido en el sentido de que se le han quitado sus derechos. (Por no decir víctima –porque ésta se relaciona con derecho penal).
- **Instancias judiciales**, es decir pleitos, juicios

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- **Instancias administrativas**, como son los servicios de salud, vivienda, etc. Que son necesidades que topan con el Derecho, las cuales se tiene que dar en otras instancias que no son judiciales.

Esto viene de asesorías de grupos, para crear cooperativas como autodefensas de sus derechos. El uso del Derecho entre ellos de manera solidaria, como contrasigno del signo fuerte de la sociedad que es el individualista.

¿Por qué hacer Uso Alternativo del Derecho?

Se tiene un reconocimiento amplísimo de Derechos Humanos, por ende hay una mezcla. Buscándole dentro de la complejidad de lo jurídico, valerse de lo que sigue, los intereses que se defienden desde la postura alternativa.

Al respecto dice Andrés Ibáñez, que en el marco de un mismo ordenamiento, conviven dos instancias que sirven para la concreta voluntad del intérprete.

Luis Fachin –que es civilista, propone en un trabajo que lo llama “Puntos Fundamentales para el Uso Alternativo del Derecho”, lo siguiente:

1. **La búsqueda de la normatividad utilizable**, es decir hacer una labor de búsqueda –utilizando el término brasileño “*Garimpagen=Garimpeiro*” que significa el buscador de metales preciosos, los cual no es fáciles de encontrar y sino que además es precioso.
2. **Defensa de una función más amplia por parte del poder judicial**, ya que los jueces no son la boca de ley, sino hay que recurrir a otras fuentes, porque se es intérprete del Derecho y no de la ley. Aquí apreciamos que se distingue entre la hermenéutica jurídica de la hermenéutica legal.
3. **Un cambio en la forma de pensar el Derecho**, pues el abogado piensa desde cuestiones lógico deductivas, pero es preciso cambiarlo y dar mayor relevancia a lo intuitivo; teniéndose primero la solución justa para el caso concreto y después

buscar la fundamentación de tal respuesta justa. Lo cual aplica para tanto el litigante como para el juez alternativista.

Buordieu, habla de la fuerza del Derecho –poder, clases sociales, etc. De la interpretación y el juego de la hermenéutica.

Se propone el pensar la Hermenéutica de una manera más elástica –que va un lado para otro.

En la interpretación opera la historiarización de la norma, elasticidad del texto y la interpretación tiene bastante libertad para ello. Polisemia –varios sentidos, Infibiología – salir del agua y aire, de las formas jurídicas.

4.4 MODELO ANALÓGICO DE LA HERMENÉUTICA

Mario Beuchot escribe en un texto de tratado de Hermenéutica Analógica y cita a Humberto Eco. Por una parte se admite que interpretar un texto es desentrañar el sentido que le dio el autor, así como su esencia; por otra, se admite que los textos pueden interpretarse infinitamente. Primero se busca la intención del autor o de manera objetiva –lo que el texto es. Segundo, interpretar es encontrar cualquier sentido y éstos son válidos.

Ante esto Beuchot dice que se hace la Hermenéutica debatiéndose entre algunos puntos extremos que piden una solución intermedia y propone utilizar la doctrina antigua y medieval de la Analogía. Así la Analogía se coloca como intermedia entre la equivocidad y univocidad.

Entendiendo por estos conceptos:

Equivoco.- Es lo que se predica o se dice de un conjunto de cosas, en un sentido completamente diverso; de modo que la una, no tiene commensuración (modo de medirse) con la otra.

Unívoco.- es lo que predica o se dice de un conjunto de cosas en un sentido completamente idéntico, de modo que no cabe diversidad alguna entre unas y otras.

Análogo.- Es lo que se predica o se dice de un conjunto de cosas en un sentido, en parte idéntico y en parte distinto, predominando la diversidad. Es idéntico según algo, según referencia, según algún respecto y diverso de modo simple. Esto es, diverso de por sí y principalmente, y solo es idéntico o semejante en modo secundario.

Sobre la Hermenéutica, se cierne el peligro de los que dicen que todas las interpretaciones son válidas, esto es por los que propugnan por un relativismo extremo o absoluto de la interpretación. Y a este peligro se oponen los que han sostenido que sólo una interpretación puede ser válida o verdadera. Al extremo de que todas las interpretaciones son válidas (Relativismo), equivale a la equivocidad; al otro extremo, corresponde el de la interpretación única, a la univocidad.

Por lo tanto como se puede apreciar entre lo unívoco y lo equívoco se encuentra lo análogo o analogía; pues lo equívoco es lo totalmente diverso, lo que no se puede medir con otro; mientras que lo unívoco es lo totalmente idéntico; pero lo análogo es lo que en parte es idéntico y en parte diverso; predominando la diversidad, pues lo idéntico es en relación a algo, a algún respecto.

De tal manera que la Analogía consiste en evitar la unificación o identificación simplificadora; la monopolización del conocer; pero también consiste en evitar la nociva equivocidad, entronización de la diferencia, la coronación de lo relativo o relativismo.

La Hermenéutica Analógica, sostiene que hay posibles varias interpretaciones, unas mejores que otras, unas más cerca de la verdad que otras. Al respecto dice Beuchot: “Habría una interpretación principal, más cercana a la verdad objetiva, pero ello no quita la posibilidad que hubiera otras... en el sentido de la aproximación o lo que el autor dice del texto...” Por lo tanto todas contendrían algo de verdad, aunque unas más cercanas a ella.

ESTESIS ESTESIS ESTESIS ESTESIS ESTESIS

Esto se identifica con la Analogía de la Atribución, por la jerarquía que se establece atendiendo al analogado principal que posee las cualidades del ser; de entre varias, una es más cercana.

La Hermenéutica Analógica, planteada de este modo, no es solo una propuesta metodológica, sino que es un modelo teórico de la interpretación con presupuestos ontológicos y epistemológicos, porque se habla de interpretación verdadera y ésta verdad, está relacionada con el conocimiento del ser –Ontología y Epistemología. Y por ello, con relación al Derecho, se propone una metodología de interpretación que tiene detrás, que se entiende, interpreta y cómo se conoce el Derecho.

La Hermenéutica Analógica, permite que un texto tenga varias interpretaciones válidas y no una sola; pero según niveles de validez (validez que determina el intérprete), entre más cerca de la intención del texto, lo que el autor quiere decir. La verdad como analogado principal, de allí su relación con el Ser –presupuestos Ontológicos.

Para llevar esto a la Hermenéutica Jurídica, se requiere, que el término más válido para nuestra disciplina no es interpretación o hermenéutica de la ley, sino hermenéutica jurídica e interpretación del Derecho –no solo de la ley, sino en su sentido integral, es decir entendiendo por Derecho toda la riqueza de los analogados. De tal modo que tomando estas ideas sobre lo que el Derecho es como analogado, cuando hacemos Hermenéutica Jurídica (interpretación del Derecho), se interpreta tanto la normatividad, los derechos subjetivos –reconocidos o no por la ley, así como lo justo objetivo –entendido como la cosa o conducta debida a otro. Haciéndose una utilización de la racionalidad analógica.

Si todo intérprete de lo jurídico hiciera este ejercicio metodológico, las soluciones serían distintas para interpretar solo la ley y llenar lagunas, pues se piensa en esta propuesta en varias cuestiones y no solo en la ley, sino en derechos y relaciones de justicia. Acercándose a lo más válido en cuanto a lo que Es el Derecho.

Otro modo de utilizar esta metodología, está expuesto en la razón de Equidad, al utilizar Epiqueya, como corrección de lo justo, legal o ley. Por lo tanto Epiqueya utiliza ley y justicia en lo concreto. Haciendo una corrección de la ley, por medio de una razón de equidad, por medio de la Epiqueya, por lo tanto de lo Jurídico.

V. COMENTARIO DEL CAPITULO EN GENERAL

Para efectos de nuestra investigación se adopta la postura tanto del Uso Alternativo del Derecho, como el Modelo Analógico, por el contenido de sus postulados, pues respetando su visión ideológica, se permite dar una contestación respetuosa de los derechos del inculcado, desde el primer contacto que tiene con la autoridad. Al romper con la tan arraigada “exégesis” que no permite ver más allá que lo dispuesto por la ley. Olvidándose que el Derecho es para el Hombre y no el Hombre para el Derecho. Que no se trata de un expediente más, sino de la libertad de una persona.

Las ideologías penales han variado conforme a las ideas políticas de un determinado momento, pero no justifican la violación a la construcción humana de hoy en día.

La base sobre la que se construyó gran parte del derecho penal, es la causante de lo que hoy estamos viviendo, pues el contrato social ha formado la brecha entre dominantes y dominados.

Hubo un momento en el cual el hombre se cansó de vivir en un constante devenir y lucha en su estado natural. Así, cediendo “parte” de su libertad, al conceder a alguien la capacidad de administrar esa pequeña cesión para que exista paz, fue el error y avance de la sociedad. En ese momento si bien hubo paz, se comenzó la batalla de nunca acabar. Porque se le dio en ese instante la capacidad a “alguien” de castigar (al Estado el Ius Puniendi), también se le dio la facultad de estar al mando de la vida social de cada uno de nosotros, al poder de controlar el crimen en pos de un supuesto interés general recíproco en la sociedad firmante de dicho contrato. Al tener dicha facultad, intrínsecamente, el dominador del

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

derecho penal, se convirtió en el dominante y la sociedad en dominada. Fue aquella la base para el surgimiento de las diversas teorías penales que tiene un fondo en común: controlar a aquellos que cometen delitos en pos de intereses sociales. Utilizando ésta situación para controlar a los más débiles y fortalecerse como “fuertes”.

Se criminaliza a la pobreza, en pos de intereses capitalistas, con la bandera de bienestar del Estado; asimismo se toma como herramienta el estigma que dejó el positivismo, que trae aparejada a la escuela de la exégesis. Que no es otra cosa sino el disfraz para la justificación de la toma de decisiones.

Es la idea de conservar de necesidad de conservar el poder, criminalizando a la pobreza. Pues los agentes políticos, tienen necesidad de controlar a las clases bajas, para que ella no se levante al ser mayoría, y es así como dichos agentes abusan del poder.

Conforme pasa el tiempo, la sociedad cambia junto con la realidad que le rodea. El poder siempre estuvo presente a lo largo del pasar de los años, y el fondo político del mismo, no ha cambiado. Por ejemplo en México por 25 años fueron retiradas las clases de civismo y ahora tenemos un pueblo “apático”, pero eso es lo quiere el Estado.

La gente que se prepara es la que exige, por lo tanto aunque el día de mañana exija al Estado, hay que correr el riesgo, si es que se quiere construir. Más aún debe aplicarse el conocimiento al Derecho Penal, si se quiere tener mejores ciudadanos.

Pero es más fuerte la tentación de dominar, porque según vemos en la historia, el Derecho Penal siempre tuvo un trasfondo ya que siempre hay uno que ha elaborado normas para afectar a un determinado grupo en particular, y así dejar impunes los delitos de una gran minoría que maneja el poder.

Por otra parte bajo la bandera de “tolerancia” –se cae en el “todo se vale” y cualquier ideología u opinión debe respetarse, pero no por ello se justifica la credibilidad al devenir de todas las ideas. Ocultando la violación a la construcción humanista de hoy día,

respaldándose en leyes inconstitucionales, que al no ser atacadas en el primer acto, se vuelven actos consentidos y ya nos es posible recibir el “amparo de la justicia”.

De igual manera con el Positivismo todavía tan arraigado (donde lo viejo, no permite que crezca lo nuevo), impide que se de la interpretación con mayor alcance y no reduccionista, más aún en la ley penal, al confundir que el principio de legalidad (nullum crime nulla poena sine lege), no permite hacer nada más que lo literalmente plasmado en la ley. Se requiere flexibilidad en los requisitos legales para ser más eficaz la aplicación de garantías del gobernado, pero gracias a la formación positivista recibida en las Universidades, son pocos los abogados que se interesan por romper con esta mentalidad impuesta.

La importancia de la función legislativa es vital, ante el impacto que tiene cada una de las palabras que integran una disposición legal. Dado que por comodidad, nadie se siente responsable de cómo aplica el Derecho Penal –pues “yo hago solo lo que la ley me indica; ni más, ni menos...”

Al Estado le interesa mantener el status quo, porque de esta forma controla el poder y domina a los ciudadanos para que su atención se centre en aspectos de otra índole. Utilizándose los medios de comunicación para ello, por ejemplo tener al pueblo “embobados con el fútbol” –el cual por cierto genera grandes capitales.⁴⁸

Preocupara al Estado el dinero que recibe y el que deja de recibir, pues comenta sobre la disminución de las remesas que envían los conciudadanos que trabajan en los Estados Unidos de Norteamérica. Pero si no sembró, como quiere cosechar, es decir nunca le preocupó que cada vez son menos los que trabajan las tierras para producir nuestros propios alimentos; más aún se dedica a exportar lo poco que se produce, pero eso sí, hay que importar productos para hacer comercio internacional.

⁴⁸ Diario Electrónico El Economista (<http://eleconomista.com.mx/>), México, DF. 02 de Julio de 2008. “La economía conquistó al fútbol. El fútbol necesita trabajar con la industria. El ex-jugador del Real Madrid Valdano, consideró normal que algunos futbolistas valgan más de 100 millones de euros, porque producen más de esa cantidad a sus clubes.

El vivir bajo la mentalidad económica provoca que el Estado gire su mirada a la delincuencia organizada, que bajo el pretexto de “salud pública” –drogas, el trasfondo va orientado al lavado de dinero, donde los empresarios se ven afectados en sus ingresos; ya que con la bandera de que la inseguridad los inversionistas se alejan de México – Aguascalientes.

Desgraciadamente, hoy en día asistimos a una tendencia autoritaria que ve en el Derecho Penal la mejor y a veces única forma de resolver los problemas sociales, bien criminalizando la pobreza y la marginación social con las políticas de “cero tolerancia”, bien respondiendo con dureza y con leyes y medidas contrarias al Estado de Derecho a los que se considera “enemigos” del sistema social. Vulnerando así las garantías de las personas al interior de un determinado Estado, que para el colmo muchas veces suele ser un Estado de Derecho.

El delito, se ha convertido en un negocio... la corrupción, está cada vez más palpable entre el Estado, al verlo como analogía puede ser la caída del Imperio. Pues la ingeniería penal del Estado se cae en credibilidad cada día más. Si bien es cierto, los poderosos utilizan los instrumentos a su alcance para mantener el status quo, para mantener su superioridad a quienes el poder punitivo del Estado, no llega a sus puertas.

Por otra parte gracias al trabajo intelectual de profesionales responsables y comprometidos a favor de la clase desprotegida, tenemos la propuesta de que el Estado actué de modo no punitivo, es decir se tenga la intervención mínima, buscando salidas alternativas para la solución de conflictos.

Esta tarea no es fácil, pero tampoco imposible; pues la ingeniería penal del Estado, ante tanta corrupción se colapsa día a día, lo cual deja insatisfacciones entre los gobernados, pues cómo el Estado viene a aplicar “justicia” para el orden social, si es el propio Estado es quien esta detrás del desorden social. Lo cual pasa porque cada vez menos puede controlar tanto poder acumulado.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Es por ello que centramos nuestra investigación en el estudio de conocer si el indiciado comprende sus derechos, como parte de la garantía procesal que debe tener, para una mejor defensa. Es ponerse la autoridad en el lugar del otro.

Lo cual conlleva que se le expliquen sus derechos, con un lenguaje que si bien debe respetar el formalismo técnico jurídico, también es cierto que debe ser lo más claro posible, para que el indiciado lo comprenda.

El lenguaje técnico jurídico del licenciado en derecho –en mayor o menor grado según el ámbito en que se desempeñe, motiva a revisar el impacto y efecto que tiene éste en las personas que se colocan en un proceso jurídico (quienes no son peritos en derecho).

La formación del letrado en derecho, refleja que en su desempeño laboral, falta mucho por hacer, pues al estar en su estado de confort y aceptar la Teoría Positivista, le impide ver más allá de lo contenido en leyes. Haciendo interpretaciones exegéticas y con ello se reduce lo que es el Derecho (ley, hecho social y valores jurídicos).

El posicionarnos en el lugar del otro, es decir en el del indiciado, es porque en la materia de Derecho Penal, es donde el Estado descarga su violencia institucionalizada; es el Estado contra el ciudadano. De ahí que la materia de Derecho Penal es fundamental, en cuanto a que regula con especial énfasis la libertad, la seguridad, la protección de los más altos valores inherentes del ser humano.

La historia de nuestra legislación penal en México, desde un comienzo, no hubo un estudio propio y adecuado para la aplicación de un derecho penal que atienda a la idiosincrasia de nuestro país, así al hacerse copias de los derechos penales de otros países, hay un desequilibrio que en un principio no respondía a intereses particulares, pero, conforme al tiempo, poco a poco, las manos negras de unos cuantos, también fueron ocultándose dentro del objetivo del derecho penal “mexicano”. El legislador tiene que elegir entre dos opciones: obedecer fielmente a los discursos del jefe político –que a su vez obedece al

“gigante imperial” USA, ó colocar cabeza fría al momento de legislar, velando por el bien colectivo y no por el de los que detentan el poder.

El legislador tendrá que dejar sus intereses partidarios o políticos, para crear un derecho que esté al servicio del hombre, esa debe ser la aspiración que se debe tener, al momento de hacer leyes penales.

Trabajar por el derecho con sentido crítico humanitario, es preferible que el desechar dinero en vano –controlando y criminalizando a los diferentes grupos afectados en la sociedad.

El Estado de Derecho otorga a la función jurisdiccional un papel preponderante, asignándole la tarea de resolver conflictos de manera pronta e imparcial y con apego a la ley, lo que exige vocación de servidores públicos, exige superación y actualización constante al servicio de la administración de justicia, para así garantizar a la sociedad que quienes ocupen los cargos sean las personas idóneas para tal fin. Siempre en busca de la justicia.

En suma la historia muestra que para la legitimación del poder en el Estado moderno, la orientación filosófica y política se escuda en la legislación penal para lograr sus fines, que gira en el aspecto económico. Por ello es comprensible que el Estado se sienta “víctima” al transgredirse el “orden social” que le impide llevar a cabo sus intereses.



CAPITULO II

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

“La autoridad sólo puede hacer todo aquello que la ley le permite” *a contrario sensu*, “el particular puede hacer todo aquello que no se le prohíbe”.

En una retrospectiva muy ligera, para el caso de los derechos europeos continentales, podemos encontrar el origen de este principio de legalidad en algunas formulaciones de la Ilustración, primero en Montesquieu (*El espíritu de las Leyes*)⁴⁹ y posteriormente, en la parcela penalística, en Beccaria (*Tratado de los delitos y de las penas*)⁵⁰. Sin embargo es necesario tener en cuenta que el contexto en el que surgió el principio ilustrado (S. XVIII) era muy diverso a aquél en que el mismo principio va a desarrollar su trayectoria (S. XIX-XX), particularmente a partir de la codificación napoleónica con la cual empieza la reducción del derecho (y de ley) a legislación estatal⁵¹.

Es así como el principio de legalidad apareció, en la historia de la ciencia jurídica europea continental, en la línea, lenta pero sistemática, de una tendencia hacia la legislación como fuente única del derecho. Esa tendencia se consolidó a través del proceso de codificación, que vino a sellar el monopolio del Estado en el control y determinación de lo que podía o no podía ser considerado derecho; asimismo, sirvió un poderoso soporte político, ideológico y jurídico al poder establecido en la ficción de un auto-encauzamiento de los modos del poder. Recordemos que el principio de legalidad fue pensado para regular la

⁴⁹ “... la bouche qui prononce les paroles de la loi” (la boca que pronuncia las palabras de la ley), fórmula referida al sistema inglés y en un momento en que “la loi” aún no se había reducido a la concepción, exclusiva y excluyente, de ley legislada por el Estado. Comentario por Solórzano Alfaro, Norman José, “*Critica del principio de legalidad... de su inversión ideológica y algunas vías para su recuperación*”. Sevilla 16 de marzo de 2001. Revista en Web:

http://www.unibrasil.com.br/arquivos/publicacoes/txt/critica_juridica19.pdf

⁵⁰ Para quien “... le sole Leggi” (las solas leyes) comprendían también la contribución de la jurisprudencia, lo que desde nuestra óptica actual puede resultar no menos ambiguo, pero en ningún caso reduccionista al legalismo rigorista imperante desde el siglo XIX y hasta nuestros días. Comentario por Solórzano Alfaro. Ob. cit.

⁵¹ “Lo que entonces se produce es una identificación entre ley y derecho (...). Es premisa que en efecto viene con la revolución francesa y que encuentra su formulación paradigmática en la codificación napoleónica, en el título preliminar del código civil más concreto. Ahí está la ley como expresión implícita de soberanía, de un poder normativo exento él mismo de derecho; ahí tenemos la ley como norma explícita de producción política que, respecto al ejercicio de la *justicia*, puede identificarse sin más con el *derecho*, un fenómeno patentemente inédito y prácticamente impensable con anterioridad. A partir de ahí también tenemos unos mecanismos eficientes de imposición de la legislación y de control de legalidad sobre la justicia, comenzándose por la cancelación completa de la (justicia –N-J-S-A) existente para la conversión de la nueva, por la que toca a su entidad, en criatura entera de ley. Resultará un sistema en el que no cabrá rule of law porque comienza a no admitir rule of rights, derechos anteriores al poder legislativo ni a otros poderes constitutivos del Estado. Entronizada de tal modo la ley, no admite derechos con valor propio ni cuando procede a su declaración” (CLAVERO, B., Op cit., p. 201 –las cursivas son del original). Cita por Solórzano Alfaro. Ob. cit.

acción del Estado en la esfera pública, pues, lo privado se libra al automatismo de la autonomía individual y el cumplimiento de los contratos.⁵²

La razón jurídica moderna genera, por sucesivas abstracciones, un desplazamiento en la figura del sujeto: del hombre (sic., es tiempo de la razón patriarcal) al ciudadano, que es el buen burgués, y de éste a la ficción de persona jurídica, como centro de imputación de derechos y deberes (Kelsen) o, de otro modo, como capaz de acordar y comprometerse contractualmente.⁵³

De esta manera el principio de legalidad, que en su diseño original pretendía imponer un freno a la arbitrariedad en defensa de los intereses de los ciudadanos, fue el estandarte que los teóricos ilustrados levantaron para asegurar las reivindicaciones revolucionarias, incluida la de la división de poderes. Pero, por otra parte, con el ascenso e implementación del bonapartismo como forma y estructura del poder⁵⁴, el principio de legalidad se verá unido a la tendencia burocratizante de las instancias/órganos estatales propios de ese estilo de ejercicio del poder. De esta forma, la implementación del principio de legalidad terminó reducida al aspecto procedimentalista, tal y como lo conocemos hasta nuestros días⁵⁵.

El canon impuesto por el poder político, adquiere la forma de norma, las cuales aparecen dispuestas en un orden específico. Luego se trata de un orden normativo.

El principio de legalidad en general, ha servido de respaldo para justificar por medio de la ley, el actuar de la autoridad, aunado a que gracias a la formación positivista del licenciado en derecho, se guarda un respeto por la ley, olvidándose que el derecho es mucho más que ley.

⁵² La otra cara de la misma historia, es el paralelo que encontramos en la teoría economía clásica, con su ficción de la mano invisible, que lograría *el bien común* en la medida que los sujetos y las autoridades se despreocuparan de procurarlo. Es decir, desentendiéndose de realizar el bien común, éste, automáticamente, en virtud de esa mano invisible, se realizaría. Es la ficción del *automatismo del mercado* (F. Hinkelammert) Comentario por Solórzano Alfaro, Ob. cit.

⁵³ Barrchina, E., Diccionario de Derecho Público, Barcelona, 1992, la cita es tomada de Clavero, Bartolomé, Happy Constitución, cultura y lengua constitucionales, Trotta, Madrid, 1997, p. 222. Cita Solórzano Alfaro, Ob. cit.

⁵⁴ El bonapartismo como modelo burocrático encarnó, de manera desmesurada, en las estructuras del poder judicial, llamado a imponer/realizar el propio Código Napoleónico. Desgraciadamente este fue el modelo que se implantó y está vigente en la mayoría de los países latinoamericanos. Comentario por Solórzano Alfaro. Ob cit.

⁵⁵ Solórzano Alfaro, Ob cit.

Asimismo, en la medida que el poder político “es originariamente la institucionalización de la fuerza cultural-militar de una forma de organización social incapaz de reproducirse por el mero despliegue de su lógica económica... tiene como una de sus funciones la de generar *ideología de aceptación*, fundamental para *reducir la visibilidad* de la actividad coercitiva”⁵⁶

En las sociedades arcaicas, esa ideología de aceptación se generaba a través de las formas míticas, fueran éstas religiosas o morales; éstas fueron la matriz en la cual se generó el esquema crimen-castigo, que posteriormente articularía las formas de respuesta del poder político jurídico al imponer su orden coercitivo. Este esquema demostrará, en la historia posterior y hasta nuestros días, tener una vigencia aún no superada por la teoría y las formas jurídicas. Esto lo podemos ver, por ejemplo, en el análisis que Kelsen hace sobre el Derecho como orden coercitivo. Al respecto apunta lo siguiente: “La jurisprudencia describe la misma situación desde el punto de vista de las normas legales: el que comete un crimen debe ser castigado”⁵⁷

Este esquema básico (crimen–castigo) será asumido, posteriormente, por las formas organizativas del poder político jurídico, como bien da cuenta el texto citado de Kelsen. En este autor, paradigmático en el pensamiento jurídico moderno, a partir de la asunción de este esquema básico, la argumentación desarrollada buscará revestirlo con los ropajes más asépticos de la racionalidad positiva. Así apunta: “La técnica social que llamamos “Derecho” consiste en hacer que el individuo, utilizando unos medios específicos, se abstenga de interferir mediante la fuerza en los intereses de los demás. En caso de que se dé esta interferencia, la comunidad legal misma reacciona con una interferencia semejante en los intereses del individuo responsable de la interferencia anterior. La interferencia mediante la fuerza en los intereses de los demás, es decir la medida coercitiva, funciona como delito y como sanción. El Derecho es un orden según el cual el uso de la fuerza queda

⁵⁶ Capella, J.R., Op cit. p. 46-47 Cita Solórzano Alfaro, Ob cit.

⁵⁷ Cfr. Op cit. p. 67 Cita Solórzano Alfaro, Ob. cit.

prohibido únicamente como delito, es decir, como condición, pero está permitido como sanción, es decir, como consecuencia”⁵⁸

Es decir, el discurso jurídico al uso por el poder político jurídico recubre un mismo tipo de acción sea como delito o sea como sanción. De este modo, para responder a una interferencia, la comunidad legal misma, reacciona con una interferencia semejante; pero esto, si se mira con perspectiva histórica, no hace más que dejarnos anclados en la ancestral ley del talión.

Definitivamente reprocho lo que hay detrás del principio de legalidad, el señalar quién es él que se ve beneficiado realmente con este principio, irrita al ciudadano. Si bien es cierto dicho principio se maneja con la teoría de la protección para el gobernado, pues el principio de legalidad se encuentra consagrado en la parte filosófica de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, concretamente en las normas catalogadas como las de Seguridad Jurídica; la realidad es otra, el Estado sabe muy bien utilizarlo este principio de legalidad.

Esta parte filosófica, es la que enmarca los valores fundamentales de los mexicanos y de todo ser humano que se encuentre dentro del territorio... Esos valores, expresados jurídicamente, lo cual los convierte por ello en derechos, son subjetivos y primigenios, son los Derechos del Hombre, o Derechos Humanos, los cuales también se les denomina genéricamente Garantías Constitucionales⁵⁹.

Las Garantías Individuales, son aquellos derechos públicos subjetivos que protegen al ser humano en sus características y valores fundamentales *per se*, es decir, se adquieren por el solo hecho de ser personas o entes humanos. Entre estos se da una nueva subdivisión que es la de derechos de Vida, de Libertad, de Igualdad, de Seguridad y de Propiedad. Estas garantías individuales están expresadas en los artículos 1 al 29 de Constitución de los Estados Unidos Mexicanos vigente.

⁵⁸ Kelsen, H., Op cit. pp. 160-161. Cita Solórzano Alfaro, Ob. cit.

⁵⁹ Carvajal, Juan Alberto, *Tratado de Derecho Constitucional*, Porrúa, México, 2000, pág. 67 y ss.

Por otro lado, la parte orgánica de la Constitución Política de México, es aquella que contempla la creación, configuración y cambios de los diversos órganos de gobierno, habida cuenta que también contempla los procedimientos de actuación de los mismos, en donde podemos encuadrar sus atribuciones. Entra aquí el proceso legislativo, donde se ve reflejado el trabajo del Poder Legislativo, para regular la creación de la ley o las leyes. Asimismo, se encuadra aquí la Forma de Estado y la Forma de Gobierno, y las demás reglas orgánicas.

Asimismo la Constitución, contempla el Juicio de Amparo, para controlar la constitucionalidad de los actos de autoridad, lo cual dará por resultado la validez o la nulidad de los actos realizados. Lo cierto es que la Ley de Amparo, tiene toda una maquinaria para convertir en un embudo el acceso al “amparo de la justicia”, dándose precisamente ahí la injusticia...

2.1 EL ESTADO Y EL DERECHO

Toda sociedad requiere para serlo, de auto limitarse con el objeto de asegurar la convivencia entre sus miembros, este fin se verá logrado a través de normas, reglas y costumbres que emanan de su seno, y que en su conjunto crean el derecho. El derecho entonces es el producto de una de las actividades más necesarias y elevadas que ha producido la cultura, que surge como el anhelo de eliminar el uso de la fuerza en las relaciones humanas, ya que sin la existencia del derecho no sería posible ninguna otra actividad individual o colectiva, haciendo que los hombres vivieran en la incertidumbre y perpetúa anarquía.⁶⁰

Al vivir el hombre en sociedad se organiza jurídicamente bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio. Logra establecer un orden para el conglomerado humano es decir, un conjunto de normas que generan y estructuran dicho orden. Con la finalidad de alcanzar el bienestar tanto del individuo como del conglomerado social, como

⁶⁰ Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. Editorial Porrúa. México, 1999. Pág. 1.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

aquel orden que favorezca al desarrollo. De ahí que se hace necesario mantener la existencia del Derecho.

Es el Estado quien aplica esa fuerza o violencia institucionalizada como sanción ante aquella persona que comete un delito.

Sostener que emplear "... la fuerza para evitar el uso de la fuerza..." "es sólo una contradicción aparente, por más esfuerzo que se haga, no deja de ser ideológico (aquí en sentido de falseamiento de la realidad). Esto es lo que puede invalidar el argumento justificativo que esgrime el propio Kelsen, cuando afirma: "Sin embargo, esta contradicción no es más que aparente. Es cierto que el Derecho es un orden que promueve la paz, en el sentido de que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones entre los miembros de una comunidad. Y, sin embargo, no excluye completamente el uso de la fuerza. No debe entenderse que el Derecho y la fuerza son completamente incompatibles entre sí. El Derecho es la organización de la fuerza. El Derecho pone ciertas condiciones al uso de la fuerza en las relaciones entre los hombres y autoriza el uso de la fuerza sólo a unos individuos determinados en unas circunstancias determinadas. El Derecho autoriza una conducta que debe considerarse prohibida en las demás circunstancias. La prohibición es la condición misma de la sanción coercitiva. El individuo que, habilitado por el orden jurídico, aplica una medida coercitiva (la sanción) está actuando como un órgano de este orden o de la comunidad constituida a través del orden. Por tanto, cabe decir que Derecho monopoliza el uso de la fuerza para la comunidad. Y es precisamente de este modo como el Derecho pacifica a la comunidad".⁶¹

Estado y Derecho van de la mano. El Estado tiene elementos formativos de entre los cuales resalta la Constitución Política, pues en ella reside la autolimitación y autodeterminación del Estado, es decir la Constitución estructura al Estado (autolimitación) marcando sus propias normas de derecho; implica por lo tanto que el Estado determina su propia estructura. La soberanía como atributo del Estado, implica tanto la autolimitación como la

⁶¹ Kelsen, H. Op cit. p. 160 Cita Solórzano Alfaro, Ob cit.

autodeterminación del mismo. Como elementos posteriores del Estado, destacamos al Gobierno, pues éste es la forma que adopta el Estado, entendida como la estructura que dirige a éste.

Al partir de la soberanía del Estado, tenemos las Funciones del Estado, según Jellinek son:

1. El bienestar del individuo, el conglomerado social
2. Asegurar la existencia y desarrollo del Derecho
3. Otorgar a la sociedad condiciones favorables de desarrollo
4. Fomentar aspectos de carácter solidario entre los hombres
5. Defender el territorio estatal contra posibles ataques externos
6. Asegurar la prestación de los servicios públicos.

El Estado no puede perseguir ningún fin que no tenga el cómo mantener la existencia del Derecho. Asimismo el fin elemental del Estado, es otorgar seguridad al individuo.⁶²

De tal manera que para un mejor funcionamiento del Estado establece la división del Derecho en Público y Privado. Para efectos de esta investigación nos interesa la rama del Derecho Público ya que a esta pertenece la disciplina del Derecho Penal, que trae aparejado el principio de legalidad y la seguridad jurídica. Sin embargo, se hace una referencia breve de la división del Derecho, para delimitar el ámbito del Principio de Legalidad y todo lo que implica, ya que detrás de todo ello de posiciona el Poder del Estado.

El Derecho privado es la rama del Derecho que se ocupa de las relaciones entre particulares. De igual manera, rige las relaciones entre particulares y el Estado cuando éste actúa como un particular -es decir sin ejercer potestad pública alguna.

En el ámbito de la acción de los sujetos de “derecho privado”⁶³, con el predominio del principio de autonomía individual, el principio de legalidad clásico se expresaba con la licitud de todo aquello que no esté expresamente prohibido. Que esto ha supuesto y todavía

⁶² Apuntes de Teoría del Delito I, en la Maestría en Derecho, Universidad Autónoma de Aguascalientes Enero 2004.

⁶³ Sujetos de derecho privado son tanto los sujetos humanos concretos cuanto las empresas, aún las multinacionales.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

hoy supone para los sujetos humanos concretos una garantía en su libre accionar no cabe duda.

El Derecho público es la parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre los ciudadanos con los poderes públicos, es decir los órganos que ostentan el poder público cuando actúan en ejercicio de sus legítimas potestades públicas; y de los órganos de la Administración pública entre sí.

El Estado y sus órganos, en sus relaciones con los particulares dentro del Derecho Público, no actúa situado dentro de un plano de igualdad, sino en uno de desigualdad, derivado de la posición soberana o *imperium* con que aparece revestido, ejerciendo una potestad pública.

El principio del Derecho Público es el de legalidad, que implica someter al Estado al cumplimiento del ordenamiento jurídico, para el mantenimiento del desenvolvimiento del Estado. Es decir, todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determinen un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción. Por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica.

Podemos decir que el principio de legalidad es la *regla de oro* del Derecho público y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de Derecho, pues en él, el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

Sobre la hiperinflación legislativa, Solórzano Alfaro⁶⁴ con gran acierto:

“Otra expresión de la quiebra del principio de legalidad clásico, aunque no sea una forma de inversión ideológica en estricto sentido, pero que da cuenta del contexto en que esta se genera, resulta del hecho de que, si el poder debía subordinar su actuación al dictado de la disposición legislativa, pero a la vez monopolizaba la función legisladora, entonces, su reacción fue la de aumentar el número de instrumentos normativos (leyes, decretos,

⁶⁴ Solórzano Alfaro, Ob cit.

directrices administrativas, etc.) ampliando así los ámbitos de regulación normativa, hasta casi asfixiar todo posible espacio de la vida, pública y privada. Es decir, como la otra cara de la formulación de principio en el derecho privado, “todo lo que no esté prohibido está permitido”, dado el carácter convencional del derecho, que en la óptica de los poderes de excepción, se entiende como la absoluta disponibilidad de todos los espacios de la vida para su ejercicio, se desató una tendencia hacia la hiperinflación normativa.

Así por ejemplo, en América Latina se han vivido cíclicamente procesos de *decretalización*, como los llamaría Raúl Zaffaroni, quien ha dicho: “Por efecto de las leyes delegadas en los estados de excepción y también por el constante avance de los poderes administradores que, incluso fuera de esos estados de emergencia, tienden a legislar por decreto cuestiones de clara competencia parlamentaria, aunado a la endeble política de la jurisdicción y a su dependencia y pauperismo, puede afirmarse que en América Latina el estado de derecho “legal” tiende a degradarse en estado de derecho “decretal” o de “bandos”, con algunas aisladas excepciones, como Costa Rica. Sea esto dicho con la salvedad de que no estamos muy seguros acerca de si un Estado “decretal” o de “bandos” puede ser muy Estado de “derecho”⁶⁵.

O como lo describe el mismo L. Ferrojoli: “Tal crisis del derecho se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria, incluso en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción”⁶⁶

En general, en tiempos de imposición de las estrategias neoliberales, del “estado mínimo” (que en realidad es mínimo como estado social, pero máximo como estado policial), aparentemente superados los períodos de excepción, etc., la hiperinflación legislativa, particularmente en lo que se refiere a regulaciones penales, es una cuestión a la orden del día. Así por ejemplo, las amenazas globales que han emergido a la conciencia mundial

⁶⁵ Cfr. “Dimensión política de un poder judicial democrático”, conferencia leída en el “Seminario de Justicia Constitucional”, en San José, el 23 de septiembre de 1992, p. 11. Cita Solórzano Alfaro, Ob. cit.

⁶⁶ Cfr. Derechos y Garantías... p. 16 Cita Solórzano Alfaro, Ob. cit.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

(crisis de la exclusión de la población, socavamiento de las relaciones sociales y deterioro del medio ambiente –FJ Hinkelammert- son en la mayoría de los casos, falsamente enfrentadas con medidas de tipo penal (leyes de extranjería, delitos ecológicos, etc.), que dejan ocultas sus causas reales. Ergo, lo único que se muestra con esto es como, sin necesidad de variar los postulados del simple estado de derecho liberal, el poder puede servirse de ellos, y en efecto lo hace, constituyéndose, con no poco interés y esfuerzo, en su defensor exclusivista, procurando que nada cambie”.

Vemos así, como se va articulando la idea de aceptación, a través del recurso al discurso de la pacificación. La aspiración de los fines últimos, como la paz, por parte de la comunidad es instrumentalizada a los fines del poder político jurídico -del Estado. Hoy día, esta ideología de aceptación es generada por otras formas creadoras de legalidad, paralelas al Estado, como los organismos financieros internacionales y las empresas transnacionales en el mundo de la economía neoliberal y las estrategias de globalización. Pues si se acepta la legalidad del mercado absoluto, éste proveerá de una paz perdurable.

Es así como llegamos al Estado de Derecho, que es el Derecho vigente al interior del Estado, dándose el cumplimiento del orden jurídico. Por lo tanto el Estado es sinónimo de gobierno o autoridad, quienes someten sus decisiones a la norma jurídica. Ubicándonos nuevamente en el *Principio de Legalidad*.

En el ámbito de la acción de los sujetos de derecho público -el Estado y sus órganos, el principio de legalidad estaba diseñado para frenar las tendencias despóticas del poder, es donde éste adquiere sus mayores variantes. Como legalidad administrativa, “el ente público sólo puede hacer aquello que le esté expresamente ordenado”.

Con la implementación del denominado “Estado de derecho” el principio de legalidad va a ser postulado en forma irrestricta como el paradigma del control y conocimiento de las actuaciones y definiciones de los aparatos del poder⁶⁷; además como la base que generaba una legitimación⁶⁸ a la existencia de esos mismos aparatos.

⁶⁷ Todo esto se vincula con la forma de “racionalidad” incluida en el proyecto jurídico moderno, en el cual es la fuerza de la legalidad la que enmarca y determina cada mecanismo de legitimación: la Positivierung, se describía a sí misma como limitación del poder soberano y ampliaba al

En todo Estado que se precie de ser democrático, impera el Principio de Legalidad, que se resume de esta manera: el Estado sólo puede hacer lo que la norma constitucional, en principio y luego la ley, que esté de acuerdo con la Constitución, le permita hacer y nada más; como decíamos, esa norma tiene que estar en concordancia plena con la Constitución del Estado, por lo tanto, para el particular, en un Estado Democrático, cualquiera que este sea, él puede hacer todo, menos lo que le esté prohibido por una ley, y sólo en esos casos se deberá abstener de hacer algo, si no es así, podrá hacer todo lo que le venga en gana, dentro de un Estado Democrático, ya lo decíamos antes. Esto es lo que llamamos el Estado de Derecho, en donde impera el Principio de Legalidad.⁶⁹

En nuestro régimen constitucional, esto tiene traducción y proyección en varias normas, contenidas en los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales son la vívida expresión del Principio de Legalidad general. Estas normas son de Seguridad Jurídica.

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado 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.

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

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundara en los principios generales del derecho.

mismo tiempo de manera desmesurada la posibilidad de decidir leyes” –cfr. RESTA, Eligio, “La desmesura de los sistemas penales”, en Poder y Control, Barcelona, Núm. 0, 1986, p. 141 Cita Solórzano Alfaro, Ob. cit.

⁶⁸ “No obstante los signos de debilidad de la legalidad respecto de las exigencias del poder, en el moderno Estado de derecho, dicho poder sigue encontrando en el principio de legalidad el fundamento ideológico de su propia legitimación... El principio de legalidad se manifiesta especialmente como una instancia ideológica de su propia legitimación y no siempre como un principio real de funcionamiento efectivo del sistema...” Cfr. Barata, Alejandro, “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal”, en Poder y Control, Barcelona, Número 0, 1986, p. 81 Cita Solórzano Alfaro, Ob.cit.

⁶⁹ Carvajal, Ob cit. Pág. 34 y ss.

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

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión.

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

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que este cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y esta con la misma prontitud, a la del ministerio publico. Existirá un registro inmediato de la detención.

Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el ministerio publico podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

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

La autoridad judicial, a petición del ministerio publico y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el

ministerio público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

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

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

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y prevea de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de estas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del ministerio público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Los poderes judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de

investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y ministerio público y demás autoridades competentes.

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

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

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

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

Por tanto, el principio de legalidad es un principio fundamental del Derecho público, conforme al cual todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determinen un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción. Por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica.

Pero ¿qué es la seguridad jurídica? La seguridad jurídica, se entiende como certeza práctica del Derecho, representa la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno. La palabra seguridad proviene de *securitas*, la cual deriva del adjetivo *securus* (de *secura*) que, significa estar seguros de algo y libre de cuidados.⁷⁰

⁷⁰ Wikipedia, la enciclopedia libre, http://es.wikipedia.org/wiki/Seguridad_jur%C3%ADdica

La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo como la certeza que le da el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos, es decir su situación jurídica no será violentada o modificada más que por procedimientos regulares, y conductos establecidos previamente.

El Estado, como ente del poder público de las relaciones en sociedad, no sólo debe establecer los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de establecer seguridad jurídica al ejercer su poder político, jurídico y legislativo.

El principio de legalidad, recibe un tratamiento dogmático especial en el Derecho administrativo, el Derecho tributario y el Derecho Penal. Pues es en estas ramas del Derecho donde el Estado se manifiesta con todo poder y autoridad, utilizando como emblema que se respeta “el estado de derecho”, pero es aquí mismo donde la autoridad utiliza todos los medios, para legalizar sus actos y decir que están sometidas al derecho vigente; donde aparentemente sólo puede hacer aquello que le está permitido, y por eso mismo no se escapa el pensar muy bien, por el grupo que detenta el poder, marcar sus aparentes límites. Ya que es una gran oportunidad para poner en la ley todo aquello que permita el desarrollo de la autoridad y no el ciudadano -a quien en principio va dirigida la seguridad jurídica.

Los intereses políticos abundan desde todos los tiempos y México no está exento de ello. El detentar el poder tiene el trasfondo de triunfo personal y el grupo que se representa. Utilizando como bandera el servicio público, el trabajar en servicio de la sociedad, etcétera. Es por ello que acoger a la ley como identificador del Derecho beneficia principalmente al Estado, salvando sus posibles remordimientos, justificándose con que “yo solo aplique lo que la ley dispone”. Dónde queda pues la inteligencia del ser humano para distinguir, principalmente cuando se es “servidor público”.

No son pocas las disposiciones legales que se han tachado de inconstitucionalidad, pero éstas son promovidas por litigantes comprometidos con su trabajo y servicio.

El discurso marca que la Ley, es un precepto establecido por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia, y para el bien de los gobernados. Su incumplimiento trae aparejada una sanción.

No es oculto que los diputados y senadores atienden a posicionamientos de partido político, donde las desacreditaciones, caprichos, intereses personales, entre otros buscan el poder de grupo, olvidando su compromiso de trabajar por el bien y desarrollo del ser humano.

Como las leyes son delimitadoras del libre albedrío de las personas dentro de la sociedad, de ahí el cuidado que el Gobierno pone para controlar al pueblo que gobierna.

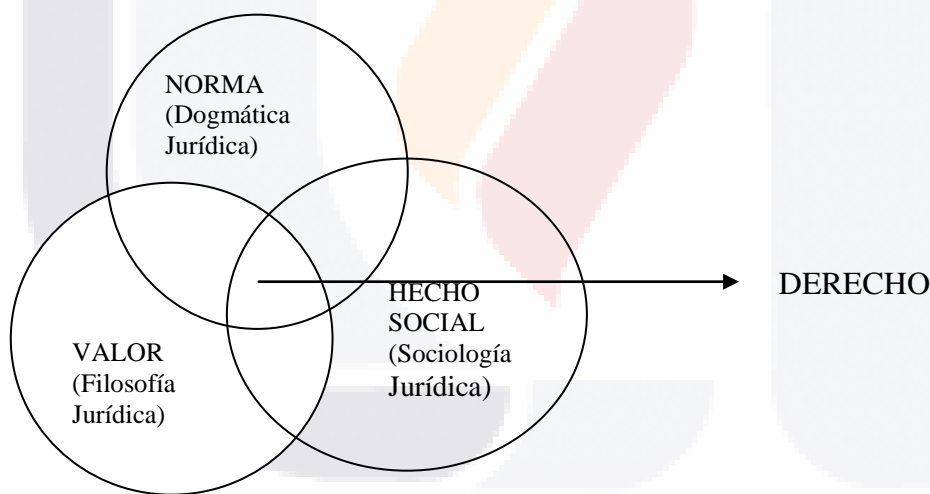
Gracias a la Escuela Positivista, a la formación escolar sin cuestionamientos; se le otorga a la ley prácticamente todo el peso de lo que es el Derecho, pero ésta sólo constituye *una* de las fuentes del Derecho. Es necesario distinguir para evitar las trampas de los conceptos en los que hemos sido cuidadosamente educados.

La forma en que en Occidente se articulan los discursos ha estado signada por el dualismo, y éste oposicional. En la perspectiva de M. Foucault (El orden del discurso), la modernidad ha instaurado una serie de procedimientos de control y delimitación del discurso, algunos externos (como la exclusión) y otros internos (como las reglas). De esta forma aparecen lo prohibido (la veda de la sexualidad y de la palabra en la política; el poder *decir* no es sólo la narración de las luchas o los sistemas de dominación, sino el medio y la finalidad de esa lucha), lo separado (la diferencia y oposición entre la razón y la locura, con el consiguiente rechazo de esta última) y lo opuesto (entre lo verdaderos y lo falso; se establece una nueva voluntad de saber en cuanto voluntad de verdad, que se aleja (¿trasciende?) del ejercicio del poder y deviene discurso científico), entre los primeros. Luego, vemos que no hay una gratuidad en el carácter oposicional de los discursos de la modernidad.⁷¹

⁷¹ Solórzano Alfaro, Ob cit.

Con base en este principio de legalidad, que se utiliza como una amplia bandera para realizar todo tipo de actos “legales” por parte de la autoridad, aunado al “respeto” a la Constitución, podemos decir que el Estado de Derecho es una constante, el problema es ¿cuál es el Derecho que el Estado ha creado para su propia conveniencia? Además es necesario reconocer que gracias a esta concepción absolutamente positivista, México se ha estancado -por conveniencia- en la dogmática jurídica, y se coloca a la ley como sinónimo de Derecho. Por ende deja de lado la Tridimensionalidad que éste tiene.

Es por medio de la Ciencia Jurídica, que como conjunto de conocimientos sistematizados y jerarquizados, cuyo objeto de conocimiento es la norma jurídica, el hecho social y los valores jurídicos. La Tridimensionalidad del Derecho, significa que el objeto de la Ciencia Jurídica atiende a tres aspectos fundamentales: la norma jurídica, el hecho social y los valores jurídicos. Es decir, el Derecho no solo es ley, ni tampoco puro hecho social, o puros valores; sino la unión de todo ello; lo cual se representa de la siguiente forma:



La norma jurídica debe presentar dualidad del ser y del deber ser. Pero en México al hablar del deber ser, pareciera que se pone azufre a los documentos legales, y se estigma de “moralistas” (idea de los positivistas, por el hecho de querer ir contra los iusnaturalistas).

Ahora bien, al ser la Constitución Política el máximo ordenamiento legal, en ella están consagrados los principios rectores del sistema jurídico mexicano, lo que implica la filosofía adoptada para “el desarrollo del ser humano”. Juan Alberto Carvajal, aporta como

definición de la Constitución, la siguiente: “La Constitución del Estado, es la ley principal del cuerpo social, la que modela el ser, el como ser y del deber ser del entre político denominado Estado, conteniendo la organización del Poder Público y dándole vida a la nación, expresándose en ella misma la filosofía que lo rige y orienta.”⁷²

Como ya lo mencionamos anteriormente el principio de legalidad, es la bandera para realizar todo tipo de actos “legales” por parte de la autoridad, aunado al “respeto” a la Constitución.

Clemente Valdés presentó como ponencia en un congreso de abogados, “La Constitución como instrumento de dominio”, en uno de sus apartados, habla del manejo oculto de los asuntos del gobierno y dice: “La ley, empezando por la Constitución, está estructurada para permitir que los altos funcionarios autorizado tengan como objetivo fundamental el mantenimiento del dominio sobre el pueblo usando todos los recursos que en la teoría pertenecen a él, pero que en la práctica son del grupo que esté en el gobierno y de sus aliados. ... Así pues, el fundamento de la corrupción de nuestros gobiernos surge de la Constitución.”⁷³

Pero ¡Esta es la ley en México! el Estado de Derecho, el sistema jurídico que a partir de la Constitución, se cree que es la solución de los problemas, encasillándose en tratar de determinar el alcance de conceptos legales, que solo se limitan a literalidades y se quedan en lo superficial, por así beneficiar a los detentadores del poder. Pues no conviene que el gobernado sepa más de lo que el Estado “le muestra”. No sé si desgraciada o afortunadamente, pero tal parece que hemos llegado al fondo de la corrupción, al momento terrible en que ésta se practica con el respaldo de la ley. Con nuestra apatía e indiferencia (dejar hacer y dejar pasar)...

La idea de una constitución republicana surge del poder constituyente del pueblo, y es algo completamente diferente. Thomas Paine en su extraordinaria obra sobre los principios

⁷² Carvajal, Ob cit. pág. 57

⁷³ Valdés S. Clemente. *La Constitución como instrumento de dominio*. Dialogo Abierto 78, Política. Ed. Coyoacán, S.A. de C.V. México, 2000, Pág. 12

republicanos del Estado moderno⁷⁴, refiriéndose a una de las primeras constituciones republicanas emitida y votada directamente por los ciudadanos, la del Estado de Pennsylvania, decía: ... “Aquí advertimos un proceso regular, un gobierno que surge a partir de una constitución, formado por el pueblo en su carácter original, y que esa constitución no sirve únicamente como autoridad sino como ley de control del gobierno”⁷⁵... “Todo poder delegado está en depósito, y todo poder tomado en una usurpación”⁷⁶.

Se nos ha olvidado que los funcionarios desde el presidente de la República y sus secretarios, los senados, los diputados, los magistrados y los jueces, son todos empleados nuestros; viven de nuestro dinero y no deben tener más poder que el que nosotros mismos les damos, ni deben utilizar uno sólo de los bienes y de los fondos que manejan, en nada que no sea estrictamente en beneficio de la población. Cuando se olvida esto, los gobernantes empiezan a ver el dinero y los bienes que se les confían como algo suyo, puesto que la ley suprema les permite manejarlo a su antojo. Entonces se llega a la situación de las tiranías más corruptas del mundo, en donde los bienes, las instalaciones, el equipo, los vehículos, las oficinas, las credenciales y las armas compradas con el dinero de sus habitantes, las utilizan los funcionarios, los soldados, los policías y todo tipo de empleados, para extorsionar o asaltar a esos mismos habitantes.⁷⁷

En realidad, la población, nosotros, también somos culpables por haberlo aceptado.

El discurso gubernamental se sustenta en la reverencia a un texto sagrado que es la Constitución, a la frase favorita de los gobernantes y autoridades “el respeto al estado de derecho” -que se reduce como lo hemos mencionado al contenido de la ley, la cual no todos los abogados somos capaces de cuestionar, mucho menos la sociedad inmersa en el consumismo e individualismo del sistema capitalista que impera. Lo cual nos convierte en una sociedad estática, jurídicamente hablando.

⁷⁴ Thomas Paine, Rights of Man. Traducción al español *Derechos Del Hombre*, Alianza Editorial S.A., Madrid 1984. Cita Valdés S. Ob. cit. Pág. 14.

⁷⁵ Thomas Paine, Righth of Man, Capítulo IV, De las Constituciones. Cita por Valdés S. Ob. cit. Pág. 14.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Idem. Pág. 31-32

La veneración por la Constitución, surge de la ilusión de que su texto se hizo –alguien, más allá de los gobiernos y los congresos, la hizo- para proteger a la población de los abusos de los hombres. Desgraciadamente, la Constitución, nuestra Constitución, la anterior, la actual, y todas las constituciones del mundo, las hacen quienes tienen el poder. La Constitución mexicana de 1917 la hicieron quienes tenían el poder en México en ese momento y, su primer objetivo era precisamente asegurar ese poder, haciendo las concesiones necesarias a los grupos con quienes lo compartían. Para lograr ese objetivo, era conveniente consignar en ese texto sus intereses, elevándolos a una categoría especial en la que no pudieran ser tocados por las generaciones futuras, llamándolos principios.⁷⁸

La protección contra el gobierno detrás de un texto escrito es imposible cuando la población no participa realmente en el proceso por el que se hace ese texto, y ni siquiera participa de manera constante, efectiva y razonada en la vida política. La protección detrás de un texto es patética cuando el gobierno tiene a su disposición todo el dinero que obtiene de la población a través de los impuestos, y todos los recursos que le da el control sobre los bienes comunes para utilizarlos o distribuirlos a fin de asegurarse la adhesión y el respaldo de sectores privilegiados, la manipulación, el control, la creación de grupos, la invención de partidos políticos.⁷⁹

Es notable, por la paradoja que encierra, y lo grotesco que resulta, ver cómo el gobierno se dedica a fomentar la adhesión ciega de la población hacia el texto sagrado de la Constitución que el propio gobierno hace y deshace según le conviene. Es triste ver que una parte de la población, incluyendo a algunas personas que a su gran ilustración agregan una veneración por los principios abstractos, invoca esa Constitución como la solución de todos nuestros problemas.⁸⁰

Constantemente se habla de Estado de Derecho. Si vivir en un “estado de derecho” significa que la población debe aceptar y vivir de acuerdo con las leyes que los gobernantes hacen, entonces, “estado de derecho” significa acatar esas leyes.

⁷⁸ Idem Pág. 35

⁷⁹ Idem. Pág. 37

⁸⁰ Idem. Pág. 39

¿Estamos viviendo en un estado de derecho cuando aceptamos disposiciones que violan los más elementales derechos humanos, como el artículo 33 constitucional, o las disposiciones por las cuales se establece la impunidad del Presidente para llevar a cabo cualquier barbaridad? Creo que no. Pienso que cuando hablamos de estado de Derecho a lo que queremos referirnos no es al cumplimiento de la ley, sino a que la ley misma, empezando por la Constitución responda a los intereses de la población. La razón por la que la ley debe cumplirse no es porque haya sido hecha de acuerdo con ciertas formalidades, sino porque beneficia a la sociedad. Esto es lo único que justifica al poder y al gobierno en la teoría del Estado moderno⁸¹.

Las palabras y la retórica son medios inútiles contra la decadencia y la corrupción, y son ya caminos patéticos para recuperar la confianza de cien millones de mexicanos decepcionados una y otra vez por las palabras.

El texto de la Constitución desde la primaria se nos ensaña que el texto supremo de la ley.

Desconfianza de la población, que lleva a la decepción y más tarde a la indiferencia.

El temor del gobierno a que la población tenga un conocimiento abierto, impide la formación de una sociedad consciente y responsable.

El otro camino exige audacia, inteligencia y valor para luchar contra los intereses creados y la inercia de los métodos podridos. Es mucho más difícil. Tiene los peligros de los cambios profundos y puede fracasar si se aplica con titubeos. Es el camino de la apertura, de la transparencia, es el camino de la aceptación limpia de la democracia.

El estado de Derecho es indispensable para el desarrollo sano de una sociedad moderna. Pero el estado de Derecho no se logra por simple fabricación de disposiciones constitucionales, pues la Constitución no es un fin en sí misma. Lo que llamamos un estado

⁸¹ Idem. Pág. 40 y ss.

de Derecho es un orden justo en beneficio de la sociedad. Con frecuencia, la Constitución, hecha por el gobierno con frases grandilocuentes y reglas engañosas para aumentar su poder y su dominio, va en contra de ese orden justo en la sociedad y puede ser lo contrario a un estado de Derecho. La Constitución vale en la medida en la que expresa la voluntad de la población y sirve a la sociedad. Cuando no es así, la Constitución es únicamente un instrumento de opresión del gobierno.

Las conceptualizaciones del Estado de Derecho, es decir, aquel Estado sujeto al principio de legalidad, consagra su función como un rector social que está indisolublemente ligado al propio constitucionalismo⁸².

El respeto a la persona, implica darle seguridad jurídica con características de progreso y desarrollo para el ser humano, con sujeción a reglas escritas al gobierno, en beneficio de la convivencia humana.

2.2 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO PENAL

El Derecho Penal es la rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho.⁸³

La ley en el Derecho Penal asigna el poder al Estado para ejercer su facultad punitiva.

Se adopta el principio, como legalidad penal "*nullum crimen sine lege*" y como de legalidad procesal penal "*nulla poena sine indicio*". Del principio *nullum crimen, nulla poena sien lege* (principio de legalidad en materia penal), se ha derivado aquel otro que afirma *nulla poena, sine indicio* (principio del debido proceso); éste último asegura que el poder represivo sólo podrá ser aplicado si media un proceso debidamente regulado de antemano y, en el mejor de los casos, con plenas garantías para el ejercicio de la defensa

⁸² Carvajal, Ob cit. Pág. 39

⁸³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Segunda edición, Cárdenas Editor Distribuidor, México 1988.

del imputado, por una parte, y la consecución de la verdad, por otras, todo acorde con la pretensión reguladora del estado de derecho.

La pena es la manifestación del poder político jurídico centralizado (el Estado)⁸⁴ el cual, por una parte se entiende agredido o lesionado y, por otra parte, como condicionado por una exigencia de racionalización de sus mecanismos⁸⁵. En ese sentido, la pena no puede ser más que el resultado de una serie de procedimientos previamente establecidos. Entonces, la pena es la forma moderna y racional del ejercicio del poder. De ahí que provoque la inversión del principio en cuestión, de manera que: *nullo indicio, sine poena*. Esto es: si desde una racionalidad eficientista la legitimidad de un procedimiento se mide por la obtención de sus propósitos, entonces, sólo se explica y legitima en la medida que lleve a la pena como su resultado inevitable (esta inevitabilidad no es, por supuesto, natural, sino que deriva de la aplicación rigorista del esquema crimen-castigo, tal). De lo contrario, el proceso deviene defectuoso, ya que no lleva a su resultado típico (la pena), y por ende, no muestra la cara racionalizada del ejercicio de este poder. Todavía más podríamos considerar que, sino ha habido imposición de una pena, es porque hay un espacio de actividades fuera del control inmediato del poder punitivo, lo cual parecería que deja abierto el sistema. Por, lo cierto es que con el procesamiento mismo ya se ha provocado un grado de criminalización suficiente para controlar al imputado (a) de por vida.

Asimismo la máxima *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, es decir, para que una conducta sea calificada como delito debe ser descrita de tal manera con anterioridad a la realización de esa conducta, y el castigo impuesto debe estar especificado también de manera previa por la ley. La legalidad Penal es entonces un límite a la potestad punitiva del

⁸⁴ “En efecto, Derecho Penal como forma de control social directo, mediante amenazas y ejecución de violencia extrema (muerte, penas corporales, encierro) contra la libertad natural de disposición del ser humano, por parte de la organización social (poder político), sin necesidad de excitación extraña a ella (de oficio), sólo existe desde la creación del Estado, esto es, desde el reemplazo de las organizaciones políticas locales y participativas por un poder político central, respecto del cual los habitantes se hallan en una relación de subordinación” Cfr. MAIER, Julio 1992, “El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición”, en Derechos Fundamentales y Justicia Penal (liber amicorum), Juricentro, San José, 1992 p. 131. Cita Solórzano Alfaro, Ob. cit.

⁸⁵ “El principio fundamental del sistema teórico de la ley penal definido por esos autores –Beccaria, Bentham, Brissot – es que el crimen, en el sentido penal del término o más técnicamente, la infracción, no ha de tener en adelante relación alguna con la falta moral o religiosa. La falta es una infracción a la ley natural, a la ley religiosa, a la ley moral; por el contrario, el crimen o la infracción penal es la ruptura con la ley, ley civil explícitamente establecida en el seno de una sociedad por el lado legislativo del poder político. Para que haya infracción es preciso que haya también un poder político, una ley, y que esa ley haya sido efectivamente formulada. Antes de la existencia de la ley no puede haber infracción. Según estos teóricos, sólo pueden sufrir penalidades las conductas efectivamente definidas como reprimibles por la ley. (Cfr. FOUCAULT, Michel, La verdad y las formas jurídicas, Gedisa, México pp. 92-93) Cita Solórzano Alfaro, Ob. cit.

Estado, en el sentido que sólo pueden castigarse las conductas expresamente descritas como delitos en una ley anterior a la comisión del delito.

Como garantía de la legalidad y seguridad jurídica en el sistema mexicano, es la garantía de audiencia que se consagra en el párrafo segundo del artículo 14 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, que 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.”

Como podemos apreciar, se presentan cuatro requisitos de legalidad:

1. Que se siga un juicio
2. Ante los tribunales previamente establecidos
3. Que sea conforme a leyes expedidas con anterioridad al hechos
4. Que en él se observen las formalidades esenciales del procedimiento.

Cumplidos este elemento del supuesto general y los cuatro requisitos, se cumplimenta a la vez el Principio de Legalidad más amplio que el Derecho Mexicano reconoce, conocido como la Garantía de Audiencia.

Ahora bien, como nos muestra Juan Alberto Carvajal en su obra “Tratado de Derecho Constitucional”, esta parte del artículo 14 constitucional, no es el único que tiene que ver con el principio de legalidad:⁸⁶

El artículo 16 Constitucional contiene los Actos de Molestia de la autoridad hacia los particulares, los cuales deben estar debidamente motivados en los hechos, y sobre todo, fundados en el derecho vigente – el cual debe encontrarse de acuerdo a la propia Constitución Política.

⁸⁶ Carvajal, Ob cit. Pág. 34 y ss.

El artículo 14 párrafo primero, establece que el Poder Público no aplicará ninguna ley de manera que se le dé vigencia retroactiva, o bien lo que conocemos como prohibición de la aplicación de la ley ex post facto; esto quiere decir que la ley que no rigió para una época determinada en el pasado no es aplicable, sino esta solo es aplicable a los actos que se sucedieron después de la entrada en vigor de esta misma ley. Sin embargo, no toda la aplicación de la ley retroactivamente está prohibida por el sistema mexicano; resulta que en materia penal, si una ley posteriormente promulgada le beneficia al reo en su sanción o pena, ésta se le aplica ex post facto, con el consiguiente beneficio en la aplicación de la sanción penal, pero únicamente es en esta materia en donde se puede aplicar la ley de manera retroactiva.

Asimismo el Mtro. Carvajal, alude a los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 Constitucional. Omitimos este último en su estudio, por no ser materia de la investigación.

Para efectos de un mejor desarrollo del tema, el estudio del párrafo tercero será contemplado en El Garantismo Penal, una vez que esta corriente, adopta el contenido de estas garantías, como principios sustanciales; lo cual nos permite tener una mejor visión para el reconocimiento de derechos fundamentales, en la aplicación del Derecho Penal. Cabe agregar que no se estudiará lo tocante a los postulados contenidos del primer y tercer párrafo, (el cuarto apartado es para la materia civil –de ahí su omisión).

Respecto a la Metodología Constitucional que se utiliza en México, para realizar la función de entendimiento de los preceptos de la ley suprema, me remito al punto de vista de Juan Alberto Carbajal⁸⁷, quien señala que entre los sistemas de aplicación e interpretación de la Constitución se tiene como corriente principal a la Escuela de la Exégesis.⁸⁸

El análisis del principio de legalidad, debe orientar al Derecho Penal para así realizar los cambios y transformaciones. El objeto, es establecer sino algo diferente al derecho penal

⁸⁷ Idem. Pág. 124 y ss.

⁸⁸ Idem. Pág. 129 y ss.

como decía Roxin, por lo menos un Derecho Penal más humano, esto es únicamente de los hombres y para los hombres.

Con atinada exposición de Solórzano Alfaro, Norman José, en su artículo: “Crítica del principio de legalidad... de su inversión ideológica y algunas vías para su recuperación”.⁸⁹ Señala que: “Nuestra mirada no es la del sistema, es la del sujeto, pero tampoco la de un sujeto abstracto, por lo que no es la de las burocracias privadas, sino la del sujeto concreto, cuerpo humano hablante, la del sujeto necesitado en cuanto necesitado, límite indiferenciado para el poder: sobre el que se constituye todo poder a través de su negación. De esta manera, nuestra pesquisa está guiada por una duda, a saber: que históricamente, el clásico principio de legalidad se impuso como límite a la arbitrariedad del poder, pero una vez instituido, en virtud de una tendencia rigorista (legalista) y burocrática (procedimentalista), se convirtió en el límite que tienen los sujetos para ejercer / formular sus demandas al poder.

Una posible réplica a este posicionamiento puede formularse desde la idea de que, históricamente, el principio de legalidad fue un recurso de los sectores burgueses para consolidar su asalto al poder y que, en definitiva, contemporáneamente no es más que una de las salvaguardas del poder económico de las burocracias privadas para sus pingues negocios y su actuación irresponsable; es decir, que el sujeto concreto, poco o nada ha contado en la historia del principio de legalidad.

Quizá no podamos contestar a ese cuestionamiento, pero lo cierto es que no podemos desentendernos del principio de legalidad por su *origen clasista*, si no se quiere olvidar el avance que éste ha significado para la realización de un estado de derecho, particularmente en lo que a los sistemas penales y a la realización de garantías fundamentales se refiere. Sin embargo, como tampoco nos podemos desentender del cuestionamiento formulado, no debemos obviar los errores y las arbitrariedades que se puedan haber cometido en la implementación del mismo principio de legalidad y las que se estén cometiendo, pues ante

⁸⁹ Solórzano Alfaro, Ob. cit.

esos portillos para la violencia y la intolerancia no podemos quedarnos indolentes, sino que eso nos exige una mirada atenta y una actitud *prófetica* permanente.

El esfuerzo crítico pretende, en la medida de lo posible y sin falsas expectativas, desactivar la carga *sacrificial* que entraña el mismo principio de legalidad en la tendencia del legalismo. Sólo así es que entendemos que, en una línea afín al Garantismo, su postulación hoy día resulta aún pertinente y, en cierta medida, un parámetro útil para el control del poder”.

2.3 EL GARANTISMO PENAL

El Garantismo en un Estado constitucional de derecho, establece el reconocimiento de la supremacía de los derechos humanos, y de que en todos los ámbitos de su actuación se sujetará a la ley.

En perspectiva jurídica, Ferrajoli, articula la función de garantía del derecho. Cito en extenso: “Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del Estado constitucional de derecho, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo. Si en virtud de la primera característica, el “ser” o la “existencia” del derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente, “puesto” o “hecho” por los hombres y es como los hombres lo quieren y , antes aún, lo piensan; en virtud de la segunda característica también el “deber ser” del derecho positivo, o sea, sus condiciones de “validez”, resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensando y proyectando, mediante el establecimiento de los valores éticos-políticos – igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales –por los que se acuerda que aquellas deben ser informadas. En suma, son los mismo modelos axiológicos del derecho

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes –su “deber ser”, y no sólo su “ser”-los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado constitucional de derecho, como *derecho sobre el derecho*, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos”. Gracias a esta doble artificialidad –de su “ser” y de su “deber ser” –la legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no es sólo condicionante, sino que ella está a su vez condiciona por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales”.⁹⁰

El Garantismo Penal, se traduce en el sistema de tutela o de protección de los derechos fundamentales de una persona, aún en contra de los intereses de la mayoría. De ahí que se justifica la intervención de los mecanismos de control del sistema de justicia penal, donde se ha expropiado por el Estado, la venganza. Con respaldo en la ley Constitucional, al establecer los principios básicos que deben regir en el Derecho Penal, como camino razonable, y a la vez humano, para el tratamiento de las conductas sociales desviadas; asimismo, su observancia reducirá la violencia estatal y evitará la violencia privada.

El garantismo penal implica el reconocimiento y respeto de la dignidad humana de todo involucrado en un delito —inculpado, víctima, sociedad— y acerca la posibilidad de una justicia penal en que gocen del pleno respeto a sus derechos fundamentales; se basa en el derecho penal mínimo que consiste en buscar la mínima intervención penal, donde la pena debe ser utilizada sólo si se prueba que no existen otros mecanismos diferentes al penal para contestar las amenazas, a los derechos humanos.

El garantismo opera tanto en el plano sustantivo como adjetivo, y asimismo preventivo del derecho penal, ya que busca la prevención general del delito y de las penas arbitrarias o

⁹⁰ Ferrajoli, L. Derechos y Garantías, p. 19 Cita Solórzano Alfaro, Ob. cit.

desproporcionadas; sólo será criminalizable y objeto de pena, las graves violaciones de derechos humanos⁹¹.

Por consecuencia, el sistema penal para que funcione, debe ser Garantista; mediante el cual se trata de proteger al débil en contra del más fuerte, y para determinar en que momento se es débil y cuando el fuerte, hay tres formas o momentos:

Débil	Fuerte	Momento
Víctima	Inculpado	Al cometerse el delito
Inculpado	Víctima	Por la reacción en contra del inculpado y asimismo también el inculpado es débil contra el Estado
Inculpado	El Estado	

Unos de los principios sustanciales que considera el Garantismo Penal, es el Principio de Legalidad, respecto a los juicios penales; el cual se consagra en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el párrafo tercero, artículo 14. “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

El Principio de Legalidad en el ámbito penal “*nullum crimen sine lege*”, en sentido amplio, es la descripción previa en la ley del comportamiento lesivo, de manera clara, por la no interpretación. En sentido estricto, es la ley confeccionada por el legislador definida plenamente, en forma clara, indudable y unívoca. Es decir es la acotación de la aplicación, que no permite la analogía.

El principio de Legalidad implica:

1. Protección social mediante descripción de delito; protección del individuo al limitar al Estado. Ley previa, estricta y escrita: comportamiento y consecuencias jurídicas.

⁹¹ Apuntes de Teoría del Delito II, y de Criminología, Maestría en Derecho, Universidad Autónoma de Aguascalientes, Enero 2005.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Es decir, el principio de legalidad no solo es para el tipo penal y la pena; ya que en cuestión social, la persona renuncia a ciertos derechos para la convivencia social, por medio de la norma jurídica, por lo tanto el principio de legalidad es para la protección del individuo y para limitar el ejercicio estatal.

2. Sistema de expectativas y seguridad jurídica: que no se realice la conducta descrita, o si lo hace que se reaccione con la pena, mediante el procedimiento.

Se refiere como sistema de expectativas, porque se espera que el individuo no realice la conducta (absuelve incertidumbre, se da una posibilidad de proteger bienes jurídicos), frustrándose la expectativa al darse la comisión delictiva. Ampliándose el principio de legalidad, por la descripción del procedimiento a seguir, para poder sancionar y por lo tanto el principio de legalidad está en todo el sistema penal.

- Nulla poena et nullum crimen sine lege: descripción del evento y de su pena
- Nulla poena sine crimen et sine culpa: no basta que la pena se describa en la norma; necesariamente debe darse el hecho, pues si el supuesto descrito en la norma no se concretiza, no se aplica la ley; necesitamos la culpabilidad, ya que no sólo es el aspecto objetivo, mediante la dañosidad o cuerpo del delito, sino también el subjetivo del inculpado, o materialidad de la acción y su probable responsabilidad;
- Nulla poena et nulla culpa sine iudicio: lo anterior a través de un juicio, el cual debe respetar las formalidades esenciales del procedimiento;
- Nullum iudicium sine probatione: el juicio es nulo si no hay medios de prueba; porque no basta la supuesta comisión del evento, sino debe ser probado en juicio.

3. Prohibición de analogía y de mayoría de razón. Es la prohibición al llenar una laguna. Siendo la doctrina quien marca la diferencia entre estos conceptos, pues en la práctica no hay tal distinción.

- Analogía / Semejanza, comparar y aplicar una pena a una conducta que se parece al tipo.

Se refiere a la prohibición de cuando el tipo penal tiene “laguna” por lo tanto lo que no se permite es rellenar el tipo –el crear ley. Porque una conducta que no esté establecida previamente en la ley no puede ser sancionada; si bien se busca el encuadramiento, pero ello es la interpretación analógica, es decir se tiene en el tipo la conducta amplia, abstracta; requiriéndose encontrar los elementos que encuadran al tipo penal y no el estar creando tipos –por ser ello prohibición a la analogía. Si bien es cierto, ello implica dejar impune muchas conductas, por no encuadrar en el tipo penal. De allí que se diga que la prohibición de analogía es una garantía para el inculpaado.

- Mayoría de razón, no hay coincidencia o parecido con la conducta, pero si determinada conducta daña más que la que está protegida, debe sancionarse con mayor razón social.

Es cuando se aplica la ley aunque ésta no se asemeje a la conducta descrita por el tipo penal, llenándose la laguna. Dándose un razonamiento de que se aplica, ya que con mayor razón se debe sancionar la conducta no descrita porque socialmente daña más que la tipificada.

Por lo tanto, la diferencia en la práctica entre analogía y mayoría de razón no existe.

Según la doctrina es cuando se llena la laguna de la ley:

- Analogía es comparar o aplicar una pena a una conducta que se parece al tipo;
- Mayoría de razón, es cuando no hay coincidencia o parecido con la conducta, pero si esta determinada conducta daña más que la protegida, con mayor razón social se le debe sancionar.

Relacionado con la actividad judicial está el problema de la analogía. Implica que el juez resuelva un caso penal no contemplado por la ley. Si un juez actuara de esta forma lesionaría abiertamente el principio de legalidad. En consecuencia, una inadmisibles lesión de la exigencia de prohibición de la arbitrariedad que está en la base del principio de legalidad.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

No hay vulneración del principio de legalidad, por cuanto no significa arbitrariedad o abuso sobre la persona si se establece por analogía un atenuante o eximente. Ello de ningún modo significa una intervención abusiva del Estado sobre la persona, sino todo lo contrario, pues tienen relación con la protección de la dignidad personal y la libertad personal del sujeto.⁹²

El principio de legalidad en la línea de la propuesta garantísta.

Con la inclusión de las garantías fundamentales en el discurso del derecho, éste “... ya no es sólo... un instrumento de poder. Es también un instrumento de limitación de su ejercicio, más o menos eficaz en función de factores que tienen que ver directamente con lo extrajurídico, con el grado de desarrollo de la conciencia social, con la calidad y la riqueza de la vida civil”⁹³

Con la postulación del principio de estricta legalidad, también se transforma la concepción del estado de derecho que deviene estado constitucional garantista de derecho. Así sostiene:

“El término “Estado de derecho”... designa no simplemente un “Estado legal” o “regulado por la ley”, sino un modelo de Estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado:

- a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público –legislativo, judicial y administrativo- está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (El Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter);
- b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos

⁹² Bustos Ramírez, Juan. *Lecciones de Derecho Penal*, Ed. Trota, pág. 95

⁹³ Andres Ibáñez, Perfecto, *Justicia/Conflicto*, Tecnos, Madrid, 1988, p. Cita Solórzano Alfaro, Ob. cit.

correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial” (cfr. Ferrajoli, L. Derecho y razón, pp- 855-857).

Finalmente, cabe terciar que conforme a lo visto, para la mayoría de los operadores jurídicos y de la doctrina jurídica, “Estado de derecho” si ha designado “simplemente” Estado legal o regulado por la ley. Que la profunda corrección que propone el Garantiasmo es, ante todo, una tarea por realizar, más que “un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones”.

2.4 ALGUNAS ALTERNATIVAS

Como algunas alternativas que vienen a enriquecer principalmente la renovada concepción que los jueces deben tener al momento de aplicar el derecho al caso concreto, es decir el abrir su mente y hacer un esfuerzo por interpretar y no creer que todo aquello que dispone la Constitución sea lo único que se puede hacer. Por ejemplo concretamente al decir que esta prohibido aplicar la analogía, se cree que su trascendencia no es solo al encuadrar la conducta realizada en el tipo penal, sino que esta interpretación se extiende a los aspectos “leguleyos procesales”, es decir solo la autoridad realiza lo que literalmente le dice la ley. Y no hacer nada por mejorar el trato hacia el ciudadano, respetarle sus derechos humanos, mucho menos darle un trato digno como persona. Pues no quiere dejar de verse como detentador de un poder tiránico...

Es de resaltar que la prohibición de analogía estipulada en la Constitución, es únicamente para la aplicación de la pena y no para las otras partes del procedimiento penal.

Continuando con la aportación de Solórzano Alfaro, de su artículo “Crítica del principio de legalidad... de su inversión ideológica y algunas vías para su recuperación”, son las siguientes:

“El problema no estriba esencialmente en la reduplicación normativa, sino en la clave de la lectura de ésta. El esquema crimen-castigo opera como un dispositivo discursivo que interfiere y condiciona la lectura (interpretación) de la reduplicación normativa. Los operadores jurídicos, cuya formación, desarrolla en un contexto hermenéutico todavía anclado en una visión marcada por el dogmatismo y la ilusión de la neutralidad de la técnica que operan o, de otro modo, la convicción sin fisuras en la supremacía del texto vigente (la ley)... “como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento...”⁹⁴

En este punto hacen su aparición la *duda* y la *crítica* de la ley: la duda, porque el operador jurídico se sabe sujeto contingente, cuya acción es falible y, por tanto, cualquier predicación sobre la realidad que efectúe no podrá hacerla de manera absoluta; la *crítica*, porque desde el desvelamiento de la negación de su propia subjetividad, y de cualquier subjetividad concreta, por las exigencias sacrificiales del texto viviente (la ley), la interpelará como forma de enfrentar su sacrificialidad intrínseca. Será esta la única manera de realizar los derechos como modos de vida que entren a constituir un proyecto de vida. Además, el enfrentamiento de la inversión del *principio de legalidad* finca en el intento de *apertura* (esta apertura es tanto de/en el orden epistemológico y metodológico cuanto axiológico) del propio principio, lo cual puede ensayarse desde las perspectivas de la democracia y la justicia.

Desde esa perspectiva, la estricta legalidad (para converger con la propuesta garantista) no puede ser un dispositivo de cerrazón del sistema, sino que evidencia su fundamental apertura a la contestación/corrección. La misma fuerza que la legitima para la obediencia, asegura la posibilidad/potestad de los ciudadanos –todavía más, de los sujetos humanos en concreto-, a cuestionar y reclamar una ilegitimidad frente a la aplicación de la mera legalidad (el paleopositivista principio de legalidad).

⁹⁴ Cfr. Zagrebelsky, G., Op cit. p. 24 Cita Solórzano Alfaro, Ob. cit.

Se trata pues, de hacerse cargo del juicio cuando evidentemente nos encontramos ante una situación de sacrificio o discriminación; esto supone otro concepto de la ley. En ese sentido, sólo a cuenta de que se enfrente el *rigorismo de la ley*, ésta podrá recobrar su carácter de defensa frente a la arbitrariedad. Pensando en la perspectiva del proceso jurisdiccional tenemos que, frente a la reduplicación de la norma, en realidad se deben realizar dos juicios; es respecto del segundo juicio –donde opera la inversión de la norma- que se podría volver exigente para mantener la juridicidad del proceso la suspensión del juicio. Por ejemplo, en un proceso penal, el primer juicio debe establecer la responsabilidad del sujeto al que se le imputa la comisión de la acción típica, antijurídica y culpable (si es H, entonces E debe ser); pero el segundo juicio, que impondría la pena en concreto una vez establecida la responsabilidad (si no es E, entonces debe ser S), es el que debe someterse a la crítica, para enfrentar el rigorismo y buscar las diversas alternativas que, conforme a las condiciones de posibilidad del justo proceso (criterio formal/sustancial), tiendan a disminuir y desactivar esa tendencia sacrificial o discriminante (lo dicho puede ser reconducido a una lectura principal de la norma (Salo de Carvalho⁹⁵) y en general de Ordenamiento jurídico; también responde a las sugerencias del profesor Zaffaroni a los jueces para enfrentar situaciones o contextos de discriminación en clave de derechos humanos).

No obstante, en la medida que para realizar la legalidad los mismo operadores jurídicos deben acudir a la interpretación (aquí está una de las claves para aprehender la inversión: cualquier legalidad, para imponerse, requiere una interpretación; y es interpretación tanto la que afirma esa condición, como aquella que la niega en nombre de una literalidad imposible y ficticia), con lo cual se abre la posibilidad de enfrentar el rigorismo del orden impuesto; es decir, no más leyes de obediencia debida que amparen/promuevan la impunidad y la violencia del derecho (en un doble sentido: como violencia por el derecho y violencia del derecho al derecho)”.

95 Bueno de Carvalho, Amilton, De Carvalho, Salo, *APLICAÇÃO DA PENA E GARANTISMO*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, 161 págs. Cita Solórzano Alfaro, Ob. cit.

Derecho no es igual a ley. Afirmación que tiene respaldo conforme a la Tridimensionalidad del Derecho, donde no se excluye la norma jurídica, sino que señala que Derecho también incluye al hecho social y a los valores jurídicos.

Pero el Derecho se ha operado con una asimilación del Derecho a la Ley. Es un proceso de reducción del Derecho a una de sus formas: la ley, lo cual en el Estado moderno ha sido promovido por esa especial y casi absoluta gravitación del derecho legislado sobre cualquier otra manifestación jurídica, aún de aquellas otras fuentes reconocidas, pero subordinadas a ésta en virtud del proclamado principio de legalidad.

En el Derecho en cuanto campo se juegan los intereses, necesidades, etc., de los diversos sujetos (como sujetos concretos portadores de intereses/necesidades reales); de ahí que la interpretación de la legalidad como literalidad pasa siempre por desconocer el proceso de conformación de esa legalidad. Lo que es más grave, al escamotear los llamados factores extrajurídicos (que desde el campo en realidad sólo son diferenciadamente jurídicos), amén de la propia indeterminación del lenguaje de la ley, que performan la interpretación que se pretende legal y válida (carácter ideológico), la misma legalidad se anula en sus condiciones de realización en el proceso jurisdiccional (como justo proceso).⁹⁶

Así, el derecho es como un campo donde juegan esos intereses, *el intérprete autorizado* (juez), siempre tiene un margen de interpretación suficientemente amplio que le permite realizar una adecuación de la ley que prevalezca ante la imposición/lectura arbitraria o rigorista. Mas como ese margen puede operar en un sentido o en otro, lo importante, desde una perspectiva emancipadora, es lograr una configuración constitucional (condicionada y condicionante) que adopte un parámetro (derecho fundamental) que atienda a la realización de las necesidades de los sujetos concretos (cuerpos hablantes), en un ámbito de participación comunitaria (sujetos plurales), desde una ética de alteridad y conforme las reglas y principios de juego democrático. Estas condiciones pueden dar lugar a una reformulación de la legalidad que tenga en cuenta su inversión como parte de la dinámica

⁹⁶ Solórzano Alfaro, Ob. cit.

histórica, pero que contiene el correctivo que permite enfrentar su rigorismo, para recuperarla al servicio de la vida de los sujetos concretos⁹⁷.

Desgraciadamente no solo para el juez, sino a cualquier servidor público, de los tres poderes y niveles de gobierno, interesa el cómo me van a ver y no el cómo lo voy a hacer o debo hacer; se busca la salida política y no jurídica; lo que esta en decadencia no son propiamente los valores, sino las virtudes de conservar ese valor. Porque para el Derecho que regula esta sociedad, deja de ser importe ese valor (por ejemplo la vida, al legalizarse el aborto...).

Para mejorar nuestra concepción del “Principio de Legalidad”, es necesaria una ética racional, es decir aquella que disuelve el abismo entre el ser y el deber ser.

El principio de legalidad, refleja la influencia del Positivismo, reduciendo el derecho a la ley. Ideología que impera en nuestra cultura jurídica. A pocos interesa desactivar los dispositivos discursivos que están en la raíz del rigorismo legalista.

La ley es fruto, y no razón de ser de la existencia social o política.

Una crítica al principio de legalidad, es saber si la legalidad es principio del orden jurídico o del orden político.

La frase tan desgastada “la vigencia del estado de derecho y el respeto a la ley”, ha servido de bandera política, arrojando todo tipo de actos bajo la ley, designando presupuestos a proyectos que benefician al grupo que detenta el poder.

Pues bien, la legalidad la dictaminan, en esta “Monarquía de Partidos”, los legisladores, que no respetan la prohibición constitucional del mandato imperativo, junto con los juzgadores que dan validez a leyes radicalmente nulas; y los gobernantes, que burlan el principio

⁹⁷ Ibidem.

jurídico de la generalidad de las leyes, decretando privilegios y generalizando la corrupción moral.

Es en el orden político o público, donde cobra todo su sentido el concepto de legalidad como antinomia de moralidad. La antinomia la resuelve el principio de lealtad constitucional a lo natural y lo moral, constituyentes de lo civil y lo civilizado, a través del reconocimiento de los derechos naturales (llamados redundantemente derechos humanos) como derechos positivos, y de la equidad como hermenéutica legal.

Los procedimientos judiciales requieren de una judicatura adecuada a la naturaleza del derecho y no solo de la ley, pero ya mediante el garantismo constitucional, vemos que hay una puerta abierta, para aplicar mejor este principio de legalidad, es decir con respeto real en los derechos humanos.

Pero desgraciadamente vemos que la preparación del jurista no interesa a los formadores, sino el lucro que obtienen por impartir la demandante carrera de licenciatura en Derecho. Pues “varias de las empresas de la educación superior han visto ésta como un negocio y no han tenido una actitud responsable para la formación de los jóvenes.”⁹⁸

Las Universidades deben preocuparse y esforzarse diariamente no sólo por formar excelentes profesionistas y aquellos que dominen su especialidad, sino por la formación de cada vez mejores hombres y mujeres. Pues un profesionista no se mide solamente por el nivel académico, sino por la probidad con la que se desenvuelve diariamente.

Es muy difícil sembrar la cultura para exigir transparencia en los adultos y por el contrario, se hace más posible hacerlo entre los jóvenes –aprovechémoslo.

En el caso del MP, la ley le ha otorgado omnipotencia, convertido en el gran personaje del proceso penal. Tal superioridad lleva a ver al “indiciado” como alguien inferior a él... La

⁹⁸ Jiménez Sanvicente, Armando, Secretario de Desarrollo Económico, Nota: Universidades propician el desempleo de profesionales, 05 de Agosto de 2008. Diario El Hidrocálido. (<http://www.hidrocalidodigital.com/>)

reingeniería del Poder Judicial, implica cambios no sólo para presupuestar instalaciones adecuadas de los juzgados (tratándose de la implementación de los juicios orales), sino también se requiere crear una nueva cultura judicial en todo el recurso humano que participa en la administración de la justicia.

No es de dudar que el “diablo” se encuentre particularmente en el sistema político mexicano, ¿No hemos tenido senadores que litigan en su despacho privado contra el patrimonio de las instituciones del Estado que ellos representan? Nunca faltan en la viña del señor los tinterillos que “interpretar leyes”, como los arcanos del tarot, para justificar sus trapacerías. Justificaciones leguleyas, caprichos y cinismo, han sido algunas de las constantes de los gobiernos.⁹⁹

La Constitución es la guía mayor de la razón política, entendida como creación humana, que encauza a los hombres y a los pueblos por la democracia y los derechos humanos y es el documento formal que modela al Estado; su dogma y características de contenido ideológico nos dan la pauta para delimitar el rumbo de éste último y el destino de una nación, además de pronunciarse por una protección a cabalidad del ser humano, a través de la preservación de sus valores fundamentales y de su estatus, por el sólo hecho de ser persona.

Asimismo la Constitución es el instrumento legal fundamental del orden jurídico, el cual debe contener en su articulado un marco para la organización política y la estructura del Estado. Así la inclusión de preceptos o normas constitucionales con relevancia en el derecho penal se debe a que el Estado tiene que garantizar al ciudadano, por una parte, su libertad y otros bienes jurídicos frente al *ius puniendi* estatal y a los eventuales excesos o extralimitaciones, que son evitados a través de ese marco constitucional es decir, la auto-limitación de la potestad punitiva. Por otra parte, se ha de garantizar la efectiva concreción o aplicación de la misma y de la precitada potestad *puniendi* o potestad punitiva estatal, para proteger ciertos intereses frente a los intereses ilícitos y para que el ciudadano no tenga

⁹⁹ Aranda Luna, Javier. Nota ¿Contra o a favor de la lectura?, 30 de julio de 2008. Diario La Jornada (<http://www.jornada.unam.mx>).

que recurrir a hacerse justicia por si mismo contra el delincuente, lo que es contraproducente e inadecuado conduciendo esta práctica únicamente a una especie de guerra civil, dejándose de tal manera la función de administrar justicia penal al Estado, lo que supone una mayor efectividad, y mejor organización.

El principio de legalidad tiene un doble filo, pues si bien es cierto, permite que el Estado no se extralimite y afecte al Estado de Derecho; por otra parte se ve cegado a la aplicación exegética de la ley, la cual como ya lo hemos mencionado reiteradamente, no abarca todo el Derecho.

Debemos dar la importancia que merece el Principio de Legalidad, del que podemos decir que es el mejor punto de partida, de ninguna manera representan un punto de llegada o estado terminal del conocimiento.

Al principio de legalidad se le ve como “ancla” en el sentido de estancamiento para avanzar en bien del ser humano y del Derecho, el cual debe estar al servicio del ser humano.

El Derecho Penal, es la fuerza que crea el Estado, decidiendo el estado de las cosas con base a las normas de Derecho, con la finalidad de que tengamos seguridad. Detentando el carácter penal sancionador.

Pero es a través de la interpretación, donde se puede mejorar la aplicación el Derecho y no ser sólo robots de la ley. Lo cual se convierte en un gran reto a vencer.



CAPITULO III

**LA LIBERTAD Y
SU PROTECCION LEGAL**

III. LA LIBERTAD Y SU PROTECCION LEGAL

El privar de la libertad, es una de las mayores afectaciones al ser humano, aún y cuando ésta se efectuó de manera legal, es decir bajo el respaldo de la ley.

La privación de la libertad personal es la modalidad más radical de intervención del Estado, puesto que, como resalta Andrés Ibáñez, “incide sobre lo que hoy aparece como el núcleo mismo del sistema de libertades de realización práctica”.¹⁰⁰ El origen de este derecho fundamental, está en la dignidad humana, de modo que como seguridad a su reconocimiento tiene una naturaleza expansiva.

La libertad individual es conquista del ser humano a lo largo de la historia, por lo que para privar a una persona de ella, se establecieron en las leyes causas, modalidades y requisitos procesales. Asimismo se disponen derechos para el gobernado, para que tenga una defensa adecuada.

Una vez que la persona es sometida a un proceso penal, la libertad personal es el valor que se encuentra en juego.

Es importante que todos los partícipes en el desarrollo del proceso penal, asuman con verdadero compromiso de responsabilidad, el papel que desempeñan en función de sus labores de procuración y administración de justicia; es decir ya sea como Ministerios Públicos, Defensores de Oficio o como Juez, pero sobre todo aquel que realiza el trabajo de manera más directa con la persona sometida al proceso penal, es decir el secretario del Ministerio Público. Donde el trabajo de todos ellos, se refleja en la esfera jurídica del indiciado, principalmente como se ha mencionado, en su libertad individual.

¹⁰⁰ Presunción de Inocencia y prisión sin condena, 1996, p. 19 cita por San Martín Castro, César, Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Perú, “*La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos*” <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20042/pr/pr9.pdf>

Aunque es necesario señalar que la sanción penal privativa de libertad, no solo afecta al sentenciado, sino que ésta se extiende a sus familiares (el dolor psicológico de ver a su familiar en la cárcel, el señalamiento social, etcétera).

La pena es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la "restricción de derechos del responsable". Por ello, el Derecho que regula los delitos se denomina habitualmente Derecho Penal.¹⁰¹

Así pues, la pena también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito. El término pena (dolor) deriva del término en latín *poena* y posee una connotación de dolor causado por un castigo.¹⁰²

De esta forma se denomina penas privativas de libertad, aquella que es emitida por el Juez como consecuencia de un proceso penal y que consiste en quitarle al reo su efectiva libertad personal ambulatoria, su libertad para desplazarse por donde desee; fijando que para el cumplimiento de esta pena el sentenciado quede recluido dentro de un establecimiento especial para tal fin, llamado comúnmente cárcel.

El estar en prisión, implica no sólo la pérdida de la libertad, sino también la pérdida de otros derechos como son los políticos, civiles, pues incluso estar en la cárcel por delito doloso con una pena mayor de dos años, es una causal de divorcio¹⁰³.

La sanción privativa de libertad es aceptada por la población, pero principalmente por el Estado, quien es el detentador del poder, el que absorbe la venganza, es parte del control que ejerce hacia los gobernados; aquí entra el cuestionarnos, por qué la pena a aplicar por excelencia es la privativa de libertad y no otro tipo de penas. Si bien es cierto el Derecho

¹⁰¹ La enciclopedia libre <http://es.wikipedia.org/wiki/Pena>

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Artículo 289.- Son causas de divorcio: XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/AGUASCALIENTES/Codigos/AGSCOD01.pdf>

Penal moderno aboga por la proporcionalidad entre el delito y la pena. Se busca que la pena no solo sea privativa de la libertad. Pero en la práctica, continúa siendo la reina de las penas, la que priva la libertad.

3.1 ¿QUÉ ES LA LIBERTAD?

Para los romanos es: "*Libertas est potestas faciendi id quod Jure licet*". La libertad es la facultad de hacer lo que el derecho permite.¹⁰⁴

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la libertad se consagra como Derecho Fundamental en el artículo segundo y se define en el cuarto, como "La facultad de hacer todo aquello que no perjudique a otro".

Isidro Montiel y Duarte, dice que: "La libertad consiste en la falta de traba o de presión, que nos deje enteramente dueños de nuestros propios actos, la libertad en su sentido más general es la facultad de hacer ó de no hacer todo aquello que en voluntad nos venga"¹⁰⁵.

Tomás Melendo opina que: La libertad, es expresión de la dignidad humana en cuanto refleja una modalidad superior de ser. La dignidad humana radica en la superioridad del "ser- personal" del hombre, "El hombre es digno porque es libre".¹⁰⁶

Para mi la Libertad es la facultad que admite elegir la conducta a realizar y por lo tanto se asume la responsabilidad de los actos realizados, bajo la sanción de la ley.

La libertad tiene muchos sentidos de apreciación: ambulatoria, jurídica, social, religioso, moral, emancipatorio, etc. Hablaremos de la libertad jurídica.

¹⁰⁴ <http://www.monografias.com/trabajos14/la-libertad/la-libertad.shtml#qu>

¹⁰⁵ Montiel y Duarte, Isidro; *Estudio sobre Garantías Individuales*, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 1998. Pág. 104

¹⁰⁶ Melendo Tomás in AAVV "*Manual de Bioética General*", Rialp, Madrid, pág. 69 cita por Pedro J. Montano, Profesor Agregado de Derecho Penal en la Universidad de la República – Uruguay, "*La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal*". <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Montano2.pdf>

LIBERTAD JURIDICA

La libertad jurídica se presenta como “la que el Estado reconoce expresamente en sus ordenamientos fundamentales.”¹⁰⁷ Ésta implica necesariamente restricciones en la actividad objetiva del ser humano para vivir en armonía, al ser impuestas por el derecho.

El derecho genérico de libertad cesa en el punto en que venga a herir un derecho especial del individuo y con mucha más razón cuando la libertad individual en su desarrollo práctico viniera a atropellar el derecho colectivo de la sociedad.

Y como no es posible concebir al hombre sino en estado de sociedad, su facultad natural de elección que se llama libertad para llegar a revestir la forma de un derecho, necesita pasar por el crisol de la ley, que desde el momento en que se establece viene por lo mismo a ponerle limitaciones.¹⁰⁸

La libertad permite hacer todo aquello que no perjudique los derechos de otro, lo cual se garantiza por la ley. De ahí que es enteramente necesario para los trabajos del legislador, tener esto presente a fin de que en sus leyes ponga lo que sea justo y conveniente.

Asimismo evitar abusos del Estado por controlar al ciudadano a través de restringirle su libertad; pues aún y cuando se le otorgan garantías, este mensaje está maquillado para decir que se le respeta como persona. Porque los derechos consagrados en leyes se escuchan muy bien, pero en la práctica ¿se aplican, se respetan?

El Estado debe tener presente la trascendencia que implica privar a una persona de su libertad, que si bien es cierto se aplica como una sanción por acreditarse que comete un delito; la afectación no sólo es hacia su libertad personal, sino que se truncan sus planes de vida, como son el perjuicio laboral, el dolor familiar, social (amistades), etc. Se derrumba

¹⁰⁷ Vargas, Samuel, *Ética o filosofía moral*, 19ª. Ed., Porrúa, México, 1982, pp. 326-329. Cita por Izquierdo Muciño, Martha Elba, *Garantías individuales*, Oxford University Press Mexico, S.A de C.V. México, 2001, p. 148

¹⁰⁸ Montiel y Duarte, Isidro; Ob. cit. Pág. 106

todo, agregado a la noticia del delito que hagan los periódicos amarillistas (libertad de expresión que también debe estar sujeta a límites y derechos).

Es decir, independientemente de que la persona cometa el delito, el Ministerio Público, tanto como el Defensor de Oficio y el Juez, deben respetar los derechos que la Constitución consagra para poder privar de la libertad a una persona, no es tanto saber que existen derechos de los probables responsables, sino darlos a conocer a ellos, explicárselos; respetarlos como personas que se verán afectadas en su libertad personal; si no saben sus derechos, nunca los exigirán y mucho menos podrán cuestionar el por qué del sistema que se les aplica.

Sin duda alguna podemos decir que no solo el inculpado, sino para la sociedad en general, el conocimiento, es la base para la libertad.

Así pues, el trabajar para la justicia, implica afanarse durante todo el proceso penal, en erradicar la idea de que se trabaja con expedientes y no con personas.

En aras de no perjudicar la libertad de cada uno, se prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos.¹⁰⁹

El valor superior que constituye la libertad exige que en su privación, como máxima garantía; entren en juego los tres poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, según diferentes modulaciones. De este modo, únicamente es lícita la privación de libertad cuando se dan los siguientes supuestos:

- Que la actuación del Ejecutivo al detener a alguien sea estrictamente provisional.
- Que la actuación del Legislativo signifique que se hayan previsto los casos y los procedimientos para privar a un ciudadano de su libertad.

¹⁰⁹ Borges Frias, Jorge Luis, Universidad de Cuba, “*El Habeas Corpus: garantía de Libertad*” <http://www.monografias.com/trabajos15/hbeas-corpus/habeas-corpus.shtml>

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- Que la actuación concreta del Judicial sea la condición *sine qua non* (condición sin la cual no) para privar de manera firme a una persona de libertad.

Sólo gracias a la libertad personal el hombre desarrolla su personalidad verdadera; por supuesto que necesita la ayuda de la sociedad, del Estado y del Derecho, pero sólo en un ámbito de libertad puede desarrollar su creatividad.¹¹⁰

3.2 DE LOS DERECHOS HUMANOS CON RELACIÓN A LA LIBERTAD

La libertad es un elemento esencial en el desarrollo de la individualidad. Si bien el logro de los fines particulares depende de la idiosincrasia y el talento de cada persona, es innegable que esos propósitos deben estar forjados por quien los concibe, ya que de lo contrario se negaría la propia individualidad.¹¹¹

Norberto Bobbio afirma en la evolución de los derechos humanos se pueden distinguir, cuatro fases. En primer término como propuestas de los filósofos iusnaturalistas, quienes afirman la existencia de estos derechos como inherentes a la naturaleza humana. John Locke sostenía que el hombre tiene, en cuanto tal, derechos por naturaleza que nadie, ni siquiera el Estado, le puede sustraer y que ni él mismo puede enajenar.¹¹²

La segunda fase se produce cuando los derechos a la vida, a la libertad y a la igualdad son reconocidos por las Declaraciones de derechos de Inglaterra, de 1689, y de los Estados que se formaron de las colonias inglesas en América, de 1776 a 1784, así como por la Declaración francesa de los Derechos del Hombres y del Ciudadano, de 1789. Es la fase que Gregorio Peces-Barba denomina de positivación de los derechos humanos.¹¹³ En tanto que las Declaraciones británicas y norteamericanas no enfatizaron demasiado en los derechos sino que se ocuparon más de los medios para hacerlos efectivos, la Declaración

¹¹⁰ Recaséns Fiches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 7ª. Ed., Porrúa, México, 1981, p. 561 Cita Izquierdo Muciño, Ob. cit. Pág. 148

¹¹¹ Presentación por René Sánchez Vértiz (Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México –en retiro). Izquierdo Muciño, Ob. cit.

¹¹² Bobbio, Norberto, *“Presente y porvenir de los derechos humanos”*, en *el tiempo de los derechos*, trad. De Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, p. 67 Cita por Ovalle Favela, José; *Garantías constitucionales del proceso*, segunda edición, Ed. Oxford University Press; UNAM, México 2002.

¹¹³ Peces-Barba, Gregorio, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, pp. 13-14. Cita Ovalle Favela, Ob. cit.

francesa fue mucho más amplia, clara y precisa en el reconocimiento de los derechos humanos y se convirtió en un modelo para la gran mayoría de las constituciones occidentales, entre ellas las mexicanas de 1857 y 1917.

Con la escuela clásica y los conceptos liberales de Hugo Grocio, nacieron las ideas declarativas de los derechos del hombre, hoy conocidos como garantías o derechos humanos. Dicha escuela afirmaba un sistema de principios a título de axiomas racionales, los derechos a la vida, a la libertad, a la propiedad, que en su contenido son los mismos del iusnaturalismo teológico. En realidad, lo que la escuela clásica hizo fue darle un fundamento racional axiomático a esos sistemas, e independizarlos de la teología.¹¹⁴

La tercera fase se inicia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada en 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Es la fase de la internacionalización de los derechos humanos.

Así pues, históricamente hablando, los derechos humanos, en sentido amplio, fueron consagrados legislativamente hasta la segunda mitad del siglo XVIII, y es precisamente en la declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en donde se consagraron de una manera definitiva como texto legislativo, y de aquí salen como ejemplo para el mundo entero.

La última fase está constituida, por la especificación de los derechos humanos, que consiste en el paso gradual hacia una posterior determinación de los derechos, en razón de las características de sus titulares o de los propios derechos.¹¹⁵ En esta etapa se inscribe la especificación de los derechos del niño, de la mujer, de los consumidores, los derechos sociales y culturales, etc. Es una fase que se encuentra en pleno desarrollo y que debe responder a las exigencias que plantean los cambios en la sociedad contemporáneas.

¹¹⁴ Herrera Ortiz Margarita; *Manual de Derechos Humanos*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 2003. Pág. 1 y ss.

¹¹⁵ Bobbio, "El tiempo de los derechos", en op cit.supra nota 1, p. 109. Cita Ovalle Favela, Ob. cit.

Pero el problema fundamental que plantean los derechos humanos es el de su tutela efectiva, el de su protección tanto dentro de cada Estado como ante los organismos internacionales. “No se trata –sostiene Bobbio- tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino *cuál es el modo más seguro para garantizarlos*, para impedir que, a pesar de la declaraciones solemnes, sean continuamente violados”.¹¹⁶

Asimismo afirma que las actividades desarrolladas por los organismos internacionales para la tutela de los derechos humanos pueden ser consideradas bajo tres aspectos: promoción, control y garantía. Dentro de la promoción ubica el conjunto de acciones que se orientan a inducir a los Estados a introducir o perfeccionar la regulación interna de los derechos humanos, tanto en su ámbito sustantivo como procesal. Por actividades de control entiende el conjunto de medidas que los distintos organismos internacionales ponen en práctica para verificar si las recomendaciones han sido acogidas y los tratados respetados y en qué medida. Por actividades de garantía entiende la organización de una verdadera tutela jurisdiccional de carácter internacional, sustantiva de la nacional, cuando ésta sea insuficiente o falte sin más.¹¹⁷

Estos tres aspectos también pueden ser contemplados dentro del derecho interno. La promoción de los Derechos Humanos se vincula con la educación y la difusión que deben desarrollarse para conformar una cultura de respeto a estos derechos en todos los ámbitos. El control se ejerce a través de los organismos gubernamentales y no gubernamentales de Derechos Humanos. Y la garantía para la eficacia de estos derechos no puede residir sino en la organización de tribunales independientes, imparciales y eficientes y en la regulación de instrumentos procesales adecuados que aseguren la defensa oportuna y eficaz de los derechos humanos.

Valores de justicia, equidad, prudencia y rectitud que deben estar dentro de todo Derecho.

¹¹⁶ Ibidem, p. 64. Cita Ovalle Favela Ob cit.

¹¹⁷ Ibidem, pp. 77-78. Cita Ovalle Favela Ob cit.

En nuestro país el órgano exclusivamente encargado para la protección de estos derechos en el ámbito federal, y es la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la cual tiene su fundamento constitucional en el apartado B del Artículo 102.

Este órgano esta regulado por su respectiva ley orgánica y un reglamento interno; este último proporciona un concepto de derechos humanos en su artículo 6, que a la letra dice: “Son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano. En su aspecto positivo son los que reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que se recogen en los pactos, los convenios y los tratados internacionales suscritos y ratificados por México.”¹¹⁸

Ahora bien los derechos humanos vistos con carácter positivo implican el reconocimiento por el orden jurídico, los cuales se encuentran protegidos por un medio de control constitucional conocido como juicio de amparo; además en su carácter práctico los derechos humanos, son atributos con los que el ser humano cuenta para desarrollarse en su vida y alcanzar las metas fijadas.

En el “México Posible” el estanco en civismo se nota, gracias al retiro por 25 años de la materia. Creyendo suplirla con spot de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Pero a partir de Agosto del presente año, se incorpora a los nuevos libros de texto.¹¹⁹

3.3 PROTECCIÓN A LA LIBERTAD

La libertad como derecho individual, da paso a la garantía de seguridad jurídica, que se verá concretada en el proceso penal; es decir, la libertad como valorpreciado está íntimamente relacionada con los derechos humanos, los cuales a su vez están reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde consta que para privar a una persona de su libertad, es necesario garantizarle toda una serie de requisitos

¹¹⁸ Reglamento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Cita por Guillen López Raúl, *Las Garantías Individuales en la Etapa de Averiguación Previa*, Ed. Porrúa, México 2003. Pag. 97.

¹¹⁹ “Regresan los libros de Civismo y Ética en escuelas Públicas” Noticia en el Diario de la Organización Editorial Mexicana, 19 de Agosto de 2008.

procesales. Donde la expresión de su contenido es el proceso penal, en que se concretiza cada vez más la aplicación de derechos al inculpado, para poder establecer la sanción privativa de libertad por la autoridad competente.

Este camino a seguir, nos muestra el impacto que tiene de origen del trabajo bien o mal realizado por los diferentes actores del proceso, donde en efecto se utiliza la frase con visión individualista: “yo nunca he perdido ningún caso, el que lo pierde es el cliente¹²⁰”. Con esta mentalidad tan mediocre, independientemente de que el indiciado hubiese realizado el hecho delictivo, no se trabaja ni por la legalidad, mucho menos por la justicia, ni por el cliente y el prestigio de uno mismo.

Asimismo esta actitud afecta al profesional del Derecho, ya sea Ministerio Público, Defensor de Oficio, Abogado particular o Litigante, ó bien el Catedrático que tiene la responsabilidad de formar juristas garantes de Derecho¹²¹. Porque cada vez más la imagen del Licenciado en Derecho se denigra, pues son pocos los que han demostrado contribuir al desarrollo del ser humano, a la construcción de una mejor sociedad, de la cual él también forma parte.

Porque las leyes no son únicamente para los abogados, sino para todos aquellos que participan en la dinámica social; y los juristas formamos solo una parte del conglomerado de seres humanos.

De igual manera, bajo la bandera del principio de legalidad en el derecho penal -mal entendido; se piensa que con solo “reproducir” la ley, ya se cumple con las garantías que otorga la Constitución. Pero leer los derechos lo puede hacer cualquier alfabeto, la diferencia se marca en quien es el que puede explicarlos. Éste es el Licenciado en Derecho, quien tiene una formación académica que se respalda con su título universitario.

¹²⁰ Frase utilizada en la cátedra un “profesor abogado” –que por respeto omitimos su nombre, durante mi formación en la Licenciatura de Derecho en la Universidad Autónoma de Aguascalientes (1997-2002).

¹²¹ Entendido el Derecho, no solo como la ley sino conforme a la Tridimensionalidad que tiene: valor, norma y hecho.

Reiteramos que el buen o mal trabajo que se realice, se verá reflejado en la libertad del indiciado, porque si desde un inicio, es decir desde la averiguación previa, no se trabaja con responsabilidad, lo único que ganamos es enviar gente inocente a la cárcel, ó que siendo culpable se le deje impune. Porque el trabajo realizado no buscó que el hecho delictivo fuera proporcional con la sanción o absolución. Y todo por no querer trabajar por la justicia, sino que se trabaja conforme a la literalidad de la ley.

Ya he mencionado que la exacta aplicación de la ley en materia penal, es para encuadrar la conducta al tipo penal, aplicándose la sanción penal que corresponda según la legislación penal, y no para cerrarse en todo tema que tenga que ver con el Derecho Penal. Por ejemplo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el Artículo 20, Apartado B, Fracción III, señala de los derechos de toda persona imputada: “A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador”.¹²²

En esta fracción centramos nuestra investigación. Asimismo en el último capítulo de nuestro trabajo evidenciaremos los resultados de la encuesta aplicada a los indiciados una vez que tienen su primer contacto con la autoridad del Ministerio Público como parte acusadora y con su Defensor de Oficio, al “informarle sus derechos”. Es decir, comprobaremos si el indiciado comprende sus derechos –sólo con la lectura técnica que se hace, si es que se cumple.

Pero qué es informar, es necesario determinar su alcance para con base a ello valorar si se le informa al inculpado sus derechos. Informar es dar forma sustancial a algo¹²³

La definición anterior, me permite señalar que informar no solo leer de manera numerada las disposiciones legales.

¹²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente a partir del 18 de junio de 2008.

¹²³ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda edición
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=informar

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Ahora bien, realizar un recorrido por la libertad, los derechos humanos, la garantía de seguridad jurídica y el proceso penal; permite recordar que nos corresponde seguir construyendo el Derecho. Porque siempre hay algo que mejorar, el sistema no es perfecto.

La postura positivista aún muy arraigada, hace aceptar las trabas que impiden otorgar efectivamente los derechos, pues al fin y al cabo dichas “trabas” son parte de la ley. Pero también es cierto que los obstáculos no siempre están en la ley, sino también en nuestra mente. Parece que esta es la forma más fácil de “trabajar”. Así nadie se inconforma, dado que no conoce -porque la información se da a medias.

Con esta forma de realizar el trabajo, es poca la diferencia entre la privación de la libertad y el secuestro,¹²⁴ pues sólo radica en quien la lleva a cabo.

Es decir como contraposición a la libertad, la frágil realidad del ejercicio de los derechos se ha manifestado como una constante a lo largo de la historia. La sociedad humana, constituida por el conjunto de las relaciones entre individuos, se ha forjado en muchos aspectos sobre la pasión del poder y el dominio que ha marginado la consideración de persona para multitudes de seres humanos.

El escándalo de la esclavitud, que encontró acomodo en todos los sistemas sociales, morales y políticos, ha revestido hasta nuestros días las formas más sofisticadas de represión disimulando el atropello de los más elementales principios de la ética en la justificación de una legalidad emanada del recurso a la defensa de intereses sectoriales.

La seguridad ha seguido y seguirá siempre las fluctuaciones de la política.

La libertad personal se vincula con las garantías de que goza la persona contra todo género de aprehensiones ilegítimas.

¹²⁴ Independientemente del rescate económico que se solicita para la liberación.

La libertad es inherente al hombre, como condición esencial de su vida y de su desarrollo físico y moral: que la organización del hombre lo lleva a la sociabilidad: que la sociedad se forma para obtener y asegurar el mas completo ejercicio de la libertad individual y la acumulación de fuerzas para obtener los frutos de la libertad: que el objeto de las leyes debe ser única y exclusivamente el aseguramiento y el desarrollo de la libertad, ya individual, ya colectiva o de la sociedad: que el gobierno de un pueblo no es mas que la delegación conveniente y necesaria del poder de los asociados, que estos no pueden ejercer directamente y por sí mismos.¹²⁵

No hace la Constitución la creación de los derechos del hombre, porque tales derechos, son preexistentes a toda constitución, a toda ley y a toda sociedad. La constitución ha otorgado garantías para esos derechos, expresando en los diversos preceptos relativos que es lo que deben sostener y respetar todas las leyes y todas las autoridades del país.

Una parte de las aprehensiones no están prohibidas en los sistemas jurídicos contemporáneos y, por otra, al destacar el elemento de la garantía contra las restricciones ilegítimas no se define el derecho sino su función.

El derecho a la libertad personal implica que el sistema jurídico promueva el máximo de libertad posible, de manera que en la tensión entre la libertad personal y el interés general en la aprehensión, opte por una ponderación dirigida a evitar, aún en los casos extremos, un sacrificio total de la primera. Es por ello que el estudio jurídico de la libertad personal tiene por objeto establecer las condiciones bajo las cuales dicha primacía desaparece.

La libertad es un tema importante, como el hombre presupone el libre albedrío si bien concilia la libertad y la autoridad en el marco del Estado, es asimismo la forma en que el ser humano exige que se le reconozcan sus derechos como persona jurídica, es decir, en el ámbito jurídico-político, pues el primer derecho del hombre es aquel que le concede su estatus como persona.

¹²⁵ Del Castillo Velasco, José María, *Apuntamientos para el Estudio del Derecho Constitucional Mexicano*. Gobierno de México, 1870, Pág. 12 y siguientes.

Es por tanto en el goce y ejercicio de este derecho donde se hace imprescindible instalar al hombre en la comunidad política, ya que cada derecho personal es de alguna manera una libertad. Podríamos decir que no hay derecho personal que no pueda ser visualizado como libertad personal.

Es así que junto a la idea del derecho a la libertad se maneja también el concepto de seguridad jurídica.

3.3.1 GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA

Según la Real Academia Española (RAE), garantía tiene varias acepciones, de las cuales tres son completamente aplicables al caso de estudio.

De garante, bien puede ser: “1. f. Efecto de afianzar lo estipulado; 2. f. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad, o bien 3. f. Seguridad o certeza que se tiene sobre algo. Lo hizo con la garantía de que no se producirán complicaciones”.¹²⁶

En cualquiera de los casos, el vocablo implica una forma de asegurar, afianzar, prometer el cumplimiento de lo estipulado.

Una garantía constitucional, no es otra cosa que la forma de asegurar el cumplimiento de un derecho.

De manera tal que, cuando este cúmulo de derechos fundamentales, o de facultades de las autoridades se ven violentadas, la propia Constitución prevé el combatir dichas intromisiones: las garantías constitucionales.

Según una definición del mismo Ferrajoli, “las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y

¹²⁶ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 22ª. Ed.; S.L. 2001, *Voz garantía*. Cita por Alvarado Martínez, Israel, ¿Qué debemos entender por “garantías constitucionales”? <http://www.inacipe.gob.mx/htm/QuienEsQuien/Invesigacion/Opiniones/Garantias.html>

efectividad, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”.¹²⁷

Las garantías, al asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley fundamental, terminan controlando el funcionamiento del mismo orden constitucional, por lo que no son más (y claro, ni menos), que los denominados medios de control constitucional, cuya finalidad es, según el máximo Tribunal Constitucional del país —que lo es, aunque lleve a cabo actividades adicionales a las que le deberían corresponder como tal—, “reestablecer el orden constitucional”.¹²⁸

En concreto, garantías constitucionales o medios de control constitucional, son los mecanismos previstos por la Constitución que aseguran la protección de los derechos fundamentales y de las facultades de las autoridades.

Es por ello que los derechos fundamentales del hombre desde la perspectiva del Derecho Penal, son la parte medular de la dogmática constitucional. Son la altura de la libertad, de la dignidad y de la democracia, pilares del sistema político mexicano.

El sociólogo Teodoro Geiger, se refiere a las dimensiones de la seguridad jurídica. Para él dicha seguridad puede observarse desde dos puntos de vista¹²⁹:

- a) Seguridad jurídica de la certeza del orden jurídico, de ésta sólo puede hablarse cuando los destinatarios de la norma de un sistema jurídico tiene un conocimiento adecuado respecto de los contenidos de tales normas y, como consecuencia, están en condiciones de orientar su conducta de acuerdo a ellas.
- b) Seguridad jurídica de realización o confianza en el orden jurídico, la cual implica que el orden se realizará mediante el ejercicio de los medios idóneos para lograr su

¹²⁷ *Ibíd.* P. 25. Cita Alvarado Martínez, *Ob cit.*

¹²⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *El Poder Judicial de la Federación para jóvenes*. Mc. Graw Hill; México, 2004, P. 23. Cita Alvarado Martínez, *Ob cit.*

¹²⁹ Herrera Ortiz *Op cit.* Pág. 153

eficacia. Para ello, el Estado cuenta con una serie de medios, por ejemplo, en la actividad legislativa, para que ésta sea eficaz deberá ser clara, precisa o congruente en las prescripciones legales que está realizando; pero además deberá de existir la certeza de que los encargados de cumplirlas, lo harán con la idea de participar a todos el bien que la ley busca.

Si las normas vigentes son justas y están dirigidas hacia el bien común, el cumplimiento y aplicación que de ellas se hagan, realizará el valor de seguridad jurídica y concomitantemente se logrará la eficacia del sistema.

La garantía de seguridad jurídica, sufre el embate de los actos individuales y colectivos de quienes alteran peligrosamente la paz, la armonía y el orden jurídico, al lesionar aquellos derechos públicos subjetivos que son patrimonio invaluable de la persona humana: la vida, la libertad, la dignidad, la integridad física y moral, la propiedad; en suma, el derecho a la seguridad jurídica, que se presenta como garantía del hombre que vive en sociedad.¹³⁰

Saúl Lara Espinoza señala que las garantías individuales son el reconocimiento y proclamación de diversos derechos consignados y protegidos bajo ciertas reglas y principios jurídicos a favor del gobernado por la Constitución, leyes y tratados internacionales, que sólo pueden ser restringidos o suspendidos por las autoridades competentes, en aquellos casos y con las condiciones que el orden jurídico establece.¹³¹

Las garantías individuales, son el reconocimiento de diversos derechos, por la simple y sencilla razón de que algunos de ellos son inmanentes a la naturaleza humana y que devienen, por lo mismo, de su propia naturaleza para su existencia y subsistencia. De tal suerte que, la vida, la libertad e igualdad, entre otros, son derechos naturales que se fundan en la naturaleza racional, libre y sociable del ser humano que, al ser reconocidos por la Constitución, leyes y tratados internacionales, adquieren el carácter de derechos positivos.

¹³⁰ Lara Espinoza, Saúl, *Las Garantías Constitucionales en Materia Penal*, Editorial Porrúa, México 1998. Pág. 12 y ss.

¹³¹ *Ibidem*

Como la garantía de la libertad personal, consta en que toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La privación de la libertad como consecuencia de una decisión adoptada en el curso de un trámite judicial -proceso penal, se ha considerado tema propio del derecho al debido proceso, observándose las garantías previstas en la Constitución.

La pena privativa de libertad, tal como su nombre lo indica, consiste en privar de la libertad de tránsito al individuo sentenciado; se diferencia de la prisión preventiva porque la pena privativa es resultado de una sentencia y no de una medida transitoria como sucede con aquélla¹³².

Así pues la seguridad jurídica va a determinar los supuestos y los requisitos para privar de libertad a las personas.

En consecuencia este derecho, hay que entenderlo como la garantía jurídica del individuo frente al poder, dirigido a evitar no sólo la privación de su libertad, sino, también, cualquier forma arbitraria de represión. Cumple así dos objetivos: de un lado, le garantiza que no tiene nada que temer de ninguna autoridad mientras que el ejercicio de sus libertades, cualquiera que sea, se mantengan dentro de los límites de la legalidad; y de otro, que si es sospechoso de haberlos traspasado, exponiéndose así a una sanción, se le protege igualmente de toda represión arbitraria que exceda de los requisitos legales que regulen esa conducta. De ahí que el derecho a la seguridad de las personas sea la protección de vanguardia de todas las libertades y lo que permite su ejercicio regular.

La seguridad jurídica de las personas debe ser contemplada bajo las siguientes premisas:

¹³² Herrera Ortiz Margarita, Ob cit. Pág. 95

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- Se concibe la privación de libertad como una excepcionalidad y como último recurso.
 - Si la detención se ha llevado a cabo de forma ilegal, se exige la devolución inmediata de la libertad.
 - Si la detención se ha realizado legalmente, se deben garantizar los derechos del detenido.
 - Si se somete a juicio al inculcado se le deben garantizar varios derechos durante el proceso.
 - Si la persona procesada es condenada a una pena privativa de libertad, se le deben garantizar también determinados derechos.

La seguridad jurídica ha sido considerada "como garantía de promover, en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad, sin congelar el ordenamiento y procurando que éste responda a la realidad social en cada momento".¹³³

De igual manera la existencia de la seguridad jurídica-constitucional se encuentra en el artículo 1o. de la Constitución Federal, el cual ordena: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece". Es evidente la fuerza del precepto; la seguridad que irradia de la Constitución está por encima de la legislación secundaria, pues en todos los casos en que la legislación secundaria restrinja o suspenda garantías, sin que se trate de los casos y en las condiciones que la misma Carta Constitucional establece estaremos en presencia de violaciones de garantías en perjuicio del gobernado.

En este sentido el Poder Judicial Federal ha sostenido el criterio firme: "Constitución, supremacía de la.- La misma Suprema Corte ha establecido la supremacía absoluta de la

¹³³ Ribó Durán, L. "Dic. de Derecho" Bosch, Casa Ed. Barcelona 1991, p. 210. Cita por Dr. Reyes Vera, Ramón "Los derechos humanos y la seguridad jurídica"
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/37/pr/pr24.pdf>

Constitución sobre toda legislación secundaria, y la sociedad y el Estado tienen interés en que se apliquen desde luego los preceptos de aquélla y no los textos contrarios a la misma. " (T. LXXIII, p. 7848, A.A. 8223/40, 20 febrero de 1942, unanimidad 1005).

El principio de seguridad jurídica se encuentra íntimamente relacionado con el principio de legalidad, en tal forma que si no existe uno es imposible la existencia del otro. "La seguridad es otro de los valores de gran consideración, por cierto, de importancia básica porque la certeza de saber a que atenerse, es decir, la certeza de que el orden vigente a de ser mantenido aún mediante la coacción, da al ser humano la posibilidad de desarrollar su actividad, previendo en buena medida cuál será la marcha de su vida jurídica".¹³⁴

La garantía de seguridad jurídica referida en la Constitución, el tratadista Montiel y Duarte, sostiene: "La libertad individual consiste esencialmente en la amplitud de acción propia de cada individuo, de modo que en el terreno de las garantías individuales viene a ser el derecho de hacer o no hacer una cosa, sin que a ello nos compela apremio alguno, mientras que la seguridad personal es el derecho de impedir la acción de un tercero, sea individuo privado o funcionario público, cuando tal acción venga indebidamente a inquietarnos en el goce tranquilo de nuestra persona, de nuestros derechos o de nuestras cosas ... la seguridad ya sea personal o real, nos viene de la ley, y es por lo mismo creación jurídica, a la cual tenemos un derecho incontestable. La seguridad personal debe consistir principalmente en ponernos a cubierto de las presiones arbitrarias, y esto no podrá conseguirse de una manera absoluta, sino precisando los motivos que puedan servir de causa justificada a una prisión o a una simple detención. Esto, como se ve nos escuda de los atentados que pudieran partir del Poder Judicial y aún del Ejecutivo, pero no nos pone a cubierto de los tiros apasionados del Poder Legislativo. La real se hace efectiva con castigar toda expropiación y con garantizar en aquella que haya necesidad de hacer por causa de utilidad pública los justos y sagrados derechos del propietario, y el goce tranquilo de toda posesión".¹³⁵

¹³⁴ Garrone, J. A., *Dic. Juríd. Abeledo-Perrot*, T. III, Bs. As. 1987, p. 355. Cita por Dr. Reyes Vera, Ramón, Ob cit.

¹³⁵ Montiel y Duarte, Isidro.- *"Estudio sobre garantías individuales"*.- Ed. Porrúa, S. A., México 1979, Tercera Ed. facsimilar, pp. 317-319. Cita por Dr. Reyes Vera, Ob cit.

Por su parte, el Maestro Burgoa afirma: "Ese conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquiera autoridad para producir válidamente desde un punto de vista jurídico la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de éste, y que se traduce en una serie de requisitos, condiciones, elementos, etc., es lo que constituye las garantías de seguridad jurídica. Éstas implican, en consecuencia, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos".¹³⁶

La sensación que se desprende luego del estudio y la reflexión sobre la seguridad jurídica de los mexicanos, es de angustia y de temor, atendiendo a la falta de cumplimiento de una de las obligaciones esenciales del Poder Público.

La realidad nacional nos presenta un panorama cada día más inseguro, ilegal y violento, en el cual, el volumen y el peso de la institución de la arbitrariedad y la impunidad es superior a las demás instituciones, por lo cual podemos afirmar que el final del siglo veinte más que una crisis, la crisis se ha transformado en la estructura de la inestabilidad física y jurídica, siendo la violación de los derechos humanos la evidencia de una política oficial del sector público. Las causas son de muy variada naturaleza, siendo importante señalar que proceden tanto del sector público como del sector privado, apoyado en la insuficiencia del primero. La evolución del concepto va unida al cambio de la naturaleza jurídica del mismo, por lo cual es de esperar un fortalecimiento en la organización, la eficacia y los medios con los cuales cuentan las organizaciones de los derechos humanos.¹³⁷

Los derechos humanos requieren de mayor estudio y publicidad, no sólo en cuanto al conocimiento y exigibilidad por parte del gobernado, sino en cuanto a que el Poder Público requiere de una mayor capacitación así como voluntad política de respeto.

¹³⁶ Burgoa, I.- "*Las garantías individuales*".- Ed. Porrúa, S. A., México, 1954, p. 396. Cita por Dr. Reyes Vera, Ob.cit.

¹³⁷ "... La Comisión Nacional de Derechos Humanos adquiere plena autonomía del Poder Ejecutivo Federal, cuidando en esa decisión, por supuesto, todo aquello que le permita a la sociedad mexicana garantizar la neutralidad". Cita por Dr. Reyes Vera, Ob cit.

Necesitamos ser congruentes en el discurso jurídico y las acciones indispensables sobre el respeto de los derechos humanos y el castigo ejemplar de la impunidad en cualquier ámbito de la sociedad.

3.3.2 LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Las Naciones que conforman el mundo y específicamente del Continente Americano, al cual pertenece México, has signado una serie de Tratados Internacionales, donde reconocen los derechos humanos y las garantías constitucionales que los hacen operativos y respetados.

Es así que se reconoce que para poder privar de la libertad legalmente, debe seguirse toda una serie de requisitos procedimentales, en razón principalmente de que estamos ante uno de los valores más preciados por la humanidad, como lo es la libertad personal.¹³⁸

La detención y derecho a la integridad personal, se encuentran contemplados en el artículo 5 de la Convención Americana que establece:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano.

La Confesión bajo tortura e “inmediación procesal”, carece de valor legal, protegiéndose así a la integridad física del procesado. Sin bien es cierto en la práctica ésta se realiza, se debe a que la policía prefiere ahorrar esfuerzos de investigación y obtener del propio inculpado la confesión de su crimen. Con este despliegue en forma de trabajo, el Estado

¹³⁸ López Garelli, Mario; *Derecho a la Libertad Personal y al Debido Proceso: Algunos casos recientes en el sistema Interamericano de Derechos Humanos*.
<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/19719750111.pdf>

falta a su deber de investigar en forma seria y responsable los hechos constitutivos de un hecho delictivo.

Es pertinente mencionar que como respecto a la incomunicación, La Corte Interamericana en el caso Suárez Rosero, menciona que: “...En efecto, el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles”¹³⁹.

En la sentencia C-024/94, siguiendo las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos, se definió la *libertad personal* en los siguientes términos: “La norma constitucional parte pues del principio general de que toda persona es libre y que tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio. Por libertad personal a nivel constitucional debe entenderse la ausencia de aprehensión retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona”.

Al igual que en otras jurisdicciones, la Corte Constitucional de Colombia ha distinguido entre la protección a la libertad personal antes de iniciarse un proceso judicial y la que se cumple con posterioridad. Se ha considerado que la protección a la libertad personal en el último evento, esto es, dentro del proceso judicial, se asegura a través de las garantías propias del proceso. Por lo tanto, el desconocimiento de la libertad personal en este ámbito, constituye, *prima facie*, una violación al debido proceso¹⁴⁰.

3.4 PRIVACIÓN LEGAL

El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, y que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la constitución.¹⁴¹

¹³⁹ Caso Suárez Rosero citado párs. 89 y 90. Cita por Mario López Garelli, Abogado Especialista Principal en Derechos Humanos de la CIDH. <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19750111.pdf>

¹⁴⁰ Sentencia C-106/9. Cita por Cifuentes, Eduardo (Ministro Corte Constitucional de Colombia), “Libertad Personal” *Ius et Praxis*, año/vol.5, número 001, Universidad de Talca, Talca, Chile. pp. 121-63. <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19750105.pdf>

¹⁴¹ Montiel y Duarte, Op Cit.

Lo más esencial del orden social es que sea humano, o lo que es lo mismo, que facilite y respete la realización personal, tanto en el ámbito público con el derecho común a construir participativamente el Estado, como en el ámbito privado favorecer el desarrollo de cada cual con plena libertad de ejercicio. La función de la ley estará precisamente en evidenciar y defender el derecho a la libertad personal de cada uno de los ciudadanos para revalorizarlos como personas.

La expresión más inmediata que pueden tener los derechos de libertad constitucionalmente reconocidos consiste en la prohibición de que existan detenciones fuera de los casos constitucional y legalmente permitidos. Es decir, un régimen constitucional democrático debe establecer con la mayor precisión que sea posible las causas y modalidades bajo las que una persona puede ser privado de su libertad, por ejemplo a través de la regulación de los siguientes aspectos: a) requisitos para detenciones policiales; b) prisión preventiva; c) requisitos para el otorgamiento de órdenes de aprehensión; d) garantías del proceso penal; e) derechos de las personas que cumplen una condena privativa de la libertad, etcétera.

El artículo 16 Constitucional¹⁴² en su primer párrafo señala que: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

Por lo tanto la norma prohíbe privaciones de la libertad, de cualquier naturaleza, que no se amparen en una decisión judicial, es decir la Constitución establece una reserva judicial en favor de la libertad individual, siendo indispensable el mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, para que una persona pueda ser reducida a prisión, arresto o detención. En adelante, solamente las autoridades judiciales tienen competencia para imponer penas que conlleven la privación de la libertad.

¹⁴² Reforma publicada en el DOF 18 de Junio de 2008.

Así pues, se aprecia la protección judicial a la libertad, por lo tanto toda detención, sin que medie orden judicial constituye violación del derecho a la libertad personal.

Además se introduce una serie de garantías que definen la legalidad y la legitimidad de la restricción. Ellas son: mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. Además, incluye otras garantías como el derecho a ser llevado inmediatamente ante la autoridad, el carácter excepcional de la detención y la prohibición de privar de la libertad por deudas. Lo anterior como observancia al debido proceso.

En la medida en que en la Constitución se establecen limitaciones a la actuación de los poderes públicos, que se concretan en los derechos constitucionales -verdaderas cartas de triunfo en los términos de Dworking-, el principio de legalidad no representa la garantía última para los ciudadanos¹⁴³.

Al obrar como límites, le imprimen a los supuestos de privación de la libertad la naturaleza excepcional que deben tener, erigiéndose, entonces, en garantías de ese derecho fundamental.

Lo que en el fondo se debate es una limitación del derecho a la libertad personal y, debido a ello, a su adopción no ha de procederse de manera mecánica o automática, como si se tratara de un acto procesal cualquiera, sino examinando caso por caso y en plena concordancia con los criterios legales interpretados a la luz de las normas constitucionales... procurando siempre la interpretación más favorable a la efectividad del derecho a la libertad individual.»¹⁴⁴

La afectación de los derechos fundamentales proviene de la omisión de los obligados por ley a suministrarle cuidado, protección y vigilancia.

¹⁴³ Cita Cifuentes, Ob. cit.

¹⁴⁴ Sentencia C-327/97. Cita Cifuentes Ob cit.

Por otra parte en los párrafos cuarto, quinto y sexto respectivamente, del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se maneja como excepciones de la privación de la libertad, la urgencia y la flagrancia:

Párrafo cuarto, artículo 16 Constitucional: “Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención”.

Párrafo quinto, artículo 16 Constitucional: “Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder”.

Párrafo sexto, artículo 16 Constitucional: “En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”.

La Flagrancia, se trata de una situación en la cual los requisitos establecidos en la mencionada norma no se aplican. De ahí que no sea menester que se expida orden para la aprehensión. Incluso, la norma constitucional dispone que cualquier persona podrá proceder a la aprehensión.

Para que se presente la figura de la flagrancia es necesario que concurren dos circunstancias: *actualidad*, “requiere que efectivamente las personas se encuentren en el sitio, que puedan precisar si vieron, oyeron o se percataron de la situación”; e,

identificación, “lleva a la aproximación del grado de certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho”.¹⁴⁵

Una vez que se ha procedido a la aprehensión, el retenido debe ser puesto de inmediato a disposición de la autoridad judicial. Con ello se minimizan, en lo posible, los efectos negativos de una aprehensión injustificada, lo que obra en favor de la libertad personal.

De Miguel Carbonell, en su artículo “Proteger la libertad: Una propuesta de reforma Constitucional”¹⁴⁶ tomamos los siguientes comentarios:

Detenciones en flagrancia.

Una cuestión relativamente pacífica en el régimen jurídico de la privación de la libertad tiene que ver con las detenciones practicadas en “flagrancia”, es decir, en el momento mismo en que una persona está cometiendo un delito o en el inmediatamente posterior, cuando sucede la persecución material luego de ocurrido el hecho. La Constitución mexicana, en el artículo 16 permite que cualquier persona pueda detener a un sujeto en flagrancia.

El concepto de “flagrancia equiparada” es inconstitucional, pues permite detenciones fuera de lo que dispone el artículo 16; además, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que este tipo de flagrancia “es incompatible con el concepto de presunción de inocencia y genera tanto riesgos de detenciones arbitrarias como de extorsiones”.¹⁴⁷

Fuera de los casos de flagrancia, cualquier tipo de detención o retención debe ser autorizada por una autoridad judicial.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Sentencia C-010/94 Cita Cifuentes, Ob. cit.

¹⁴⁶ <http://www.bibliojuridicas.org/libros/5/2264/6.pdf>

¹⁴⁷ Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria acerca de su visita a México, E/CN.4/2003/8/Add.3., párrafo 39. Cita Carbonell, Ob. cit.

¹⁴⁸ Para el análisis de las diferencias entre detención y retención puede verse Banacloche Palao, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1996 y Casal Hernández, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencia policiales de identificación*, Madrid, CEPC, 1998. Cita Carbonell, Ob cit.

Arraigo.

En el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM se establece que el Arraigo Penal, es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculcado en la investigación previa o durante el proceso, cuando se trate de delitos imprudenciales o de aquellos en los cuales no proceda la prisión preventiva.¹⁴⁹

El arraigo debe llevar a efecto en una demarcación geográfica o en el último de los casos en el domicilio del arraigado y atendiendo al sentido que el Constituyente dio al domicilio, se debe cumplir en la casa habitación o morada del indiciado y no en un lugar distinto, pues independientemente del nombre que se le dé no deja de ser una cárcel privada.¹⁵⁰

El arraigo se estipula en el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional vigente, aplicable tratándose de delitos de delincuencia organizada.

Para Aguascalientes, el arraigo consiste en la vigilancia de la autoridad que ejercerá el Ministerio Público y sus auxiliares sobre la persona del inculcado, para que este no salga del territorio del Estado y sin que deje de asistir diariamente a su domicilio, y que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, no pudiendo exceder de 30 días hábiles.¹⁵¹

Con fecha enero de 2008, la SCJN bajo el registro 170555 determinó que el Arraigo domiciliario previsto en el numeral 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, su aplicación de esta medida viola las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y de libertad personal previstas en los preceptos 14, 16 y 18 a 20 de la Constitución federal. Ya que su aplicación conlleva a obligarlo a permanecer en un domicilio bajo la

¹⁴⁹ Cita en voto concurrente. Arraigo Penal. Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, pág. 884, Junio 2006 <http://www.scjn.gob.mx>

¹⁵⁰ Ibidem

¹⁵¹ Artículo 291 de la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes vigente.

vigilancia de la autoridad investigadora, sin que tenga oportunidad de defensa, y sin que se justifique con un auto de formal prisión.¹⁵²

Las detenciones arbitrarias: algunas evidencias empíricas.

Las detenciones arbitrarias violan no solamente el artículo 16 constitucional por cuanto que se ubican fuera de cualquier supuesto normativo para privar de la libertad a una persona, sino también el artículo 11 de la propia carta magna que prevé la libertad de tránsito.

La Comisión Nacional de los Derechos humanos ha dedicado su Recomendación General 2/201 al tema de la práctica de las detenciones arbitrarias, y en sus conclusiones establece: “No obstante que las autoridades de la policía preventiva tengan precisamente dichas facultades (prevención del delito), esto tampoco les permite detener a persona alguna por encontrarse en ‘actitud sospechosa’ y ‘marcado nerviosismo’; siendo que tienen el deber de proteger los derechos y garantías fundamentales de las personas.

Así pues la vulneración de sus derechos se da desde el momento de la detención.

En parte, las detenciones arbitrarias se permiten, entre otras cuestiones, porque “la presunción de inocencia que no está expresamente establecida en la legislación”¹⁵³ y por la figura ya mencionada de la llamada “flagrancia equiparada”, “que otorga una suerte de ‘cheque en blanco’ para detener a las personas”. Por todo ello el informe concluye:

“La situación de impunidad de numerosos agentes en cuanto a las detenciones arbitrarias es algo no superado”.

Aparte de lo peligrosas que son las detenciones arbitrarias, lo que más preocupa es la impunidad para los responsables.

¹⁵² Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Enero de 2008, Pag. 2756, Tesis I.9o.P.69 P. Registro 170555 <http://www.scjn.gob.mx>

¹⁵³ Antes de la reforma constitucional del 18 de Junio de 2008.

Responsabilidad patrimonial por detenciones indebidas.

La obligación de indemnizar a las víctimas de detenciones arbitrarias tiene fundamento en diversas normas del derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo en el artículo 9, párrafo 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone: “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

Para la forma en que se podría redactar una futura reforma constitucional en México puede considerarse el texto del párrafo 5 del artículo 27 de la Constitución de Portugal, cuyo texto establece: “Toda privación de libertad contra lo dispuesto en la Constitución y en la ley obligará al Estado a indemnizar a la persona así lesionada en los términos que la propia ley establezca”.

Presunción de inocencia y prisión preventiva

La situación jurídica de la persona que se encuentra en prisión preventiva es precaria, ya que existe una sospecha en su contra, pero su culpabilidad aún no ha sido establecida legalmente. Dicha situación se agrava por la tensión personal que resulta de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad, además del impacto psicológico y emocional que sufre la persona mientras dura la incertidumbre. Por ello, la prisión preventiva debe ser rodeada de las máximas garantías jurídicas para evitar su aplicación abusiva por las autoridades.

Un principio de libertad bien establecido en la Constitución debe precisar la presunción de inocencia y, en consecuencia, limitar de forma importante la posibilidad de la prisión preventiva.

Sobre la presunción de inocencia Luigi Ferrajoli apunta: “Si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias, la presunción de inocencia no sólo es una garantía de libertad y de verdad, sino

tesis tesis tesis tesis tesis

también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa “seguridad” específica ofrecida por el Estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica “defensa” que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo”.¹⁵⁴

Implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad.

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.

La idea iluminista, de acuerdo con la cual solamente se puede privar de la libertad de una persona por orden judicial, luego de seguido un juicio en el que se haya demostrado su culpabilidad. Como señala el mismo Ferrajoli: “El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también por necesidades procesales: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas”.¹⁵⁵

Es decir, el artículo 20 constitucional permite la libertad caucional, pero traspasa al legislador la facultad de determinar los casos en los que se puede negar; ¿es ésta una fórmula adecuada para preservar la tutela constitucional de la libertad?, ¿o se está rebajando la supremacía constitucional y poniendo a un derecho fundamental -el de libertad, nada menos en manos del legislador ordinario? Parece que este es un ejemplo del tipo de normas que debe evitar en el futuro el poder reformador de la Constitución.

¹⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, 6ª. Ed. Madrid, Trotta, 2004, p. 549. Cita Carbonell, Ob. cit.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 559 Cita Carbonell, Ob. cit.

Habría que disponer, en consecuencia, las hipótesis en que la libertad caucional puede ser negada, bajo estándares normativos establecidos y precisados directamente por la Constitución.¹⁵⁶

3.4.1 PROTECCIÓN A NIVEL INTERNACIONAL

La finalidad de las garantías en materia penal, es salvaguardar y hacer vigentes en todo tiempo los derechos más caros de que goza todo individuo, como son la vida, la libertad y su integridad física, protegiéndose éstos contra las arbitrariedades de las autoridades públicas cuando se ha cometido un delito por una persona.¹⁵⁷

Para hacer vigentes estas garantías que tienden a resguardar dichos derechos supremos y fundamentales, en México se ha ideado el Juicio de Amparo¹⁵⁸.

Incluso se ha pactado a nivel internacional el reconocimiento de estos Derecho, pues México forma parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵⁹, por lo tanto acepta reafirmar el propósito de consolidar un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

Mario López Garelli, Abogado, Especialista Principal en Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su artículo “Derecho a la Libertad Personal y al Debido Proceso: Algunos casos recientes en el sistema Interamericano de Derechos Humanos”, señala que “entre los derechos humanos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se encuentran el derecho a la

¹⁵⁶ Hasta aquí la cita –la cual es extensa, pero su aportación es valiosa, al reconocer que hay mucho por hacer.

¹⁵⁷ Castillo del Valle Alberto, *Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal*, Editorial Duero, S.A. de C.V., México 1992. Pág. 105

¹⁵⁸ En menester señalar que tal juicio de amparo, es “un proceso de obstáculos” porque está lleno de candados, para poder llegar a la meta y lograr que se otorgue el amparo de la justicia.

¹⁵⁹ Ratificada el 24 de marzo de 1891. <http://www.sre.gob.mx/derechoshumanos/docs/15.pdf>

libertad personal (artículo 7), a las garantías judiciales (artículo 8), y a la protección judicial (artículo 25). Al ratificar la Convención Americana, todos los Estados partes se comprometen a respetar y garantizar los derechos, asumida por todos los Estados partes en la Convención Americana (artículo 1(1))”¹⁶⁰.

Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 7 - Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez y otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.

Artículo 8 - Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la

¹⁶⁰ López Garelli, Ob cit.

ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 25 - Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recuso judicial, y

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Lo curioso es que México, firma y firma documentos internacionales, que vienen a confirmar disposiciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Pero por qué en lugar de sólo levantarse el cuello ante el mundo, mejor se pone a trabajar en la aplicación real y concreta de los derechos y garantías en los juzgados. No es solo cumplir por cumplir, se debe tener conciencia de que –como ya se mencionó, se trabaja con persona y no con expedientes.

El interés de un Estado en resolver delitos no puede contravenir la restricción razonable de los derechos fundamentales de una persona. Porque en su caso sería una violación del derecho a la libertad personal y a las garantías judiciales consagrados en la Constitución. Por ello debe analizarse si las autoridades procedieron con la debida diligencia en la instrucción del proceso.

Se abraza la actitud calculadora durante el deshago del proceso penal en contra de los ciudadanos para proteger al Estado, es decir para proteger a unos cuantos.

Afirmo que para el caso en concreto, debe tenerse una postura imparcial, fría, etcétera. Pero no por eso, se debe abusar de esa postura. La indiferencia hacia el otro, el pensar que toda persona separa los problemas legales, de los personales; es un error.

Si bien es cierto la función de juez es juzgar y que debe ser imparcial; que difícil es juzgar a un semejante, a un ser humano.



CAPITULO IV

**GARANTIA DE DEFENSA EN LA
AVERIGUACION PREVIA**

4.1 ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Para privar legalmente de la libertad a una persona, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 14, dispone que debe ser mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecido, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Así pues tal juicio debe ser llevado por el procedimiento penal, que se integra a su vez por cuatro grandes fases: la averiguación previa, la averiguación procesal (que se subdivide en preinstrucción e instrucción), la del juicio y la de ejecución.

En la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes vigente, el artículo 143 indica en que consta cada una de las fases que integra el procedimiento penal ordinario.

Artículo 143.- El procedimiento penal ordinario se integra con las siguientes fases:

I. La de **averiguación previa**, cuyo objetivo será el de llevar a cabo la investigación de los hechos punibles; estará a cargo exclusivamente del Ministerio Público y de sus auxiliares, y será lo suficientemente completa para que pueda determinarse sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal;

II. La de **averiguación procesal**, que se subdivide en preinstrucción e instrucción.

La **preinstrucción** comprende del auto de radicación del procedimiento por la autoridad judicial, hasta la resolución que decide la situación jurídica del inculpado, con el auto de formal prisión o el de libertad por falta de elementos. Tiene por objeto la realización de las actuaciones que permitan determinar la existencia del hecho punible, materia de la instrucción y del juicio, su clasificación conforme a la figura típica aplicable mediante el acreditamiento del cuerpo del delito, y la probable responsabilidad del inculpado, con fijación de los correspondientes niveles de autoría, participación o complicidad.

La **instrucción** comprende, del auto de formal prisión al auto que la declara cerrada. Abarca las diligencias practicadas por y ante la autoridad judicial, con el fin de averiguar las circunstancias peculiares del inculpado y los factores existenciales concurrentes en el hecho punible típico, para el efecto de determinar la existencia de la culpabilidad o inculpabilidad de aquél y de las posibles causas de justificación, así como la información necesaria para el establecimiento de los montos relativos al pago de la reparación de daños y perjuicios;

III. La del **juicio**, que comprende del auto que declara cerrada la instrucción a la sentencia ejecutoria. En esta etapa, el Ministerio Público funda su acusación y el inculpado su defensa ante la autoridad judicial, la cual valorará los medios probatorios aportados para pronunciar la sentencia definitiva; y

IV. La de **ejecución**, que comprende el momento en que el sentenciado es puesto a disposición del Ejecutivo por virtud de sentencia ejecutoriada, para que cumpla con la sentencia, hasta la extinción de las penas y medidas de seguridad aplicadas. En la solicitud de los beneficios de preliberación o de libertad preparatoria deberá intervenir el Ministerio Público, para resolver lo relativo a la adecuación de las penas o medidas de seguridad.

Como ya he mencionado, el presente estudio de investigación se circunscribe a la etapa de averiguación previa del procedimiento penal. Etapa donde “precisamente se comenten las violaciones a garantías individuales.”¹⁶¹ Asimismo en este periodo el Ministerio Público tiene el carácter de autoridad; además es la etapa en que el inculpado tiene el primer contacto con la maquinaria del sistema de justicia penal, y si desde inicio el detenido no se le explica o traducen las palabras del lenguaje técnico jurídico que se emplean, principalmente en la diligencia para la toma de la declaración preparatoria, donde se concretan buena parte de los derechos consagrados en su favor por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mucho menos comprenderá el desarrollo del proceso, además la trascendencia de no cuestionar, de no exigir un mejor servicio por las autoridades

¹⁶¹ Guillen López Raúl, Ob cit. Pág. 101 y ss.

y por su defensor, tienen varias consecuencias, pero la más importante es la privación de uno de los valores más preciados por la humanidad, que es la libertad.

4.2 LA AVERIGUACION PREVIA

Una vez que se ha hecho mención de las etapas del procedimiento penal. Es momento de concentrarnos en la de averiguación previa.

La averiguación previa esta a cargo del Ministerio Público, función que se consagra en el artículo 21 constitucional.

Artículo 21 Constitucional	
Antes de la Reforma	Reforma 18 de junio de 2008
... La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.	La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a los policías, las cuales estarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esa función.

El Mtro. Guillen López, señala que “...Literalmente hablando la confusión puede surgir sobre tres puntos: la investigación, la persecución, el delito. Cabe o cabría suponer que investigar y perseguir son cosas distintas, pero yo tomo de la palabra perseguir la acepción que se refiere a tratar de conseguir o de alcanzar algo; lo cual me lleva a que se investiga precisamente para esto. ¿Conseguir o alcanzar qué? La verdad histórica y con apoyo en ella la verdad legal. Este es a mi juicio el propósito constitucional de la investigación. Sin embargo hay una falla en el texto constitucional, si no de fondo por lo menos de forma. El Ministerio Público no investiga ni persigue los delitos sino los probables, posibles, supuestos delitos.”¹⁶²

¹⁶² Carrancá y Rivas, Raúl, “La Averiguación Previa”. <http://www.derecho.unam.mx/papime/TemasSelectosdeDerechoPenalVol.III/tema6-1.htm>

El plazo dentro del cual debe realizarse la averiguación previa, debe determinarse si es con detenido o sin detenido; porque cuando es con detenido, la Constitución en su artículo 16, establece que solo podrá durar 48 horas. Este plazo podrá duplicarse en casos de delincuencia organizada.

Para el presente trabajo de investigación, me interesa la etapa de averiguación previa cuando se realiza con detenido, porque independientemente de que son 48 horas para determinar si se pone a disposición de la autoridad judicial o se ordena la libertad, el Ministerio Público como autoridad, debe ser el garante de que se respeten los derechos otorgados constitucionalmente a favor del indiciado, aún trabajando contra reloj.

4.3 DEL INDICIADO

El indiciado es aquella persona sobre la que recaen las primeras tareas investigativas o los actos de indagación, porque se le atribuye algún grado de compromiso sobre una conducta punible. Podemos decir entonces, que el ejercicio de la acción penal comienza cuando el indiciado pasa a ser un imputado.¹⁶³

La Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes, en su artículo 180 señala que: Para los efectos de esta Legislación, se denominará *Indiciado* a toda persona, perseguida penalmente, y en contra de la cual aún no se le haya decretado auto de formal prisión; procesado a aquella persona a quien se le haya decretado auto de formal prisión, y sentenciado a aquel sobre quien haya recaído una sentencia ejecutoria. El concepto de inculcado se utilizará para hacer referencia a cualquiera de los tres rubros señalados, indistintamente.

El Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, campus Estado de México. En su Diccionario Jurídico¹⁶⁴, define:

¹⁶³ El Indiciado, Semanario No. 19 de la Fiscalía General de la Nación. Bogotá, D.C., 31 de Enero de 2005
<http://www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Semanario/sem19.htm>

¹⁶⁴ <http://www.cem.itesm.mx/derecho/referencia/diccionario/bodies/i.htm>

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Inculpado.- Persona sobre la que pesa una inculpación.¹⁶⁵

Inculpación.- Manifestación mediante la cual se atribuye a persona determinada la comisión de un acto delictivo.¹⁶⁶

Por lo que podemos decir que siguiendo el sistema de justicia semi-inquisitivo –para adultos, vigente en Aguascalientes, al hablarse de inculpado, ya se le está atribuyendo la comisión del hecho delictivo, aún y cuando todavía no se comprueba plenamente su participación. Pues el concepto de inculpado se utiliza independientemente de la etapa del procedimiento penal se coloque. Es notoria la ausencia del principio de inocencia.

Con la reforma del pasado 18 de junio del año en curso, el artículo 20 constitucional sustituye el concepto de Inculpado por el de Imputado. El cambio de concepto atiende precisamente al reconocimiento del Principio de Inocencia.

La Iniciativa de Reforma Constitucional del 29 de marzo de 2004, señala que uno de los postulados del modelo acusatorio es la vigencia del principio de presunción de inocencia, situación que repercute en la utilización de términos acordes con dicho principio; es por ello que se considera necesario modificar todas las referencias que la Constitución hace al inculpado o indicado, en aras de establecer un concepto genérico, denominándolo “imputado”, de tal suerte que sea la legislación secundaria la encargada de definir el concepto en el estado procedimental correspondiente.¹⁶⁷

Si bien es cierto, el artículo segundo transitorio, del decreto por el que se reforma y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala que el sistema penal acusatorio, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contados a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

¹⁶⁵ Diccionario de Derecho; Rafael de Pina Vara; editorial Porrúa; 31a. edición; México2003, pp. 317. Cita. <http://www.cem.itesm.mx/derecho/referencia/diccionario/bodies/i.htm>

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Iniciativa de Reforma Constitucional 29 de marzo de 2004. http://fox.presidencia.gob.mx/docs/reformas_ssp.pdf

Considero que el reto no es solo adoptar una palabra, sino entender y aplicar todo lo que hay detrás de ella. Avanzar en la congruencia, evitar generar confusiones, es ir sustituyendo la acción de detener para investigar, por investigar para detener.

Cabe señalar que el principio de inocencia se comentará al tratar el tema del sistema acusatorio, como parte de la evolución del artículo 20 constitucional, al consagrar los derechos de toda persona imputada -como avance que presenta al sistema de justicia penal.

Interesa a nuestra investigación, cómo se le informa al inculcado sus derechos, ya que si la autoridad para informar, no solo se limita a leerle, sino que le explica al nivel del ciudadano –que no es siempre un jurista; los derechos que le asisten, éste los entenderá mejor y podrá hacer uso de ellos; de lo contrario ¿cómo se puede exigir algo que no conoce?

El Estado realiza mejor que nadie el juego de palabras, del discurso –el dar a conocer lo que quiere y como quiere; lenguaje que realiza al dirigirse hacia los gobernados, para mantener el control impuesto por el poder. Si el ciudadano no cuestiona, es porque no conoce, porque no entiende lo que se le dice, además ante el abundante uso del lenguaje jurídico opta por seguir la corriente de lo que le expone la autoridad. Lo cual es muy bien aprovechado por el Ministerio Público, pues le da comodidad laboral y aires de grandezas, de superioridad. Tu eres el ignorante y yo el que si sabe, el que tiene el poder.

Independientemente que el trabajo de exigir los derechos del imputado es encomendado al defensor de oficio, es el Ministerio Público que como autoridad debe darlos a conocer, por tratarse de garantías individuales. Derechos consagrados en el artículo 20 constitucional.

El procedimiento penal deber ser siempre cuidadoso de la dignidad del hombre –así se trate de un individuo que comete los crímenes más graves.

Así pues el Estado tiene el deber de comunicar oportunamente a la persona involucrada la existencia del proceso que cursa en su contra, con el objeto de que pueda ejercer desde el inicio de la investigación su derecho de defensa. Para ello, el Ministerio Público está

obligado a utilizar todos los medios o instrumentos eficaces de que dispone, para lograr el objetivo propuesto, como por ejemplo solicitar la ayuda de la policía ministerial, pues procurar la comparecencia del procesado a la diligencia de indagatoria es, no sólo un derecho de éste, sino un deber del funcionario instructor¹⁶⁸.

El Ministro de la Corte Constitucional de Colombia, Eduardo Cifuentes¹⁶⁹ manifiesta que a las garantías de orden judicial escrita, procedimiento y motivos previstos en la ley, se suman otras que refuerzan la protección de la libertad. Así la ley procesal establece una serie de derechos.

En primer lugar, debe informársele, de manera *explícita y clara* las garantías que le otorga la Constitución, es decir sobre: los motivos de la detención; el derecho a entrevistarse con un defensor; el derecho a indicar a quién se debe informar sobre su captura, si el motivo de la captura es la realización de una investigación previa, el derecho a presentar una versión espontánea de los hechos, con la advertencia de que debe hacerse en presencia de abogado y de que goza del derecho a no autoincriminarse; el derecho a no ser incomunicado.

En similar sentido se encuentra *Miranda rights*. La Advertencia Miranda fue ordenada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en una decisión de 1966 respecto del caso Miranda contra Arizona como medio de protección para un imputado de evadir la auto incriminación, prohibida por la Quinta Enmienda (derecho al silencio). Desde su creación por la Corte Warren, la Corte Suprema ha indicado que la Advertencia Miranda ha impuesto una prevención de seguridad en vez de la protección que exige el privilegio de la Quinta Enmienda.

La Corte Suprema resolvió (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 [1966]) que Miranda fue intimidado durante su interrogatorio y que él no entendió su derecho a no incriminarse ni su derecho a un abogado. Sobre esas bases, la Corte revocó el fallo anterior.

¹⁶⁸ Cifuentes, Ob Cit.

¹⁶⁹ Ibidem.

Ahora bien la Corte Suprema no especificó las palabras exactas que se debían usar para informar a un sospechoso sobre sus derechos. Sin embargo, dejaron unas reglas que deben servir como guía a seguir. El fallo establece: "...La persona en custodia debe, previo a su interrogatorio, ser claramente informado de su derecho a guardar silencio, y de que todo lo que diga será usado en su contra en un tribunal, debe ser *claramente* informado de que tiene el derecho de consultar con un abogado y tener a ese abogado presente durante todo el interrogatorio, y que, si es indigente, un abogado le será proveído sin coste para representarlo".

Las cortes desde entonces han fallado que la advertencia debe ser "significativa", por lo que es usual que al imputado *se le pregunte si entendió los derechos que se le han explicado*. Algunas veces, se requieren respuestas firmes como "sí". El silencio de un arrestado no es una señal de que entendió.¹⁷⁰

En México, como protección de los derechos del inculcado, en caso de no ser respetados, da lugar a que prospere el juicio de amparo.

Asimismo en el ámbito internacional, se reconoce que al detenido se le deben otorgar ciertas garantías, como un trato digno (art. 5 de la C.P., art. 10 -Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), ser informado de las razones de la detención, del derecho a contar con un abogado (C.P. art. 29) y del derecho a la no autoincriminación (art. 33).¹⁷¹

Los asuntos relativos a la privación de la libertad, tienen relación directa e inmediata con el derecho fundamental al debido proceso.

El artículo 20 constitucional es quizá el más rico de los preceptos ubicados dentro del capítulo primero, del título primero, que otorga derechos públicos y el objeto de ellos es proteger a la ciudadanía en general.

¹⁷⁰ Wikipedia la Enciclopedia Libre, http://es.wikipedia.org/wiki/Advertencia_Miranda

¹⁷¹ Cifuentes, Ob. Cit.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Sergio García Ramírez, señala que el artículo 20 está disponiendo cierto número de derechos públicos subjetivos –derechos humanos- en favor de una categoría de individuos – los inculpados- en determinada circunstancia o situación jurídica –el proceso penal. Se trata, pues, de facultades, derechos o prerrogativas que el hombre puede esgrimir frente al Estado y que éste, en consecuencia, debe respetar.¹⁷²

4.4 SOBRE EL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL

Siguiendo el comentario al artículo 20 Constitucional por Sergio García Ramírez¹⁷³, se reconoce que la más intensa acción del Estado sobre el individuo ocurre en el ejercicio de la función punitiva: la potestad que aquél tiene para sancionar por la comisión de un delito. Esta actividad apareja la pérdida o el grave menoscabo de bienes jurídicos individuales; a la cabeza de éstos se encuentra la libertad.

Es por ello que en las grandes declaraciones de derechos –a partir de los textos expedidos por la antiguas colonias inglesas de Norteamérica y de la *Déclaration* francesas de 1789 – ocupa un lugar destacado, en número y extensión, las prerrogativas del hombre sujeto a proceso penal o a ejecución de la condena impuesta por la autoridad judicial. Se trata de las garantías del procesado y el ejecutado: estatuto amplio y notable, en uno de los más importantes y delicados espacios de la libertad.

En el régimen procesal penal de la Constitución, todos los mandamientos revisten notable importancia: son piezas de un sistema que responde al objetivo de proteger al hombre cuando se hallan en juego sus bienes fundamentales. Destaca en dicho sistema el artículo 20: Se refiere a un amplio conjunto de actos o situaciones procesales, a lo largo del enjuiciamiento. Por ello se ha dicho que ese precepto es, de algún modo, la columna vertebral del proceso.

¹⁷² Comentario al artículo 20 Constitucional por Sergio García Ramírez. Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones. Cámara de diputados-LVII Legislatura. Tomo III- Artículos 12-23. Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa. México 2000. Pp. 855 a 873

¹⁷³ Ibidem

Como precedente podemos destacar que para la comprensión del desarrollo, que en nuestro Derecho han tenido varias garantías procesales, se sostuvo frecuentemente la posibilidad – trasladada a normas secundarias –de que la ley extendiera los derechos del acusado, convirtiéndolos en derechos del individuo. Esto significó una anticipación de garantías.

¿Cómo era posible semejante anticipación o ampliación de la garantía constitucional, a efecto de que abarcara situaciones que no fueron consideradas por el Constituyente ni quedaron establecidas en la Ley Suprema? Esto se debió a que la Constitución sólo contiene una porción de los derechos del hombre, pero no la totalidad. Recordemos que el concepto de Estado de Derecho implica que los individuos –gobernados, administrados, ciudadanos –tienen, en principio amplias libertades, sólo limitadas por el derecho de los demás integrantes de la comunidad política. En cambio, el Estado únicamente tiene las atribuciones que las leyes expresamente le confieren. La regla, pues, es la libertad del hombre y la restricción del poder público.

La Constitución por su parte, recoge esa regla y establece el conjunto fundamental de los derechos del ser humano: las facultades que los antiguos textos denominaron naturales e inalienables, es decir, los derechos de mayor relevancia y jerarquía. Esto no supone, en modo alguno, que éstos sean todos los derechos del individuo y que para ampliar éstos –en numerosos ámbitos-sea preciso reformar la Constitución e incorporar explícitamente cada una de las nuevas facultades. La Constitución incorpora un *mínimum* de derechos, irreductible para el legislador ordinario; éste puede, sin embargo, extender ese *mínimum* y crear nuevos derechos que vengán a enriquecer el catálogo de las libertades del individuo.

Ahora bien, nuestra atención se concentra en los derechos del inculcado. Nos remitimos a la evolución de las reformas que ha sufrido este artículo, para verificar la mucha o poca importancia que se le impregna a la garantía de ser *informado* desde el inicio de su proceso de los derechos que en su favor consigna esta Constitución.

Trato de resaltar que el informar no es solo leer, sino que es comunicar, explicar y permitir que el inculcado formule sus dudas al Ministerio Público. De ahí la importancia de que al

utilizar términos jurídicos, le sean explicados en un lenguaje entendible al nivel del inculpado, quien por lo general -según las estadísticas que en el último capítulo se muestran, es una persona con baja escolaridad, además de que incluso tratándose de aquellos que han sido detenidos en dos o más ocasiones, los términos jurídicos no se asimilan rápidamente, menos aún al tener en su mente diversos matices, como lo es el tratar de salir bajo fianza y no tener con que pagarla, la preocupación por los familiares, la intimidación de la autoridad, y sobre todo el problema a enfrentar por la comisión del ilícito, peligrando su libertad.

4.4.1 ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES E HISTÓRICOS

En el debate sustentado por el Congreso Constituyente, en la sesión del 18 de agosto de 1856, este artículo que corresponde al 20 de la Constitución de 1857, se presentó como artículo 24 en el Proyecto de Constitución de 1856.¹⁷⁴

Respecto a la segunda parte del artículo dice: “que se le haga conocer la naturaleza del delito, la causa de la acusación y el nombre del acusador”

El comentario que resalta por su contenido y acertada observación es del Sr. Arriaga, quien no se limita a hablar de abusos que por desgracia siempre pueden cometerse, sino que teme que los jueces, sin salirse del terreno legal, hagan prisiones indebidas, haciendo, por ejemplo, a un acusado que cualquier persona lo acusa de estelionato (fraude) *sin explicarle siquiera lo que quiere decir esta palabra.*¹⁷⁵

Hago la observación de que si al redactar preceptos legales se debe buscar la claridad en los textos, más aún debe hacerse énfasis en transmitir con claridad los derechos que se le otorgan a esa persona que se coloca en el supuesto legal.

¹⁷⁴ Cámara de diputados LVII Legislatura. Idem. Pág. 874 a 881.

¹⁷⁵ Idem. Pág. 882

Otro comentario que me llama la atención es el que presenta el Sr. Barrera, al decir que toda acusación se comunique al reo ofrece grandes inconvenientes, entre otros, el que los acusados pueden preparar su defensa, desfigurando los hechos y aleguen la excepción que se llama de coartada.¹⁷⁶

Resalta el afán de transmitir la información a medias, con la finalidad de evitar que el acusado pueda defenderse; pues al contrario, todo debe comunicársele para que pueda defenderse. Por lo que se confirma que uno de los fines del Estado es evitar transmitir la información completa, donde la defensa nunca llega a ser del todo completa.

Visión que se acepta ahora con la reforma del pasado 18 de junio de 2008, al disponerse que tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador. Esperamos que el Estado, no incrimine a toda persona por delincuencia organizada. Ante su ineficacia por someter a la justicia penal a los líderes reales de los problemas que aquejan al país.

El Congreso Constituyente de 1916. En la 27ª sesión ordinaria, se leyó el siguiente dictamen sobre el artículo 20 del Proyecto de Constitución.¹⁷⁷

Proyecto de Constitución.

“Ciudadanos diputados:

El artículo 20 del Proyecto de Constitución contiene innovaciones trascendentales que transformarán por completo el sistema de enjuiciamiento penal en toda la República, haciéndose más liberal y más humano. En virtud de estas reformas, quedará destruido para siempre el secreto con que se siguen los procesos en todos los tribunales, privándose así al acusado de los elementos para defenderse ampliamente. Si el acusador, sea la sociedad por medio del ministerio público, o un particular, tiene libertad completa para acumular todos los datos que haya contra el acusado, es la mayor iniquidad que a éste se le pongan trabas

¹⁷⁶ Idem. Pág. 883

¹⁷⁷ Idem. Pág. 903

para su defensa, cuando ya la privación de su libertad le coloca en una situación muy desventajosa respecto de la parte acusadora.

El artículo establece la publicidad para todas las diligencias de un proceso; autoriza al acusado para presenciarse, con asistencia de su defensor, y obliga a los jueces y al Ministerio Público a facilitar todos los datos que necesite el acusado para su defensa. Pero, además, contiene el Proyecto tres grandes innovaciones plausibles en el más alto grado, prohíbe que se obligue a declarar al acusado en su contra por medio de la incomunicación o por cualquier otro medio; fija el máximo del término dentro del cual debe pronunciarse la sentencia en juicios del orden criminal, y pone la libertad bajo fianza al alcance de todo acusado, cuando el delito que se le impute no tiene señalada una pena mayor de cinco años. Las razones que justifican esas reformas están consignadas con toda claridad en el informe del C. primer jefe, que acompañó al presentar su Proyecto de Constitución; en obvio de la brevedad, la Comisión omite transcribirlas.”

Asimismo el Mensaje de Venustiano Carranza, fechado en la ciudad de Querétaro el primero de Diciembre de 1916, señala en su vigésimo séptimo párrafo: “El artículo 20 de la Constitución de 1857 señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violadas, literalmente al lado de ellas, se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aún de los mismos agentes o escribientes suyos.”¹⁷⁸

4.4.2 REFORMAS

Dentro del Debate en la sesión del 18 de Octubre de 1984, acerca de la iniciativa de la fracción I del Artículo 20 Constitucional, resaltan los siguientes comentarios, como visión del poder legislativo para el uso del lenguaje jurídico, la educación y el sistema laboral del país para evitar la delincuencia.

¹⁷⁸ Valdez Delgadillo, Daniel Octavio, “Análisis de la fracción VIII del artículo 20 Constitucional sus antecedentes algunos criterios jurisprudenciales”
http://www.poder-judicial-bc.gob.mx/admonjus/n28/AJ28_002.htm

El C. Diputado Alberto Salgado Salgado manifiesta¹⁷⁹ ...la justicia en su sentido lato, que es aquella que consiste en reconocer el derecho de los demás en el ámbito económico, cultural y social y dentro de ese concepto de justicia lato está el concepto de justicia que ahora estamos examinando y que la ciencia del derecho de manera exhaustiva contiene esa reglamentación y que es como la definición tradicional lo ha venido sosteniendo, en dar a cada quien lo que le corresponde. Pero no podemos dejar pasar desapercibido un ingrediente, un elemento importante dentro del concepto de justicia que es el sentido de la equidad y que los estudiosos del derecho lo han definido como la justicia en concreto.

El sentido equitativo que debe de prevalecer en las leyes, que son normas de conducta obligatorias, que establecen derechos y obligaciones y que están destinadas a producir esa armonía social y económica y que como consecuencia las leyes deben estar redactadas en provecho de las mayorías, deben ser útiles, deben ser *claras* y sobresalientemente equitativas.

La ley solamente es un medio, pero muchas veces no se confía en esos fines, porque la ley no se aplica igualitariamente...muchas veces si nosotros retrotraemos nuestro pensamiento y evocamos a pensadores que de manera sincera y profunda han tratado de aportar soluciones de la complejidad, *nos fascina la complejidad* aunque no la entendemos, y no se admite que las mentalidades profundas siempre han hablado y continuamos hablando en *sencillísimo lenguaje*, y al efecto me acuerdo de una sentencia de Pitágoras que explicaba los disturbios en los jóvenes de aquella época y decía, esos disturbios hay que achacarlos a la mala educación que se les da a los menores, porque convertidos en ciudadanos son gente que no tiene formación ética, que no saben distinguir más que valores monetarios y que desconocen el sentido práctico de la confraternidad.

Y si en los hogares mexicanos no se ha cumplido con la educación de los menores por falta de una orientación adecuada, por falta de saber jerarquizar los valores y anteponer los materiales a los éticos, anteponer los valores egoístas a los valores altruistas o solidarios;

¹⁷⁹ Cámara de Diputados LVII Legislatura. Ob cit. Pág. 949 a 951

fomentar el egoísmo en la gente, ése es el producto que después se va a convertir en antisocial. No es pues la sola ley la que va a producir el fenómeno de solución de esta problemática social, pero el estado debería tener a cargo de él educar al individuo, pugnando porque las costumbres sanas prevalezcan y si alguno de ustedes ha ido por ejemplo a AGUASCALIENTES en su famosa FERIA DE SAN MARCOS, podrá advertir que en un lapso de 15 o 30 días se desata el alcoholismo y el gobierno que propicia y fomenta el vicio, está propiciando el incumplimiento de la ley, está propiciando la desarmonía social. No está cumpliendo con otra función más que no solamente en administrar socialmente el conglomerado, ni tampoco de distribuir sus ingresos. Es una de las omisiones importantes que los gobiernos revolucionarios han descuidado: educar al pueblo, vigilar que sus costumbres estén ajenas a los vicios. Pero si vemos que un gobernador de Aguascalientes continúa sancionando la ebriedad pública y la comisión de delitos, porque eso se puede constatar en la prensa local, no hay términos para que funcionen los establecimientos en donde expiden bebidas alcohólicas. Y a las 5 ó 6 de la mañana el individuo que ha perdido el control de su conciencia, se convierte en un individuo agresivo, demencial. Hasta aquí la cita del C. Diputado Salgado.

Como breve comentario a la expresión del Diputado Salgado, es que han pasado algunos años y Aguascalientes sigue igual. Esa es la fama internacional alcanzada.

El C. diputado David Orozco Romo, por su parte comenta: Me preocupó el argumento del diputado Castellón, de que se establecían, según su expresión, dos parámetros. Un pequeño reproche a los que usaron esa palabra, abogados que han subido a la tribuna, de que el lenguaje jurídico es uno de los últimos reductos el idioma y que este término tan propio de comunicólogos, administradores de empresas y economistas, pues *utilicemos mejor criterios jurídicos, aunque no siempre nos salgan en tribuna.*¹⁸⁰

En otro orden de ideas tenemos el comentario del C. diputado David Sánchez Pérez ... Yo estoy de acuerdo en que para poder cambiar la situación de degradación moral, social que

¹⁸⁰ Idem. Pág. 954

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

existe en nuestro país, debe cambiarse el sistema educativo, el cultural, el mismo sistema laboral para que haya más equidad, solamente así dejará de haber grupos de esos a los que se refieren aquí en una forma encubierta o como dijeron en la Comisiones, aunque no asistí, señor Caballero, a los “Panchitos”, edúquenlos, denles trabajo, óiganlos, denles la oportunidad de ser ciudadanos y dejarán de ser maleantes.

Yo podría devolvérselas, también entre las clases sociales ricas hay maleantes, nada más que esos son protegidos por su Constitución y pues ustedes, y aquí, en vez de citar a los “Panchitos”, yo citaría a los “Durazos”, a los “Echeverrías” y a otros. También hay maleantes entre las clases sociales altas.

Aquí seguiremos criticando, porque entonces no tendría ningún caso la lucha de tantos que perdieron la vida para tener esta institución. Aquí nos dan el derecho de la crítica. Y no nos impongan el derecho a la mordaza. Si ustedes lo tienen en su partido, como una institución, respétenla. Pero no nos la impongan a nosotros, nos estarían castrando mentalmente. Estarían evitando que el único instrumento que puede utilizar este pueblo civilizado para desarrollar y mejorar, pudiera ser utilizado.¹⁸¹

Con esta aportación tan ilustrativa, se muestra que el pensamiento para incriminar siempre es hacia la clase pobre, tanto en sentido económico, educativo, laboral, etc. El señalamiento social es algo que no se ha superado, colocándose en una discriminación para aquel que necesita más apoyo. Si bien es cierto se implementan programas sociales –de beneficencia pública, pero quiénes son realmente los beneficiarios, los amigos de quienes detentan el poder y unos cuantos debatidos por la pobreza, para decir al pueblo que se apoya a los desprotegidos y así ganar votos para las próximas elecciones populares. Sin duda al sistema le conviene mantener una clase social a la que pueda señalar como delictiva y servirse de ella para sustentar su trabajo y poder. Por lo tanto, el problema no es de la ciudadanía, sino que es parte de un problema que mantiene el propio Estado, el cual a su vez es una solución del Gobierno, para mantenerse en el poder.

¹⁸¹ Idem. Pág. 955 a 956

4.4.3 TRAYECTORIA DEL ARTÍCULO

Es curioso resaltar que gran parte de las diversas *reformas* al artículo 20 Constitucional, tratándose de los derechos del inculpado, van orientadas a la fijación del monto de la fianza. Considero que con la bandera de otorgar un derecho ligado a los ingresos del inculpado y al tipo de delito que se le señala, no puede evitar la atención del gobierno hacia la captación de recursos económicos, aprovechando el dolor del detenido y su familia.

Ahora bien, con esta última reforma al artículo 20 constitucional, del pasado 18 de junio del año en curso, al quitar la fianza gracias a la presunción de inocencia, la privación preventiva ya no tiene lugar. Es interesante ver cómo el Estado actuará al prescindir de este ingreso. Tal vez es poco lo que deja de percibir, pero “la casa nunca pierde”.

El artículo 20 constitucional ha tenido las siguientes reformas constitucionales:¹⁸²

MIGUEL ALEMAN VALDEZ, Presidente de México, 1º-XII-46/30-XI-52

Diario oficial, 2-XII-48

Se faculta al juzgador para que fije el monto de fianza cuando la pena del delito no sea mayor de 5 años de prisión en su término medio aritmético.

La fianza no excederá de \$250,000.00 salvo que represente beneficio económico para el autor del delito o cauce a la víctima un daño patrimonial.

MIGUEL DE LA MADRID HURTADO, Presidente de México, 1º-XII-82/30-XI-88

Diario oficial, 14-I-85

Se establece que para conocer o negar la libertad provisional bajo caución el juzgador tomará también en cuenta las modalidades de la comisión del delito. Flexibilidad además,

¹⁸² Idem. Pág. 971 a 974

el monto de la caución en base al equivalente a la percepción al salario mínimo general vigente en el lugar que se cometió el delito, monto que podrá incrementarse hasta el equivalente al salario mínimo vigente.

Se establece también la facultad del juzgador para asegurar la reparación de los daños o, en su caso los perjuicios patrimoniales con una garantía, cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido y a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

CARLOS SALINAS DE GORTARI, Presidente de México, 1º-XII-88/30-XI-94
Diario Oficial, 3-IX-93

Se establece que el monto y la forma de la caución deberán ser asequibles al inculpado. Cuando así lo determine la ley se podrá disminuir el monto de la caución inicial.

Se faculta al juez para revocar la libertad provisional por incumplimiento grave del procesado.

Queda prohibida toda intimidación y tortura. La confesión rendida a cualesquiera personas, que no sea el juez o el Ministerio Público, y ante éstos sin defensor no tiene ningún valor probatorio.

Desde *el primer momento* se informará al procesado de los derechos que le concede la Constitución. Tendrá derecho a una defensa adecuada.

Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX se observarán también en la averiguación previa.

En todo proceso penal la víctima y ofendido tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le repare el daño y a coadyuvar con el Ministerio Público.

Cabe señalar que hasta antes de las reformas de 1993, la víctima era totalmente ignorada, lo que traía como consecuencia que los procesos penales y sobre todo la protección constitucional, sólo se ocupaba del inculpado y dejara en un doloroso desamparo a las víctimas u ofendidos del delito.¹⁸³

ERNESTO ZEDILLO PONCE DE LEON, Presidente de México, 1º-XII-1994/30-XI-2000
Diario oficial, 21-IX-2000

Se agregó la categoría se garantías de la víctima u ofendido.

El Estado mexicano, atento al desarrollo de la cultura de los derechos humanos y al interés que diversos sectores de la sociedad han mostrado en la consolidación y la ampliación de las garantías individuales en materia penal, ha venido perfeccionando los mecanismos por los cuales los particulares encuentren en la norma jurídica, tutela y protección respecto a los actos de las autoridades encargadas de la impartición de justicia.

FELIPE DE JESUS CALDERON HINOJOSA, Presidente de México, 1º-XII-2006/30-XI-2012
Diario oficial, 18-VI-2008

Reforma 18 de Junio de 2008.

Se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La reforma es a todo el sistema de justicia penal, donde se contempla diversas modificaciones en temas como el arraigo antes de la sujeción a proceso, la prisión antes y durante el juicio, confidencialidad de datos de víctimas o testigos, intervención de

¹⁸³ Herrera Ortiz, Op. cit. Pág. 197

comunicaciones privadas, acceso a información reservada para los casos de delincuencia organizada y la inclusión de los juicios orales, los cuales permitirán agilizar la presentación y argumentación de las pruebas con el resultado de contar con procesos más rápidos y ordenados.

Se prevé un plazo máximo de ocho años para implementar todo lo relacionado con el nuevo sistema de justicia mexicano, según consta en el artículo segundo transitorio: “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 del plazo de ocho años, contados a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.”¹⁸⁴

Asimismo en el artículo noveno transitorio fomenta a comenzar a trabajar desde ahora, pues dispone que dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto se creará una instancia de coordinación integrada por representantes de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, además del sector académico y la sociedad civil, así como de las Conferencias de Seguridad Pública, Procuración de Justicia y de Presidentes de Tribunales, la cual contará con una secretaría técnica, que coadyuvará y apoyará a las autoridades locales y federales, cuando así se lo soliciten.

El Mtro. Álvaro Vizcaíno Zamora, secretario general académico del Instituto de Ciencias Penales, con motivo de la reforma del 18 de junio de 2008, manifestó que “las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso de la Unión es la más importante en lo que a justicia penal se refiere y se trata de la transformación más importante desde 1917.”¹⁸⁵

4.5 REFORMA AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

El tema en estudio para efectos del presente trabajo de tesis, se remite a la reforma del Apartado A, actualmente Apartado B, del Artículo 20 Constitucional, por lo que se refiere a

¹⁸⁴ DOF 18/06/2008

¹⁸⁵ Primer Foro de Análisis, Estudio y Capacitación del Nuevo Sistema de Justicia Penal, a cargo del Instituto Nacional de Ciencias Penales. En la Ciudad de Yucatán. Procuraduría General de Justicia del Estado de Yucatán. <http://www.pgj.yucatan.gob.mx/cgis/news.cgi?folio=80>

los derechos del imputado. De ahí que realizo a continuación un estudio comparativo de estas garantías constitucionales.

No sin antes resaltar la incorporación de los principios generales que se adoptan en materia penal y seguridad pública en el ahora apartado A del artículo 20 Constitucional, pues ello viene a cambiar la aplicación del sistema procesal escrito semi-inquisitivo (aún vigente en Aguascalientes¹⁸⁶), por el sistema acusatorio -oral.

Se espera que este cambio de sistema fortalezca los principios del debido proceso, tanto para la víctima como para el imputado. Se argumenta que los juicios orales permiten más transparencia, equidad entre las partes, inmediatez y publicidad.

Los modelos de corte inquisitivo parten de la presunción de que la persona indiciada es culpable de la comisión de un delito en tanto no se pruebe lo contrario. En este tipo de sistemas, el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o en cualquier caso, limitados los principios de contradicción e inmediación, restringiendo el derecho a una adecuada defensa. Por su parte, el sistema acusatorio resulta propio de regímenes democrático-liberales, donde la libertad y la dignidad del ciudadano ocupan un lugar preferente en la protección brindada por el ordenamiento jurídico. Por tanto, los regímenes democráticos utilizan sistemas procesales en los que imperan principios penales, tales como la relevancia de la acusación, la imparcialidad del juez, la presunción de inocencia y el esclarecimiento judicial de los hechos; así como la oralidad, la inmediación, la publicidad y la contradicción como principios rectores del proceso penal.¹⁸⁷

Asimismo se argumenta expresamente la presunción de inocencia en el texto constitucional reformado. Como también el elevar la calidad de la defensa, eliminando la posibilidad de

¹⁸⁶ Cabe señalar que en materia de adolescentes infractores se presenta ya su implementación con un muy buen avance que servirá de empuje para introducir el sistema de justicia acusatorio ora en el sistema para adultos.

¹⁸⁷ Treviño López, Ernesto, *Acciones y retos en materia de seguridad pública*.
<http://www.fundar.org.mx/pdf/avancesyretos/09.pdf>

que un imputado pueda ser representado por una persona que no sea Licenciado en Derecho; para ello se elimina la figura de “persona de confianza”.

De igual manera se busca garantizar que todas las declaraciones del imputado sean ante el juez y en presencia de su defensor.

Además las reformas dirigidas al orden jurídico en materia de justicia penal federal también plantean una atención comprometida a las víctimas del delito, a la reparación del daño.

México se ha planteado verdaderos compromisos no solo a nivel nacional sino a nivel internacional en la procuración y administración de justicia. Con una visión más respetuosa de los derechos humanos, y por ello se busca una investigación penal más comprometida, más seria, más profesional; donde no se detenga para investigar, sino que se investigue para detener.

La realidad muestra que hay miles de delincuentes gozando de su libertad, por las malas integraciones de expedientes, por el abuso de formalismos, por el interés económico y político, entre otras variables.

Se busca que el Derecho verdaderamente de respuesta y mayor certeza jurídica a los ciudadanos y en consecuencia se logre mayor credibilidad en las Instituciones.

Con la implementación del sistema acusatorio en materia penal, es de aplaudirse que exista inquietud por conocerle, porque se refleja avance en el interés y no estancamiento o apatía. Pues no basta con hacer una reestructuración de sistemas o hasta de edificios, si no estamos dispuestos a hacer un cambio serio en nuestro actuar.

La adopción de un nuevo sistema no es una labor fácil. Si queremos verdaderamente adentrarnos en la modernidad, si queremos vivir en un régimen que respete los derechos fundamentales.

4.5.1 PRINCIPIOS DEL SISTEMA ACUSATORIO

El Artículo 20 Constitucional señala que el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

La Lic. María del Rosario Garza Alejandro –Juez primero de Juicio Oral en Nuevo León, señala cuales son y en que consisten los principios que rigen a los “juicios orales”.¹⁸⁸

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León, en los artículos del 553 al 600, prevé las reglas y formalidades para este nuevo Procedimiento Oral Penal.

Se establece que dicho procedimiento ante los órganos de jurisdiccionales será preponderantemente oral, se realizará sobre la base de la acusación y se regirá por los principios de: oralidad, inmediación, publicidad, contradicción, concentración y continuidad.

- La **Oralidad**, en este tipo de procedimientos, permite que el desahogo de la prueba, los argumentos de las partes y objeciones sean expuestas ante el juez en forma oral, los testigos declaren de viva voz, los peritos expliquen sus dictámenes igualmente de viva voz, los documentos son leídos en esa audiencia, las inspecciones son descritas por las personas que intervienen en ellas, las fotografías videos y objetos son descritos, explicados y narrados por testigos, cuyo registro de todo lo anterior queda en vídeo grabación (DVD). Solo las resoluciones que constituyen actos de molestia constarán por escrito.
- La **inmediación**, permite que el Juez se vincule con las partes, dirija el proceso y presencié la práctica de las pruebas en la audiencia. Con este principio se busca que todas las pruebas que forman la convicción del juez sean desahogadas y controvertidas en su presencia, así como las conclusiones que las partes expresarán,

¹⁸⁸ Garza Alejandro, María del Rosario, *El Juicio Oral Penal en el Estado de Nuevo León*, Quid Juis, Revista Jurídica del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Colima, No. 10, 2ª Época, año 2006, Págs. 36-40.

de tal forma que el juez pueda contar con información de calidad, ya que la obtendrá de su fuente original, y así puede valorar la credibilidad de esa fuente, como la actitud del testigo al declarar, su tono de voz y el tiempo que tarda en responder.

- La **publicidad**, con la cual se cumple a cabalidad con el precepto Constitucional previsto en el artículo 20-A, fracción VI de la Carta Magna y que a la letra dice: “será juzgado en audiencia pública por un juez...” y que no sólo se refiera a la parte decisiva de hacer pública la sentencia, sino comprender además la parte cognoscitiva, que implica el conocimiento en audiencia pública de las pruebas que integran el proceso y que se tomarán en cuenta para emitir la sentencia definitiva, ya que el hacer pública la función jurisdiccional es en realidad cumplir con el derecho que la sociedad tiene de conocer dicha función.
- La **contradicción**, se refiere a privilegiar el derecho que tienen las partes de oponerse a la admisión de medios de prueba obtenidos ilícitamente, o inconducentes para los fines del proceso, de que los testigos y peritos declaren en su presencia, a quienes podrán examinar y contra examinar, es decir es el derecho a controvertir los medios de prueba ofrecidos por las partes.
- Mediante la **concentración** se pretende que todas las pruebas deban desahogarse, introducirse y controvertirse, preferentemente en una misma audiencia, de esa forma el juzgador tiene una íntegra percepción del caso, y podrá resolver con mayor precisión facilidad y prontitud de sentencia.
- La **continuidad** precisa que los hechos objetos de petición o de controversia se deben de tramitar en tantas audiencias continuas sean necesarias para resolver en forma definitiva en el menos tiempo posible.

Comparativo del sistema de juicios orales frente a los vicios del escrito.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Canales, Ernesto; *Los juicios orales ante el sistema actual*. Metrópoli 2025, Octubre 2006, Año I Número 10, pág. 4, www.metropoli.org.mx

Sistema de Juicios Orales	Sistema Escrito
Son abiertos al público y promueven la transparencia	Son cerrados y generan corrupción
Generan credibilidad y confianza pues la información que en ellos se obtiene es valorada directamente por el Juez	Crean incertidumbre y desconfianza al ser gente no profesional (escribientes) la que valora la información que se genera
Se garantiza la participación activa del acusado y la víctima	Se limita el derecho a la defensa y la participación directa de la víctima
Dan orden, unidad y son expeditos en su desahogo. Como referencia, el primer juicio oral en Nuevo León duró 2 meses y 20 días	Son muy lentos e informales. El promedio de duración de un juicio oscila entre 1 y 3 años
Promueven el uso de salidas alternas a juicio a fin de mejorar el sistema de justicia	Sacrifican la conciliación entre las partes y no prevén salidas alternas, lo que impide brindar una justicia eficiente
Prevén el uso de la prisión preventiva de forma racional	Aplican de manera automática la prisión preventiva

Unas palabras respecto de prisión preventiva y la presunción de inocencia

Un principio de libertad bien establecido en la Constitución debe precisar la presunción de inocencia y, en consecuencia, limitar de forma importante la posibilidad de la prisión preventiva. Sobre la presunción de inocencia Luigi Ferrajoli apunta: “Si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias, la presunción de inocencia no sólo es una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa “seguridad” específica ofrecida por el Estado de derecho y que se expresa en la confianza de los

ciudadanos en la justicia; y de esa específica “defensa” que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.”¹⁹⁰

El principio de inocencia –la presunción de inocencia- ha sido formulado desde su origen, como un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella y proveer a la necesidad de seguridad jurídica.¹⁹¹

Tal principio consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, a tenor del artículo 11.1 que 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 en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". El espíritu de la declaración, es que, se reconozca que la persona sospechosa no podía ni tenía porque perder sus libertades y derechos fundamentales.¹⁹²

La presunción de inocencia pertenece sin duda a los principios fundamentales de la persona y del proceso penal en cualquier Estado de Derecho. Es por ello, que a toda persona imputada, debe reconocérsele el "Derecho subjetivo ser considerado inocente"¹⁹³.

La presunción de inocencia, calificada también como un estado jurídico¹⁹⁴, constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Lejos de ser un mero principio teórico de Derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; “Es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio”.¹⁹⁵

¹⁹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 6ª. Ed. Madrid, Trotta, 2004, p. 549 cita por Carbonell, Ob. Cit.

¹⁹¹ Claria Olmedo, Jorge; *Tratado de Derecho Procesal Penal, T.I., Nociones Fundamentales*, Ed. EDIAR S.A., Buenos Aires, 1960; p. 232. Cita por Cárdenas Ruíz, Marco. *La presunción de Inocencia*. Revista electrónica de derecho penal, derecho procesal penal y criminología/procesal/presunción de inocencia. Derecho Penal Online. <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14.206.0.0.1.0>

¹⁹² Cárdenas Ruíz, Ob. cit.

¹⁹³ Sánchez Velarde, Pablo; *Comentarios al Código Procesal Penal*; Edit. IDEMSA, Lima, 1994; p. 102; y SAN MARTIN CASTRO, CÉSAR; *“Derecho Procesal Penal”*. 2 Edición. Editora Jurídica Grijley. 2003, p.114. Cita Cárdenas Ruíz, Ob. cit.

¹⁹⁴ Es un estado que solo puede ser invalidado mediante condena firme, y que dentro del proceso pone límites a la actividad coercitiva, considera al imputado como un sujeto procesal con inviolable derecho a la defensa y lo libera de la carga de la prueba. ORÉ GUARDIA, ARSENIO; *“Manual de Derecho Procesal Penal”*, Ed. Alternativas. 1996, p.37. Cita Cárdenas Ruíz, Ob. cit.

¹⁹⁵ Cubas Villanueva, Víctor. *“El Proceso Penal. Teoría y Práctica”*, Palestra Editores, 1997, p.25. Cita Cárdenas Ruíz, Ob. cit.

4.6 DE LOS DERECHOS DEL INculpADO

El derecho de defensa es aquel que tiene el inculpado para oponerse a la acusación. De ahí que se le reconozcan determinados derechos para hacer frente a la denuncia y proceso que se entabla en su contra.

El concepto de defensa, junto con las nociones de acción y jurisdicción, son los tres pilares básicos sobre los que descansa la idea misma del proceso penal como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del Estado, la libertad individual y las exigencias de la correcta y válida administración de justicia dentro del Estado de Derecho.¹⁹⁶

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 que ésta.

El derecho de defensa comprende, a su vez, una serie de derechos, como son: derecho a ser informado de la acusación, derecho a rendir declaración, derecho a ofrecer pruebas, derecho a ser careado, el derecho a tener defensor y el derecho a ser juzgado.

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

Veamos ahora el contenido específico que se contiene en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como aquellos derechos mínimos, que deben respetarse a toda persona que se coloca en el supuesto de inculpado.

¹⁹⁶ Zamora – Pierce, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, Ed. Porrúa, Novena Edición, México 1998, Pág. 255 y ss.

DERECHOS DEL INCULPADO	
(Artículo 20 Constitucional)	
Previo a la Reforma	Reforma 18 de junio 08
<p>Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:</p>	<p>Artículo 20.- El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.</p>
<p>A. Del inculpado:</p>	<p>B. De los derechos de toda persona imputada:</p>
<p>I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.</p> <p>El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en</p>	<p>I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;</p>

DERECHOS DEL INculpADO	
(Artículo 20 Constitucional)	
Previo a la Reforma	Reforma 18 de junio 08
<p>cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.</p> <p>La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;</p>	
<p>II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;</p>	<p>II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;</p>
<p>III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;</p>	<p>III. A que se le <i>informe</i>, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.</p> <p>La ley establecerá beneficios a favor del</p>

DERECHOS DEL INculpADO	
(Artículo 20 Constitucional)	
Previo a la Reforma	Reforma 18 de junio 08
	inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;
IV. Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del Apartado B de este artículo;	IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;
V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite siempre, que se encuentren en el lugar del proceso;	V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo. En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;
VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y	VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el

DERECHOS DEL INculpADO	
(Artículo 20 Constitucional)	
Previo a la Reforma	Reforma 18 de junio 08
<p>escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación;</p>	<p>proceso.</p> <p>El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;</p>
<p>VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;</p>	<p>VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;</p>
<p>VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;</p>	<p>VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y</p>

DERECHOS DEL INCULPADO	
(Artículo 20 Constitucional)	
Previo a la Reforma	Reforma 18 de junio 08
	<p>éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y</p>
<p>IX. Desde el inicio de su proceso <i>será informado</i> de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por si, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y</p>	<p>IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.</p> <p>La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.</p> <p>En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.</p>
<p>X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.</p>	

DERECHOS DEL INculpADO	
(Artículo 20 Constitucional)	
Previo a la Reforma	Reforma 18 de junio 08
<p>Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.</p> <p>En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.</p>	
<p>Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.</p>	

La esencia valorativa del contenido de ambas versiones del artículo 20 en lo relativo a los derechos del inculpado, recogen derechos humanos, reconocidos de antaño por Declaraciones Universales de Derechos Humanos que aún siguen vigentes, así como tratados internacionales que han sido signados por México, en la materia como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica - ratificada por México el 24 de marzo de 1981.¹⁹⁷ Lo que resalta es el cambio en la forma en que se garantizan, lo cual es el paso del sistema inquisitorial al sistema acusatorio. Asimismo el que se presuma la inocencia mientras no se declare responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa, es sin duda el mayor aporte, un reto para las autoridades y también para la sociedad; se avanza en formar personas más responsables de sus actos, no es una tarea solo de las autoridades, sino también de la sociedad, definitivamente no es una tarea fácil.

¹⁹⁷ <http://www.sre.gob.mx/derechoshumanos/docs/15.pdf>

Los derechos del inculpado se concentran por lo tanto en que se le tenga informado –de sus derechos, de la naturaleza y causa de la acusación, así como facilitarle datos para su defensa; el rendir declaración; el ofrecer pruebas y el tener defensor.

El orden en que presento mis comentarios de los derechos del inculpado, siguen una ruta que permite clarificar el camino en que se presentan unos y otros, que si bien no se excluyen sino que se complementan, ayuda a tener un mejor entendimiento de éstos y no confundir en el avance que se presentan; es decir la ley suprema establece los derechos en un orden con toque de confusión, dándose la impresión de que son bastantes los derechos. La redacción como se exponen implica seguir un camino de avance y retroceso; pareciera decir tienes este derecho y este otro, ah pero respecto al derecho anterior tienes otro derecho que en el orden procesal le antecede o bien que “robustece”. No digo que se esta fuera del campo, pues se está en el terreno de los derechos del inculpado, pero en la práctica el cómo se transmiten –si es que se hace, el orden es importante para tener el inculpado –quien no siempre es un perito en Derecho, un mejor conocimiento y ejercicio de sus derechos Más aún cuando él es quien será privado de su libertad.

1. Derecho a ser informado (de hechos y de derechos).

Para mí este derecho es esencial, pues puede haber derechos muy amplios a favor del inculpado, pero si estos no se le dan a conocer, que gana con tenerlos; las garantías individuales no son para dejarlas impresas en un documento -que es la Constitución, éstas tampoco van dirigidas a que las conozcan solo los abogados, los derechos van dirigidos a todo ciudadano, sea de la condición social, educativa, laboral, étnica, que sea.

Gracias a la eliminación de clases de civismo en las escuelas de educación básica, la apatía contra esta área de conocimiento se volvió mayor, lo curioso es que esta acción es maquinada y respaldada por el propio Estado que nos gobierna. Tuvieron que pasar veinticinco años para que la actual titular de la Secretaría de Educación Pública, Josefina Vázquez Mota, anunciara el regreso de los libros de civismo y ética en las escuelas

públicas.¹⁹⁸ Estos temas, sin duda ayudarán a construir mejores ciudadanos, exigentes para el Gobierno claro esta, pero hay que enfrentar el reto de saber responder a las exigencias.

Por lo tanto es muy importante que se les den a conocer con la seriedad debida por la autoridad competente los derechos -que en la materia que nos ocupa, tiene el inculpado. Además si el inculpado no conoce la información -de quien le acusa, de sus derechos, del desarrollo del proceso a que será sometido, etcétera; solo participará siguiendo la corriente que lo empuja. Se habla pues del derecho a ser informado de los derechos que tiene el inculpado –primera parte de la fracción IX del Artículo en mención.

Pero parece que eso es lo que quiere el Estado, que no se conozca, para que no se cuestione. Si no me solicitas, pues no te doy. Es tanto como mostrarle un perla y decirle es tuya, pero no la toques, solo es para que el pueblo y los otros países sepan que tenemos “perlas –como derechos” (lindos y de de poco uso).

Además se cree que con leer y no explicar se cumple con la disposición legal de dar a conocer, en todo caso que le explique el defensor o por que no, sus propios compañeros de celda. Sin bien se le dice al inculpado información parcial, lo que genera confusión, provoca resentimiento, odio, venganza. Sentimientos que mantiene el propio Estado para la descomposición social. Pues le conviene tener a ese grupo social, porque es el que le genera en buena parte los discursos a la hora de las elecciones populares.

Por lo que podemos decir que hacer el trabajo con responsabilidad, con apego legal y con calidad tanto profesional como humana, el dar a conocer, el informar, no es solo leerle. El explicar no es contrario a derecho. Pues la Constitución consagra derechos mínimos, que los penalistas han confundido con la exacta aplicación de la ley, para conveniencia de hacer un trabajo de rutina. Como ejemplo, no sabemos leer en beneficio del inculpado, se olvida que la propia Constitución señala en su artículo 14, que la exacta aplicación legal es para la imposición de penas solamente, no para el resto del procedimiento.

¹⁹⁸ Organización Editorial Mexicana, Periódico El Sol del Bajío (<http://www.oem.com.mx/oem/>), “Regresan libros de Civismo y Ética en escuelas públicas”. 19 de agosto de 2008.

El derecho a ser informado de los derechos que le asisten, así como de quien le denuncia; tiene como intención garantizar que las autoridades que están conociendo del caso, le deberán de dar todas las facilidades que necesite para preparar su defensa, por lo que pondrá a su disposición todas las actuaciones judiciales, así como todos los datos que solicite.

En buena lógica, el primer derecho del reo consiste en conocer la acusación. Si se le mantiene ignorante de ella, se le imposibilita la defensa. Por ello, el artículo 20 (FRACCION VII) ordena que le sean “facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso”. Y la Ley de Amparo (art. 160, frac. VIII) establece que, en los juicios de orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso: “Cuando no se le suministren los datos que necesite para su defensa”.¹⁹⁹

El artículo 20 se refiere una vez más al derecho del reo a ser informado de la acusación. Dice en su FRACCION III: “se le hará saber, en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.”

La fracción transcrita consagra el derecho del reo a ser informado de la acusación dentro de una serie de condiciones de forma: en audiencia pública; de tiempo: dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia; de contenido: el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación; y le fija a esta información una finalidad específica: que el reo conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria.

También la ley de Amparo (art. 160 fracción I) afirma que, en los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a

¹⁹⁹ Zamora – Pierce, Ob cit., Pág. 255 y ss.

las defensas del quejoso, cuando no se le haga saber el motivo del procedimiento o la causa de la acusación y el nombre de su acusador particular si lo hubiere.

González Bustamante señala que debe también hacerse saber al indiciado “la naturaleza y causa de la acusación”. Por naturaleza de la acusación debemos entender el delito por el cual se le consignó ante la autoridad judicial. Pero el Constituyente evitó intencionalmente el empleo de la palabra delito, por cuanto es un término técnico cuya comprensión pudiera escapar al procesado. Por esto quiso el legislador que el juez emplease los términos más sencillos y adecuados al hacer saber al inculcado el hecho punible que se le atribuye para facilitarle su comprensión²⁰⁰

Difiero en parte de esta apreciación del Maestro González Bustamante, pues sinceramente creo que el término hecho punible no es más sencillo para la comprensión del inculcado una vez que no son palabras de uso común en su lenguaje diario. Comprendo que cobijados por el lenguaje jurídico penal, el concepto de delito es más complejo por todo el camino que debe recorrerse para poder establecer que existe el delito, lo cual es hasta que se dicta la sentencia. Pero esto no lo comprende ni la sociedad en general, ni el indiciado en particular y nosotros ahí la llevamos.

Por otra parte resalto la visión del Maestro González Bustamante, que tiene al mencionar que el término técnico no es de fácil comprensión por el procesado; lo cual implica utilizar términos más sencillos y adecuados para el acusado, para facilitarle su comprensión. Muestra de que se reconoce que el lenguaje técnico jurídico no siempre es sano para la comunicación que debe haber entre Estado-Ciudadano, entre Autoridad-Inculcado.

Por lo que hace al derecho a ser informado, al establecer nuestra Constitución derechos a favor del inculcado penal, la autoridad que deba dar cumplimiento a esta disposición se enfrentará a una labor extrañamente semejante a un examen universitario, y, en el mejor de los casos, el inculcado escuchará un inventario de derechos que no podrá conservar en la

²⁰⁰ González Bustamante, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, Cuarta edición, México, Editorial Porrúa, 1967, pág. 151 Cita Zamora – Pierce, Ob. cit. Pág. 259.

memoria ni comprender. Tenemos conocimiento que las autoridades del Estado de Hidalgo, para dar cumplimiento al mandato constitucional, han redactado e impreso un folleto que entregan oportunamente al inculcado. Este parece ser el camino recomendable.²⁰¹

En suma el dotar de información al imputado –de los hechos y del derecho, debe garantizar el conocimiento efectivo que debe tener para posibilitar el ejercicio del derecho de defensa. Esta información debe ser previa o sin demora, es decir, realizarse antes de cualquier acto procesal.

Asimismo en el Código Penal Federal en su artículo 128 señala que de la información al inculcado sobre los derechos que le asisten, se dejará constancia en las actuaciones. Muestra de que no se confía del trabajo de las autoridades.

Unas breves palabras respecto a la reforma constitucional del 18 de junio del año 2008, al disponer en el párrafo III del apartado B del artículo 20, como salvedad para el caso de delincuencia organizada. Se establece que la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos personales del acusador.

Esta disposición es constitucional, pero contraria al principio de protección de la garantía de defensa; es decir es violatoria de las garantías consagradas en el artículo 20. No es comprensible, en un Estado democrático de derecho, que se le oculte al indiciado el nombre de su acusador, porque este conocimiento es necesario para que pueda contestar el cargo y rendir su declaración preparatoria. (En la Exposición de motivos se dice que no existe "necesidad lógica de hacerle saber [al indiciado] la forma en que, inicialmente la autoridad conoció su membresía delictiva"). Pudiera no haber "necesidad lógica" pero lo que sí hay es una obligación constitucional que para la delincuencia organizada es nula.²⁰²

²⁰¹ Zamora – Pierce, Ob. cit. Pág. 260

²⁰² De González Mariscal, Olga Islas, *El Ministerio Público ante la Delincuencia Organizada*, Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado Número 120. Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/inf/inf21.htm>

La justificación es política y social por el momento histórico en que se vive, pero jurídicamente rompe con los principios de Derechos Humanos. Ahora bien, la aglomeración social, respalda ese actuar del Estado.

Aunque se eleve a rango constitucional, el trato hacia la delincuencia organizada reduce las garantías a un auténtico derecho penal del “enemigo”. Aun y cuando se diga que se responde a la complejidad de las organizaciones delictivas. Asimismo lo señala Miguel Angel Mancera, Subprocurador de Procesos de la Procuraduría General de Justicia del DF publicado en La Jornada: “Está en juego el establecimiento de lo que a escala internacional se ha denominado derecho penal del enemigo, es decir, de excepción, en el que se elimina una cantidad importante de garantías ciudadanas para facilitar la actuación de la autoridad para combatir la delincuencia organizada”.²⁰³

Como pieza medular del presente trabajo de investigación es el derecho que se contiene en la Fracción IX y con la reforma pasa a la fracción III. La cual dispone: “A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el MP o el Juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten...”

El último párrafo del apartado A del artículo 20 constitucional vigente hasta antes del 18 de junio de 2008, que le da sustento a nuestra legislación penal, señala que estas garantías, le serán observadas durante la averiguación previa.

Por ello el derecho a ser informado va desde el inicio del proceso, al tener el primer contacto con la autoridad que en la etapa de averiguación previa recae en el Ministerio Público. Si el inculcado no tiene información principalmente de los derechos que le asisten se incumple con la disposición legal constitucional y además se le deja en estado de indefensión, aún teniendo el abogado defensor –uno de los derechos del inculcado.

²⁰³ La jornada, En juego que se imponga el “derecho penal del enemigo” 28 de abril de 2007. <http://www.jornada.unam.mx>

Este derecho a ser informado de los derechos, implica no viciar el derecho a una defensa adecuada. Asimismo, implica que el MP, autoridad ante quien se realiza la primera etapa del procedimiento penal, tendrá a cargo vigilar que el inculcado esté informado de todos los derechos que la Constitución establece en su favor. No se puede caer en el absurdo de supervisar, al que supervisa.

Por tanto desde el inicio del proceso el inculcado será informado de los derechos que en su favor consigna la Constitución y de los hechos que se le imputan, para poder tener el derecho operativo a una defensa adecuada.

2. El Derecho a tener Defensor

Otro de los derechos que dispone la ley suprema, es el que consigna la obligatoriedad de la defensoría, pues el juez tiene la obligación de requerir al inculcado para que nombre un defensor y sino quiere o no puede, la Constitución le impone al mismo juez la obligación de nombrarlo con cargo del erario del Estado.

El maestro Colín Sánchez, citado por Barragán Salvatierra nos dice: “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.”²⁰⁴

Margarita Herrera señala que “también tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera”; con esto se cubre la obligación de que el procesado, cuente con un defensor desde el inicio del proceso penal hasta el final del mismo. Pero además, obliga al defensor a comparecer tantas y cuantas veces como se le requiera.²⁰⁵

²⁰⁴ Barragan Salvatierra, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. Edit. Mc Graw Hill. México, 1999. Pág. 229. Cita por Martínez Cruz, Edgar; *El abogado defensor en la propuesta del Ejecutivo Federal* <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/040726165446.html>

²⁰⁵ Herrera Ortiz Op. cit. Pág. 107

Zamora Pierce coincide en decir que “se habla de una defensa adecuada, a que el defensor comparezca”.²⁰⁶

Según el diccionario de la Real Academia Española, *Comparecer*, es presentarse personalmente o por poder ante un órgano público, especialmente ante un juez o tribunal.²⁰⁷ El diccionario jurídico del Estado de Guerrero define que *Comparecencia* es presentarse físicamente ante el Juez o Tribunal para llevar a cabo un acto procesal, sea espontáneamente o por llamado del Juez.²⁰⁸

Concepto literal que desgraciadamente los defensor de oficio lo entienden y realizan en sentido reducido, como acto de presencia, lo cual empobrece su trabajo, pues es tanto como solo que vean que si vine, simplemente no se compromete. Por lo tanto no se desarrolla ni se hace efectivo el contenido y alcance de esta garantía constitucional a favor del inculcado. Además el inculcado, no siempre se atreve a inconformarse del servicio de defensa con su propio defensor.

Que daño hacen las malas interpretaciones. Para unos es una brillante aportación, en este caso para el Defensor de oficio, ya cumplí con estar presente, ya me voy. Pero para quien residente la falta de derechos –no digamos solo los de carácter procesal penal, cuanto daño hace.

El Estado puede argumentar que esta forma de actuar incumple con el Artículo 59 de la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes, vigente que dispone: “La Responsabilidad Profesional de Abogados, Defensores o Litigantes, consiste en: VI. Concretarse solamente a aceptar el cargo de defensor, de oficio o particular, y a solicitar la libertad caucional, sin promover más pruebas habiéndolas, ni dirigir al inculcado en su defensa”. ¿Pero esta disposición legal realmente la conoce el inculcado, para poderse inconformar?

²⁰⁶ Zamora – Pierce, Op cit. Pág. 265

²⁰⁷ Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=comparecer

²⁰⁸ <http://www.guerrero.gob.mx/?P=readart&ArtOrder=ReadArt&Article=301>

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Con la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, al estipularse que se tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado y al vincularse con lo dispuesto por el artículo 17 constitucional también reformado en la fecha señalada, al hablar de que las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público, se espera un mejor trabajo por los Defensores. Entonces se reconoce que el trabajo es deficiente. Con la nivelación de salario se espera que mejore.

Lo anterior, con la finalidad de asegurar la tutela jurídica de los gobernados para que cuenten con abogados de elevada calidad ética y profesional, en virtud de que el ejercicio de esta profesión exige asumir de manera cabal y responsable la defensa de los ciudadanos ante los tribunales.²⁰⁹

Según se verá en el resultado de la investigación realizada, se refleja el “trabajo” del Defensor de Oficio, ante la guardia que deben cumplir los domingos, para declarar los detenidos en la Agencia del Ministerio Público adscrito a Policía Ministerial.

Si bien es cierto a rango constitucional se dispone que esta garantía de defensa adecuada, se debe observar también durante la averiguación previa, me adhiero al comentario del Mtro. Guillén López quien señala que “la etapa de averiguación previa es la más vulnerable para la falta de respeto de garantías individuales del indiciado establecidas en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.²¹⁰ Menciono la etapa de averiguación previa, por ser el comienzo del proceso y si desde el inicio no se respetan los derechos, que calidad de sistema de justicia penal podemos esperar.

Por otra parte dentro de esta misma garantía se señala que en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. Con esta disposición legal, se confirma la garantía del último párrafo del Artículo 17, que prohíbe la prisión por deudas de carácter puramente civil, aunque en este párrafo de

²⁰⁹ Martínez Cruz, Ob cit.

²¹⁰ Guillén López, Ob cit. Pág. XIX

la fracción X del artículo 20 constitucional, se hace mención expresa a las deudas por honorarios de los defensores.²¹¹

En suma el derecho de defensa es la facultad de las partes de sostener sus posiciones y de contradecir los fundamentos del contrario. Es un derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se le concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano.²¹²

Con la reforma citada, se establece que para ser defensor de una causa penal, debe forzosamente ser un abogado.

Siguiendo al Maestro Lara Espinoza, en su comentario previo a la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, “No cualquier persona puede ser defensor en una causa penal, tales como: los que se hallen presos ni los que estén procesados. Tampoco podrán serlo los que hayan sido condenados por alguno de los delitos señalados en el capítulo II, título decimosegundo del Libro II del Código Penal, ni los ausentes que, por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber su nombramiento a todo defensor.

Fuera de esos casos, el inculpado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en Derecho o autorización de pasante, conforme a la ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del

²¹¹ Herrera Ortiz, Ob cit. Pag. 209

²¹² Vicente Gimeno Sendra. *Constitución y Proceso*. Ed. Tecnos. Madrid – España. 1998. Cita por Salas Beteta, Christian, *El Proceso Penal-Garantías Constitucionales*, <http://www.websjuridicas.com/modules/news/article.php?storyid=228>.

designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculpado en todo lo que concierne a su adecuada defensa.”²¹³

Por lo que hace a la autodefensa, ésta es inadecuada incluso en la hipótesis de que el procesado sea un experto en Derecho Penal. En primer lugar porque, involucrado personalmente en el problema que trata de resolver y teniendo en juego la libertad, el honor y el patrimonio propios, el procesado carece de la tranquilidad de ánimo necesaria para actuar como su propio defensor. Enseguida porque, frecuentemente privado de su libertad por las medidas de prisión preventiva, el procesado carece de la movilidad indispensable para una defensa eficaz.²¹⁴

3. Derecho a rendir declaración preparatoria –garantía a no inculminarse

Otro derecho es rendir declaración preparatoria, dentro del término de cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación, y además deberá realizarse en audiencia pública.

Una vez que conoce quien depone en su contra, los derechos que tiene para enfrentar el problema y quien le proporcionará a lo largo del proceso, la asesoría legal; es el momento oportuno para dar su versión de los hechos, para defenderse; asimismo este es el lapso para decidir sobre su derecho de si declara o guarda silencio en relación a los hechos. Lo cual tiene que decidirlo él por su propia voluntad una vez que es debidamente informado de los hechos y de los derechos que tiene, y no al ser inducido a ello por el Policía Ministerial, el Ministerio Público e incluso a pesar de la sugerencia y la forma en como se lo dice el Defensor de Oficio. Si bien es cierto tiene el derecho de que no podrá ser obligado a declarar, pero no por ello debe orillársele a que no declare, sin más explicación de que ante el juez puede declarar si lo desea. La decisión es y debe ser del “inculpado informado”.

²¹³ Lara Espinoza, Ob. cit. Pág. 295 y ss.

²¹⁴ Zamora–Pierce, Ob cit. Pág. 267

Tratándose del derecho a que no puede ser obligado a declarar, la Constitución concede el derecho a guardar silencio, esta garantía trata de mantener intacta la dignidad de todo ser humano.²¹⁵

La apreciación en la práctica es en el sentido de que la primera declaración es la que vale por la inmediatez de las declaraciones y cuando se quiere utilizar el silencio “el que calla otorga”. Lo cual es un criterio Absurdo.

La SCJN ha dicho sobre el Principio de Inmediatez de las Declaraciones, que debe interpretarse en el sentido que el declarante en su posterior versión de los hechos, busque beneficiarse, variando la declaración original, que produjo con más cercanía a la fecha de la realización de los hechos; y si la modificación posterior perjudica al que la hace, debe estarse a la misma, porque está en la naturaleza humana que el individuo tienda a evitarse perjuicio, buscando la preservación de su persona, por lo que cuando sucede lo contrario, siempre que esto sea verosímil, debe estimarse más apegado a la realidad histórica; de otra manera se llegaría al absurdo de que negando un ilícito, si después se acepta, tal aceptación no sería admisible.²¹⁶

Asimismo el hecho de no declarar, como no puede ser utilizado en contra del inculpado; es muy bien aprovechado por el Defensor de Oficio y el Ministerio Público –así se refleja en la etapa de averiguación previa, más aún cuando se trabaja en jornada de guardia, ya que conforme al estudio realizado les descarga su trabajo y concluyen más rápido con estas diligencias –“es domingo”. Máxime que cuando se inicia una investigación con detenido el término de 48 horas, para el Ministerio es ir contra reloj para su integración; eso no es justificación para dejar de observar el debido proceso en la diligencia.

En últimas fechas se da la impresión de que lo más importante en el procedimiento penal es acortar los tiempos de su desarrollo. Pareciera ignorarse que hay una finalidad más trascendente: la búsqueda de la verdad histórica cuyos resultados darán la pauta al juez para

²¹⁵ Herrera Ortiz, Ob cit. Pág. 201

²¹⁶ Localización: 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; IX, Marzo de 1992; Pág. 164; [T.A.]; <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/>

dictar sentencia (ahora, en el contexto de los juicios orales, se habla de verdad procesal que esté fuera de toda duda, es decir, que "exista una correspondencia próxima entre las proposiciones fácticas del caso y las proposiciones jurisdiccionales). En un enjuiciamiento penal, lo fundamental no es el ahorro de tiempo ni de trabajo para quienes administran justicia, lo importante es, precisamente, la impartición de justicia.²¹⁷

Al prohibir concretamente la incomunicación, la intimidación o la tortura, asegura que toda persona que esté sujeta a proceso penal, será respetada en su integridad física y mental, pero además concede el derecho de dar aviso de su detención a sus familiares, amigos o abogados, pues prohíbe la incomunicación.²¹⁸

Por otra parte para que la confesión sea válida tiene que rendirse ante el Agente del MP ó ante el Juez, siempre en presencia de su defensor. En caso de que no se cumpla con estos requisitos, la confesión carecerá de todo valor probatorio. Con ello se confirma que el procesado tiene derecho a estar asistido por su defensor desde el mismo momento de su detención.

4. Derecho de aportar pruebas

Se tiene el derecho de ofrecer pruebas, a que se le recibían sus testigos y darle auxilio en la comparecencia de personas.

De igual manera se señala el derecho a ser careado, excepto cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, lo cual a su vez es un derecho de la víctima cuando se trate de los delitos de violación o de secuestro.

Así pues se presenta como la oportunidad de probar los hechos en los que finque sus pretensiones opositoras (oportunidad probatoria) “toda ley procesal debe instituir dicha

²¹⁷ De González Mariscal, Ob cit.

²¹⁸ Herrera Ortiz, Ob. cit., Pág. 201

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

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”²¹⁹

La carga de la prueba es para el Ministerio Público, quien tiene el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad de los hechos, mediante los medios de prueba permitidos, según lo dispuesto por el artículo 378 de la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes.

Asimismo en el párrafo tercero del Artículo 379 de la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes, señala que “son inadmisibles en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados.”

La decisión unilateral, libre y espontánea del presunto responsable de no ejercitar sus derechos evadiendo la acción de la justicia, no debe confundirse con una negativa o afectación de tales derechos, ya que dicha interpretación implicaría subordinar la existencia de un derecho al necesario ejercicio de su titular. Lo cual resulta contrario a los principios generales del derecho. Puede incluso acontecer que estando presente en juicio, el presunto responsable no aporte ningún medio de prueba tendiente a su defensa, pero ello no quiere decir, de manera alguna, que su derecho a defenderse haya sido trastocado.²²⁰

5. Derecho a ser juzgado para poder imponerle sanción penal

El Derecho a ser juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal.

²¹⁹ Burgoa, Ignacio, Las Garantías Individuales, Octava edición, México, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. 1873, pág. 554. Cita Zamora – Pierce, Ob cit, Pág. 261

²²⁰ Lara Espinoza, Ob cit. Pág. 305

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

El ser juzgado en audiencia pública, se refiere a que todo el procesamiento penal debe ser público, desde las audiencias hasta la sentencia que ponga fin al juicio; con lo que concomitantemente se prohíbe el secreto en el enjuiciamiento penal.²²¹

El ser juzgado por un juez de derecho, implica en términos generales que es una persona preparada en la materia, lo cual le permite dictar resoluciones con apego a derecho, por lo que su labor resulta más expedita, uniforme, responsable y justa.²²²

Otro derecho es el que señala un límite al juez penal para que dicte sentencia, resolviendo el fondo del asunto, al disponer que será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.

Respecto a la prisión preventiva, el término no podrá prolongarse por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso; asimismo en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención. La reforma introduce la novedad de que si en dos años no se le ha pronunciado sentencia, salvo que la prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado, tendrá que ponerle en inmediata libertad, mientras se sigue el proceso, sin que ello opte para imponer otras medidas cautelares.

Por otra parte tiene el inculpado, el derecho de ampliar el tiempo de su defensa, lo cual implica que no se dicta sentencia, porque la defensa solicita un plazo mayor para aportar pruebas y con ello el juez ve retardado el tiempo que la Constitución le otorga como límite para dictar sentencia; sin que dicho retardo le sea imputable; por lo que la facultad de prolongar el término para dictar sentencia, es en beneficio para el procesado.

La prisión preventiva es aquella que se decreta en contra del acusado durante el proceso penal, la cual es una medida preventiva para evitar que el acusado evada la acción de la

²²¹ Herrera Ortiz, Ob cit. Pág. 201

²²² Ibidem

justicia y para asegurar un debido cumplimiento de la ley penal; como consecuencia, la persona afectada es privada de su libertad antes de que se le compruebe su responsabilidad penal, por lo que es elemental que el tiempo de reclusión que sufra por efectos de la prisión preventiva, se le tome en cuenta y forme parte del tiempo que deba sufrir como sanción penal.²²³

Pero, ¿qué sucede en aquellos casos en que una persona sufre los efectos de la prisión preventiva y la sentencia que se le dicta es absolutoria?²²⁴

4.7 LA LIBERTAD BAJO CAUCIÓN

Si bien es cierto otorgar la libertad provisional bajo caución es un derecho del inculpado, dicho beneficio no se da en automático, pues no debe tratarse de hechos calificados como delitos graves previstos por la ley. Más aún tratándose de delitos no graves, se podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave, e incluso cuando el MP aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Por lo tanto el juzgador debe tener en cuenta diversos aspectos para otorgar este beneficio, de tal manera que se evite favorecer indebidamente a alguien que no lo merezca.

Si nos quedamos solo con el enunciado de que el monto y la forma de caución deberán ser asequibles al inculpado. Sería fijar una cuota mínima -ahora si que de recuperación, porque de por sí en nuestro país el recursos económico está solo en unos cuantos (Carlos Slim), además de que la marginación social en que vive gran parte del país -por más que quiera maquillarse; son unos cuantos quienes acceden a pagar de inmediato su fianza. Por lo tanto parece ser una garantía que para los “pobres” no esta al alcance de sus posibilidades.

²²³ Idem. Pág. 110 y ss.

²²⁴ Tal vez se aplique el clásico “Usted Disculpe”

Por otra parte, se dice que la “multa” va destinada a mejorar la administración de justicia, en apoyo a los presupuestos asignados y con esta otra cuenta de recuperación por medio del pago de finanzas, aún así parece no ser suficiente. Además ahora con la reforma al quitarse la fijación de fianza para garantizar la libertad bajo caución el reflejo no será en lo que se recibía, pero si en lo que se deje de pagar, como es la manutención y atención médica de las personas reclusas en el centro de rehabilitación social, salarios de los trabajadores, etc.

Según datos proporcionados por Guillermo Zepeda Lecuona, cada preso en México tiene un costo directo promedio de 130 pesos diarios, lo que implica un gasto de 27 millones de pesos cada día y más de 800 millones al mes.²²⁵

Al quitarse con la reforma la libertad provisional bajo caución como un derecho del imputado, gracias a la presunción de inocencia, no se le está quitando un derecho, lo cual pudiera parecer.

La confusión puede originarse porque se difunde la verdad a medias, es decir los eslóganes publicitarios no explican el alcance de la frase que se publica, por ende el gobernado al no estar bien informado y no comprender totalmente lo que el cambio de sistema acusatorio implica, genera un desorden de ideas. Pero parece que esto es parte del dominio político que ejerce el Estado sobre el pueblo que gobierna.

El decir la verdad a medias es siempre un as bajo la manga que tiene el Estado. Al adoptar el principio de inocencia, debe también decirle al inculcado que ya no hay necesidad de garantizar su libertad.

Aunque también es cierto, que habrá mucha gente que ahora no querrá denunciar, principalmente en los casos en que se tiene miedo a represalias por el inculcado, además hay reclamos que piden que la persona sea detenida, aún cuando sólo sea para darles un susto –la idea de venganza no cesa.

²²⁵ Carbonell Miguel y Ocho Reza Enrique, *Enfoque Reforma, Juicios Orales: ¿Por dónde empezar?* http://enriqueochoareza.com/articulos/uploads/1/juicios_orales_por_donde_empezar_-_miguel_carbonell_y_enrique_ochoa_reza_-_10_dic_06.pdf

ES TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Es oportuno hacer un llamado a los medios de comunicación, para que también ellos respeten el principio de inocencia, lo cual se ve en como difunden la nota policíaca. Pues el daño que hacen tanto al inculpado, como a la sociedad, es muy grande; porque al primero se le estigma y la sociedad le llenan la cabeza con información amarillista²²⁶ y desgraciadamente la gente cree conocer el derecho penal, por la difusión que hacen estos medio de comunicación.

Por lo tanto, respetar la presunción de inocencia no solo es para la Autoridad, sino también para los medios de comunicación –quienes condenan, convirtiéndose en juez sádico.

A esta altura de la investigación y dadas las condiciones, entramos de lleno a lo que es el primer contacto que tiene el indiciado con la autoridad.

4.8 DE LA DECLARACIÓN EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Siguiendo el orden para el desahogo de la declaración ante la autoridad del Ministerio Público en la etapa de averiguación previa, conforme al artículo 188 de la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes vigente, antes de comenzar su declaración, se comunicará detalladamente al inculpado, el hecho punible que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo aquellas que sean de importancia para la calificación típica, un resumen del contenido de las pruebas existentes y las disposiciones penales que se juzguen aplicables.

Se le advertirá también que puede abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio, así como del valor de su declaración a partir del conocimiento pleno de los supuestos referidos en el párrafo anterior.

En las declaraciones que preste será además instruido acerca de que puede exigir la presencia de su defensor y consultar con él la actitud a asumir, antes de comenzar la

²²⁶ Por ejemplo el programa de Infolinea por José Luis Morales.
<http://www.radiouniversal.com.mx/mexicana/>

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

declaración sobre el hecho. En este caso, si no estuviere presente, se dará aviso inmediato al Defensor por cualquier medio, para que comparezca y, de no ser hallado, se designará inmediatamente a un Defensor de Oficio.

Será informado también acerca de que puede requerir la práctica de medios de prueba, efectuar las citas de las personas que considere convenientes, dictar su declaración o presentarla por escrito. Hasta aquí el contenido del artículo legal.

Es innegable que la obligación de cumplir con lo anteriormente dispuesto es para el Ministerio Público y no para sus secretarios, o policías ministeriales y mucho menos para el Defensor de Oficio.

Por otra parte el Artículo 189 y 190 de la legislación en comento, señala que se dará oportunidad al inculpado para declarar. Tanto el Ministerio Público como el Defensor podrán dirigirle las preguntas que estimen convenientes, las cuales serán *claras y precisas*. La declaración del inculpado se hará constar en un acta que reproducirá, del modo más fiel posible, lo que suceda en la diligencia utilizando el *propio lenguaje* del declarante. En este caso, el acto finalizará con la lectura y la firma del acta por todos los intervinientes.

Asimismo según consta del artículo 192, se prohíbe toda medida que menoscabe la libertad de decisión del inculpado, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos, en especial los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura, el engaño, o la administración de psicofármacos. Porque el inculpado debe ser tratado sólo como presunto responsable durante el procedimiento, hasta tanto una resolución firme le imponga una pena o medida de seguridad.

Por lo tanto según lo dispuesto por la ley, será confrontado con la práctica, en la etapa de conclusiones.

Una vez que hemos visto lo que se recoge en la ley, no hay que dejar de lado el sentido ético social que debe tener la profesión del abogado.

4.9 LA IMPORTANCIA DE LA ABOGACÍA

Abogado: “Licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico”²²⁷

Abogacía: “Profesión y actividad del abogado (advocatus, de ad: a y vocare: llamar o sea abogar), quien al ejercerla debe actuar en favor de los intereses que tiene confiados; de las más nobles por su importancia para lograr la paz y el bienestar social”²²⁸

La función del abogado a lo largo de la historia ha sido una de las actividades más importantes y una de las profesiones más delicada que ha existido. Las personas sometidas a un juicio, siempre han necesitado de alguien que por sus conocimientos los asesoren o se encarguen de hacer valer sus derechos frente a los órganos jurisdiccionales, pero principalmente el que indudablemente impere la justicia en sus causas. Buscándose la mejor solución.

El Ejecutivo Federal, en la propuesta de reforma al sistema de justicia penal, en uno de los puntos que trata sobre la defensa del imputado, menciona: “En otro orden de ideas, es dable advertir que el proceso acusatorio requiere de un alto grado de profesionalización de los participantes, situación que necesariamente impacta en el derecho a una adecuada defensa, garantía reconocida por la Norma Fundamental, de tal suerte que es menester elevar a rango de garantía constitucional el derecho a un defensor profesional certificado, ya que a pesar de que se ejerza la profesión de licenciado en derecho, esto no garantiza que los litigantes tengan la capacidad técnica y ética en el desempeño de sus tareas de defensa, en el marco de la protección de uno de los valores fundamentales del hombre, como es la libertad.”²²⁹

El defensor es no solamente un derecho del procesado, sino también una figura indispensable del proceso penal, y que deberá ser nombrado incluso en contra de la

²²⁷ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 22ª ed. Edit. Espasa-Calpe. España, 2001. Pág. 8. Cita Martínez Cruz. Ob cit.

²²⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. A-CH. 11ª ed. Edit. Porrúa. México, 1998. Pág. 13. Cita Martínez Cruz, Op. cit.

²²⁹ Martínez Cruz, Ob. cit.

voluntad del acusado. Luego entonces, podemos afirmar que: No hay proceso penal sin defensor.²³⁰

El defensor es el asesor del encausado en cuanto que lo aconseja, con base en sus conocimientos técnicos y en su experiencia, informándolo sobre las normas sustanciales y procesales en relación con el hecho y las peculiaridades de su caso.²³¹

El Código de Ética del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, en su artículo 1.1, señala la misión que tiene encomendada todo abogado:

1.1.- La misión del abogado.

“En una sociedad fundada en el respeto a la Justicia, el Abogado tiene un papel fundamental. Su misión no se limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco del Derecho. En un Estado de Derecho, el Abogado es indispensable para lograr el respeto y cumplimiento de la Justicia y de los justiciables, pues tiene la obligación de defender sus derechos y libertades; es por lo tanto, el asesor y defensor de su cliente, y en todo momento deberá buscar la prevalencia de la justicia.

Su misión le impone deberes y obligaciones múltiples, algunas veces con apariencia contradictoria, con respecto: a sí mismo, al cliente, a los tribunales y otras autoridades ante las cuales el Abogado asiste o representa al cliente. A su profesión en general y a cada colega en particular. A la sociedad, para la cual una profesión liberal e independiente, regida por el respeto a las reglas que se ha impuesto a sí misma, es un medio esencial de salvaguardar los derechos del hombre frente al Estado y a los otros poderes.”²³²

La abogacía es una profesión que tiene por objeto la defensa de lo intereses. Los abogados son los encargados de llevarle al juez todos lo elementos necesarios para que éste forme su

²³⁰ Zamora–Pierce, Ob cit., Pág. 265 y ss.

²³¹ Vázquez Rossi, Jorge E., *La Defensa Penal*, pág. 130, Santa Fe, Argentina, Rubinzal y Culzoni, S.C.C., 1978 Cita Zamora–Pierce Ob cit. Pág.

265

²³² Martínez Cruz, Ob cit.

juicio y pueda resolver adecuadamente la contienda o el conflicto de intereses. Podemos decir que el abogado es el auxiliar más importante en la administración de justicia; con sus conocimientos jurídicos, argumentos y audacia, introduce al juez a su causa y le determina el camino a seguir para encontrar la verdad jurídica.

No bastan los conocimientos jurídicos, sino que además debe tener una gran calidad ética para el desempeño de su profesión, es decir debe sentirse comprometido verdaderamente con la sociedad, para asesorar y defender los intereses de los clientes que soliciten sus servicios. Es también importante para el abogado contar con libertad e independencia al tomar un asunto.

Recordemos que los litigantes acuden con sus sentimientos y pasiones ante el abogado y es por ello mismo que le buscan para que los asesore y, en su caso, los defienda ante el órgano jurisdiccional. El inculpado no entiende que tiene un problema legal, solo sabe que sobre él pesa un problema que le esta afectando su vida entera.

El abogado debe tener un temperamento firme y no dejarse llevar por la emoción de su cliente, debe tener un criterio que le permita tomar las mejores decisiones, saber aligerar las pasiones y nivelar las emociones. Asimismo tener una preparación académica actualizada, trabajando siempre con responsabilidad y respeto hacia su cliente.

4.10 EFECTOS DEL DERECHO DE DEFENSA

Los Efectos del derecho de defensa, como garantía constitucional:²³³

- Disponer de medios para exigir el respeto y efectividad de la defensa.
- La obligación de su respeto por parte de los poderes estatales y de los demás sujetos del ordenamiento.

²³³ Carocca Pérez, Alex, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, Ed. Bosch. Barcelona – España. 1998. Cita Salas Beteta, Ob cit.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

- El derecho de defensa hace posible que el denunciado, inculcado o acusado puedan acceder a los demás derechos y garantías procesales.

El Derecho de defensa, constituye una actividad esencial del proceso penal y admite dos modalidades:

1. La Defensa Material, que realiza el propio imputado ante el interrogatorio de la autoridad policial o judicial. Consiste en la actividad que el imputado puede desenvolver personalmente haciéndose oír, declarando en descargo o aclarando los hechos que se le atribuyen, proponiendo y examinando pruebas y participando en los actos probatorios y conclusivos, o bien absteniéndose de realizar cualquiera de estas actividades.

2. La Defensa Técnica, que está confiada a un letrado que elabora la estrategia defensiva y propone pruebas, que asiste y asesora jurídicamente al imputado y lo representa en todos los actos procesales no personales. Los pactos internacionales también regulan la defensa oficial, como el “derecho irrenunciable” del imputado a ser asistido gratuitamente por un defensor proporcionado por el Estado, cuando no designare defensor.

Por otra parte la comunicación entre imputado y defensor, debe ser una comunicación previa a la realización de cualquier acto procesal tiene por finalidad que el defensor asesore jurídicamente y se extiende aún a los períodos de incomunicación. La incomunicación no impide las conferencias entre el inculcado y su defensor, sin embargo el Juez competente las podrá denegar de considerarlas inconvenientes.

Aquí cabe resaltar que al menos en la etapa de averiguación previa, a la cual se concentra nuestra investigación, tratándose de las declaraciones que realizan a los detenidos, en la agencia del Ministerio Público adscrito a policía ministerial, la comunicación entre Inculcado y Defensor carece de ética; pues al hablarle frente la figura del Ministerio Público, Secretarios y Comandantes responsables de traslados, donde todos esperan el mínimo comentario del inculcado, dónde queda la asesoría para enfrentar esa diligencia, definitivamente es nula esta función, porque según veremos en los reportes del desahogo de

diligencias en el último capítulo, el actuar de los defensores de oficio es muy limitado y parece trabajar para MP.

El derecho de defensa se vulnera cuando:

- Se niega la asistencia de un abogado al imputado.
- Se impide al abogado comunicarse con su defendido.
- Se hacen las notificaciones con retraso.
- Se niega el acceso al expediente o a las diligencias vinculadas al proceso.
- Se obstaculizan los esfuerzos de la defensa para identificar, ubicar y obtener la comparencia de testigos.²³⁴

²³⁴ Cubas Villanueva, Víctor, *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, en APECC Revista de Derecho. Año I, N° 1. Lima – Perú. 2004. Cita Salas Beteta, Ob cit.



CAPITULO V

**EL INDICIADO Y
LA COMPRESION DE SUS DERECHOS**

Una vez que hemos recorrido un largo camino para conocer la justificación histórica del Derecho Penal, el tan abrazado principio de legalidad, el valor de la libertad y su protección jurídica, así como garantía de defensa en la averiguación previa, es momento de centrarnos en la comprensión de los derechos por el indiciado.

Se parte de la idea que en materia penal “el cliente” es *por lo general* una persona con baja preparación académica y socioeconómica; aunado al problema legal que enfrenta, al colocarse en un procedimiento penal, su mente se llena de matices. De ahí que no es fácil entender solo con la lectura de sus derechos para garantizarle una defensa adecuada, además de que se utiliza un vocabulario lleno de tecnicismos jurídicos. Los cuales el perito en derecho no siempre explica o traduce en términos más claros, al inculcado -quien en rara ocasión es un estudioso del derecho.

Como criterios a seleccionar, daremos un enfoque al indiciado ante el trato que tiene en su declaración preparatoria. Además de que al no haber “*contaminación del ambiente*” del Centro de Rehabilitación, nos permite el estudio de la aplicación de la garantía para quien es detenido por primera vez. Asimismo diferenciamos de nuestra investigación el estudio que se hace de los detenidos ante el Ministerio Público en dos o más ocasiones, por que no son las mismas condiciones, entre unos y otros.

En dicho sentido se busca verificar si el indiciado comprende sus derechos en el primer contacto que tiene con la autoridad, es decir en la etapa de averiguación previa; lo cual a su vez permitirá valorar si la garantía de defensa es efectiva, en esta etapa del procedimiento penal.

Al determinarse aplicar la encuesta durante los días domingo, es por la inmediatez con que se presentan los hechos, tanto para la detención y el desahogo de la diligencia de la declaración del inculcado, para la integración de la averiguación previa con detenido. Respetándose lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al señalar que ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por mas de

cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial.

Ya hemos comentado que siguiendo al Maestro Raúl Guillén, que la averiguación previa, es la etapa donde “precisamente se comenten las violaciones a garantías individuales.”²³⁵

Por ende al término de cada diligencia de declaración del detenido, es viable aplicar la encuesta. Donde la información obtenida es el respaldo práctico de nuestra investigación.

5.1 VALIDACION DE LA ENCUESTA

Para diseñar las preguntas del cuestionario a aplicar, ideé un documento que fuera sencillo, de fácil comprensión para el indiciado, que permitiera conocer si el indiciado con la información que se le proporciona en la diligencia, comprende sus derechos. Aunado al estado psicológico en que se encuentra, por la situación legal en que esta enfrentando.

La propuesta fue presentada al Dr. Jesús Antonio De la Torre Rangel, tutor del presente proyecto de investigación, quien lo aprobó; asimismo acudí para validar su contenido a las siguientes dependencias:

A) En la Comisión Estatal de Derechos Humanos, la Lic. Claudia Arriaga Aguilar, aportó incluir se especificará quién proporcionó la información, es decir quien explica la situación jurídica. Resaltándose emitir un informe del desarrollo de esta actividad.

Coincidimos en comentar que a los detenidos los mal informan, por lo tanto esto perjudica para la situación legal de la persona, en la toma de decisiones por el indiciado, Aunado a que el Defensor de Oficio, declara a tres o cuatro inculpados al mismo tiempo. Siendo ampliamente cuestionable la calidad de este trabajo.

²³⁵ Guillen López, Ob. cit. Pág. 101

De igual forma la Lic. Arriaga, me informó que nadie se ha quejado ante la Comisión Estatal de Derechos Humanos, sobre el tema en estudio.

B) En el Instituto de la Juventud del Estado de Aguascalientes, el Lic. en Psic. Christian Gutiérrez Ruvalcaba, aportó datos teóricos sobre el proceso de duelo que sufre una persona cuando es detenida, ante la pérdida en este caso de su libertad (tema que se desarrolla para el estudio de la segunda parte de la encuesta).

C) En la Dirección General de Atención a Víctimas del Delito, acudí para reforzar la opinión del área Psicológica. Donde el Lic. Felipe de Jesús González Hernández, aportó la formulación de la pregunta abierta. Siendo cuidadosos de que el indiciado pudiera manipular la información para mostrarse de una manera u otra. Se busca que su discurso sea veraz e identificar que la persona está bloqueada, por la situación que esta viviendo.

Al presentar la versión corregida, el Dr. De la Torre, no tuvo inconveniente en que se presentara esta última versión para aplicarse una vez que se les da a conocer su situación jurídica a los indiciados, por el Ministerio Público adscrito a Policía Ministerial, es decir al concluir la diligencia de la declaración preparatoria.

De ahí que se procedió con la tarea de solicitar la autorización del Procurador General de Justicia del Estado de Aguascalientes, Lic. Edgardo Valdivia Gutiérrez, para la aplicación del documento.

Dicha solicitud está respaldada por la Universidad Autónoma de Aguascalientes a través del Decano del Centro de Ciencias Sociales y Humanidades, Dr. Daniel Gutiérrez Castorena, por el Jefe de Departamento de Derecho, Mtro. Juan Carlos Arredondo Hernández, así como por la dirección de tutoría de tesis, del Dr. Jesús Antonio de la Torre Rangel. Documento comprobatorio que se anexa a este trabajo de investigación.

Se obtuvo respuesta satisfactoria por parte la Procuraduría General de Justicia; previa entrevista personal con el Lic. Juan Manuel González Aguilar, Director General de Averiguaciones Previas.

Cabe señalar que en dicha entrevista se comentó considerar que con la lectura de la denuncia se da cumplimiento, porque se le hace saber su derecho, y en todo caso quien tiene que responder dudas es el Defensor de Oficio, ya que el Ministerio Público no se debe inmiscuir en cuestiones de la defensa, como un respetuoso de la Defensa Adecuada. De ahí que el Lic. González Aguilar aportó especificar si se comprende la información proporcionada no solo por el MP, sino también por el DO.

De igual forma se comentó que el MP es sensible a la situación que se presenta para la toma de declaración.

Por mi parte considero, que con la sola lectura de la denuncia, sólo se cumple con uno de los derechos, que tiene el indiciado para esta etapa del procedimiento. Además es el Ministerio Público quien debe dar a conocer los derechos, por ser la autoridad responsable de respetarlos. Es de reconocer que el sistema no es perfecto y es precisamente en estos espacios donde se tiene la oportunidad de mejorar. Por lo tanto ya era el momento de verificar si el indiciado comprende sus derechos a partir de la información que se le proporciona en la diligencia de declaración del detenido.

Por lo tanto la encuesta, tiene cuatro revisiones, lo cual nos da confiabilidad en sus resultados. La encuesta en mención se anexa al presente trabajo de tesis.

La aplicación del documento se aprobó del 31 de Agosto al 02 de Noviembre del año en curso, durante los domingos. Respuesta que se avala con el oficio OP.0281.08/08 emitido por el Lic. Edgardo Valdivia Gutiérrez, Procurador General de Justicia del Estado, con fecha del 28 de Agosto del año en curso.

5.2 INFORME DE RESULTADOS

A continuación el informe del periodo de aplicación, por fecha, número de detenidos en la jornada, las encuestas aplicadas y el lugar de aplicación. Asimismo se menciona el porque no se aplicó encuesta a todos los detenidos. No afectando el número de folio del cuestionario. Cabe señalar que la encuesta se divide en tres momentos: evaluación del indiciado, su estado psíquico y el desarrollo de la diligencia. Por lo tanto sigue ese orden.

Se presenta la tabla general, la separación de resultados entre los que son detenidos por primera vez y los que no, con su representación gráfica respectivamente para una mejor apreciación. Asimismo el estudio comparativo entre unos y otros.

Resalta la aportación adicional que proporcionan los detenidos al decir el por qué no se sienten informados. Lo cual contribuye a valorar el trabajo realizado todos aquellos que participan de forma directa en indirecta en la diligencia de declaración de detenido, en las instalaciones de la Agencia del Ministerio Público adscrito a Policía Ministerial.

Avanzando en el orden como fue elaborada la encuesta, se presentan asimismo las respuestas a la pregunta abierta *¿cómo estás y cómo te sientes?* Parte de los resultados que son de gran enriquecimiento para el presente estudio. Porque permite evidenciar que la persona no esta al 100% de su capacidad psíquica e incluso física.

De la misma forma se menciona cómo fue el desarrollo de las diligencias.

Fecha	Detenidos	Encuestas	Folio	Lugar de Aplicación
31 de Agosto	2 (dos)	2 (dos)	001	Agencia MP. adscrito a Policía Ministerial
			002	Clínica No. 1 del IMSS
07 de Septiembre	2 (dos)	1 (uno)	003	Agencia MP. adscrito a Policía Ministerial
			N/A	Hospital –No se aplicó
14 de Septiembre	8 (ocho)	4 (cuatro)	004	Agencia MP. adscrito a Policía Ministerial
			005	
			006	
			007	
			N/A	Tres detenidos salieron bajo fianza y no se les puedo aplicar la encuesta
N/A	Clínica/amputación pierna/medicamentos/no declaración			
21 de Septiembre	12 (doce)	12 (doce)	008	Agencia MP. adscrito a Policía Ministerial
			009	
			010	
			011	
			012	
			013	
			014	
			015	
			016	
			017	
28 de Septiembre	7 (siete)	6 (seis)	020	Agencia MP. adscrito a Policía Ministerial
			021	
			022	
			023	
			024	
			025	
			N/A	No se aplicó encuesta/abogado particular que aún no se ha presentado
05 de Octubre	15 (quince)	14 (catorce)	026	Agencia MP. adscrito a Policía Ministerial
			027	
			028	
			029	
			030	
			031	
			032	
			033	
034				

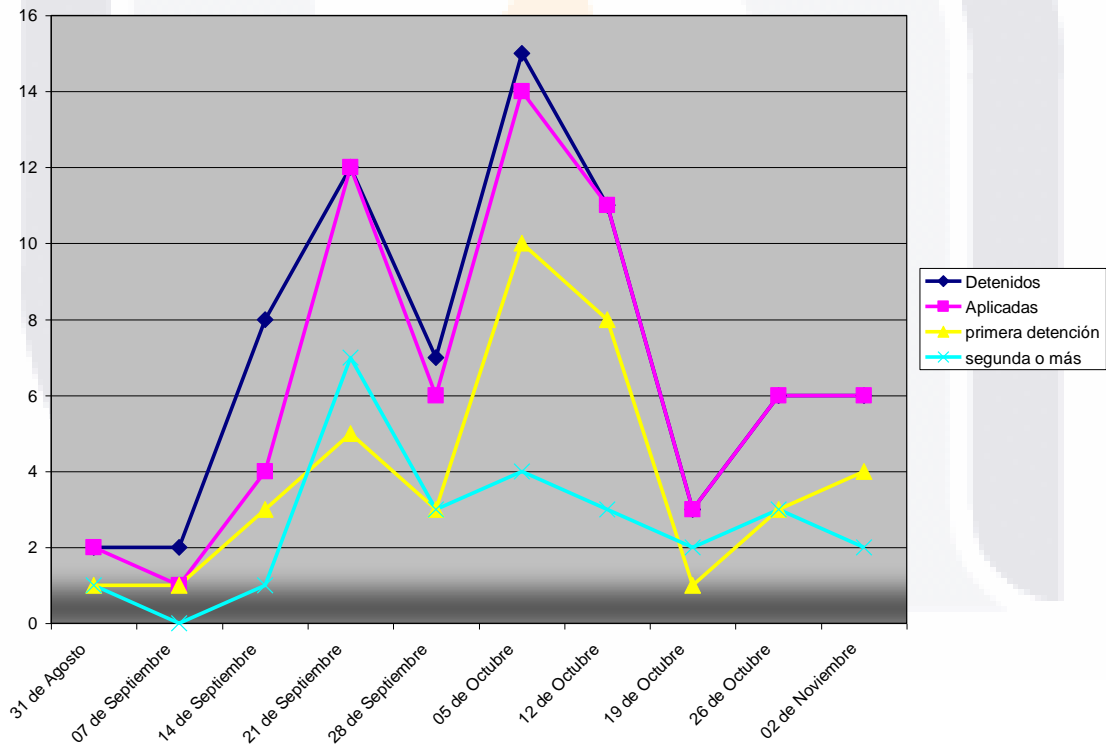
Fecha	Detenidos	Encuestas	Folio	Lugar de Aplicación
			035	
			036	
			037	
			038	
			039	
			N/A	Clínica/ Hemorragia cerebral / no declaración
12 de Octubre	11 (once)	11 (once)	040	Agencia MP. adscrito a Policía Ministerial
			041	
			042	
			043	
			044	
			045	
			046	
			047	
			048	
			049	
050				
19 de Octubre	3 (tres)	3 (tres)	051	Agencia MP. adscrito a Policía Ministerial
			052	
			053	
26 de Octubre	6 (seis)	6 (seis)	054	Agencia MP. adscrito a Policía Ministerial
			055	
			056	
			057	
			058	
059				
02 de Noviembre	6 (seis)	6 (seis)	060	Agencia MP. adscrito a Policía Ministerial
			061	
			062	
			063	
			064	
065				
TOTAL	72 (setenta y dos)	65 (sesenta y cinco)		

La clasificación para el análisis de datos, resaltando los cuestionarios de aquellas personas detenidas por primera vez, arrojó los siguientes datos:

Encuestas

Fecha	Detenidos	Aplicadas	primera detención	segunda o más
31 de Agosto	2	2	1	1
07 de Septiembre	2	1	1	0
14 de Septiembre	8	4	3	1
21 de Septiembre	12	12	5	7
28 de Septiembre	7	6	3	3
05 de Octubre	15	14	10	4
12 de Octubre	11	11	8	3
19 de Octubre	3	3	1	2
26 de Octubre	6	6	3	3
02 de Noviembre	6	6	4	2
TOTAL	72	65	39	26

La representación gráfica de la tabla anterior es la siguiente:



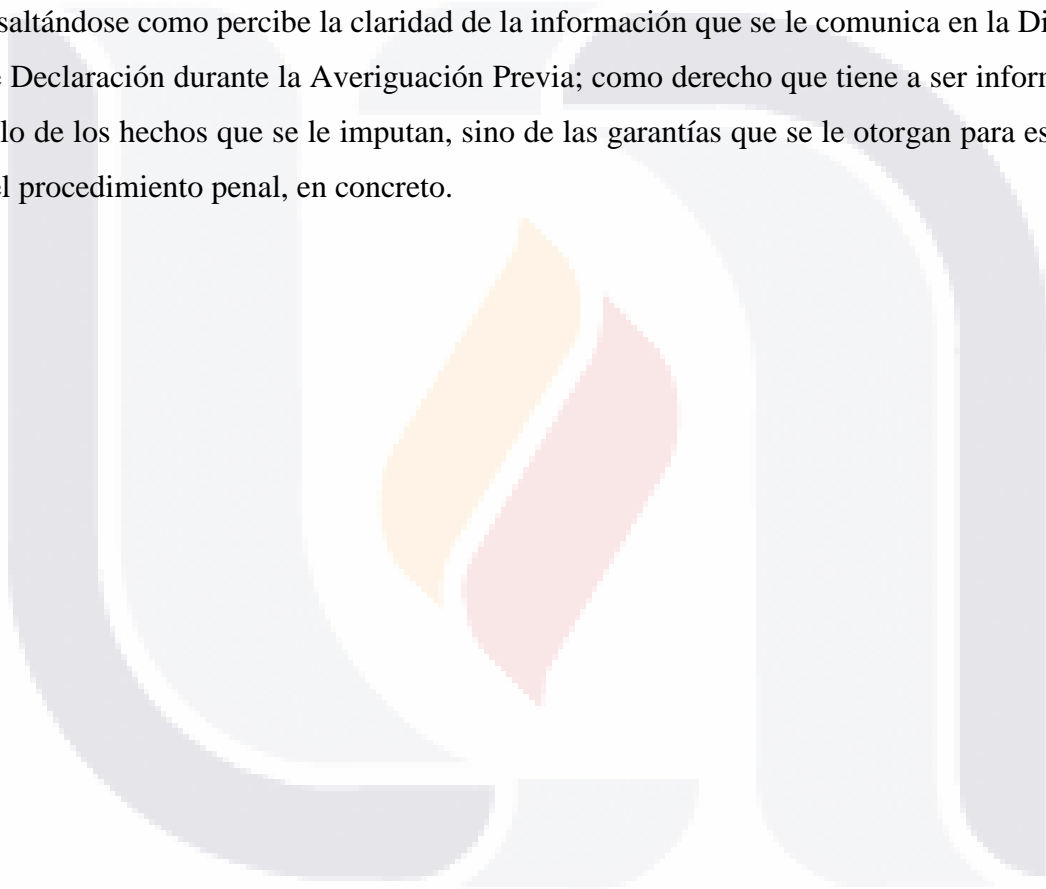
De igual manera al realizarse la codificación de las respuestas, se resaltan aquellos que son detenidos por primera vez, para facilitar las diferencias:

Fol.	No.2 Primera detención	No.3 Cuantas detenciones	No.4 Comprende información	No.5 Claridad de explicación	No.6 Quien informa	No.7 Se siente informado	No.8 Nivel Estudios	No.9 Sexo	No.10 Edad	No.11 Fracc.	Trabaja actualmente	No.12 Oficio Actividad
1	2	2	2	2	1 y 3	1	1	1	3	3	2	Albañil
2	1	X	x	1	1 y 3	1	3	1	3	Mpo.	1	Obrero
3	1	X	x	2	1	2	4	1	3	1	1	Oficina
4	1	X	x	2	2 y 4	2	3	1	4	Mpo.	2	Albañil
5	2	2	1	2	2	2	2	1	3	1	1	Albañil
6	1	X	x	1	2	2	2	1	4	1	1	Albañil
7	1	X	x	1	1 y 3	1	2	1	3	Mpo.	2	Halconero
8	1	X	x	2	2	1	1	1	3	Mpo.	1	Pintor
9	1	X	x	2	2 y 3	2	1	1	2	Mpo.	1	Herrería
10	1	X	x	1	3	2	1	1	2	5	1	Pintor
11	2	1	1	2	3	2	2	1	3	5	1	Pintor
12	2	1	1	1	2 y 3	2	3	1	3	5	2	Pintor
13	2	1	2	2	3	2	1	1	5	2	1	Halconero
14	2	1	1	1	2	2	1	1	4	1	1	Comerciante
15	1	X	x	1	3	1	2	1	2	1	1	Albañil
16	1	X	x	1	3	1	2	1	1	1	1	Albañil
17	2	1	1	3	2 y 3	2	5	1	4	3	1	Albañil
18	2	2	2	2	2	1	2	1	3	1	1	Payaso
19	2	1	2	2	3	2	2	1	3	2	1	Auto lavado
20	2	1	1	2	1 y 3	2	1	1	3	1	2	Pintor
21	2	2	1	1	3	1	1	1	4	1	1	Pintor
22	1	X	x	2	3	1	2	1	2	Mpo.	2	Carpintero
23	1	X	x	1	3	1	1	1	2	Mpo.	2	Auto lavado
24	2	1	1	1	3	1	2	1	2	Mpo.	1	Obrero
25	1	X	x	1	3	1	4	1	3	1	1	Lavador muebles
26	2	1	1	2	2	1	1	1	3	1	2	Albañil
27	1	X	x	1	3	1	3	2	2	5	2	Estudiante
28	2	1	1	2	3	1	1	1	3	1	1	Mesero
29	2	1	1	2	2	1	3	1	3	5	2	Albañil
30	1	X	x	1	3	1	2	1	2	1	1	Fontanero/electricista
31	1	X	x	2	3	1	2	1	2	1	1	Limpieza
32	1	X	X	2	1	1	2	1	2	1	1	Comerciante
33	1	X	X	2	3	1	2	1	2	1	2	Estudiante
34	1	X	X	2	3	1	2	1	2	1	2	Estudiante
35	1	X	X	2	3	2	2	1	2	1	1	Soldador
36	2	1	1	1	3	1	2	1	2	1	1	Albañil
37	1	X	X	2	3	1	1	1	3	2	1	Obrero
38	1	X	X	1	3	2	1	1	3	2	1	Auto lavado
39	1	X	X	2	1 y 3	2	2	1	3	Mpo.	1	Tablarroquero
40	1	X	X	2	2	2	2	1	3	1	1	Obrero
41	1	X	X	1	3	1	2	1	2	1	1	Cocinero
42	1	X	X	1	3	1	3	1	3	1	1	Obrero
43	2	1	1	2	2	2	5	1	3	5	1	Pintor
44	2	1	1	2	3	2	1	1	3	Mpo.	2	No específico
45	1	X	X	2	3	2	2	1	3	2	1	Obrero
46	1	X	X	1	2	2	1	1	2	Mpo.	2	No específico
47	2	1	1	1	1	1	1	1	4	2	2	No específico
48	1	X	X	2	3	2	2	1	2	Mpo.	1	Cocinero
49	1	X	X	2	3	2	3	1	2	1	2	Estudiante
50	1	X	X	1	2	1	2	1	2	1	2	No específico
51	1	X	X	2	3	1	1	1	4	1	1	Panadero
52	2	1	1	1	2	1	2	1	4	3	2	Pintor
53	2	2	2	2	3	1	1	1	3	1	1	Pintor
54	1	X	X	2	3	2	1	1	4	1	1	Albañil
55	1	X	X	2	2	2	2	1	3	2	1	Comerciante
56	2	1	1	2	2	2	1	1	3	1	1	Fierrero
57	1	X	X	2	2	2	2	1	3	1	2	Albañil
58	2	1	2	2	2	2	1	1	3	1	1	Albañil
59	2	1	2	2	1	2	1	1	5	Mpo.	2	Pensionado
60	1	X	X	2	3	2	2	1	2	1	2	No específico
61	1	X	X	2	1 y 3	2	1	1	3	2	1	Pintor
62	1	X	X	2	3	2	2	1	3	1	1	Chofer

63	2	1	1	2	2	1	2	1	3	5	1	Halconero
64	1	X	X	2	2 y 4	2	2	1	4	1	1	Sub Oficial SP
65	2	2	1	2	3	1	2	1	3	5	2	Albañil

5.2.1 DE LA PRIMERA DETENCION

Ahora bien, una vez que tenemos el concentrado de la información, es necesario distinguir, la aportación que realizan aquellas personas que son detenidas por primera vez, resaltándose como percibe la claridad de la información que se le comunica en la Diligencia de Declaración durante la Averiguación Previa; como derecho que tiene a ser informado no solo de los hechos que se le imputan, sino de las garantías que se le otorgan para esta etapa del procedimiento penal, en concreto.

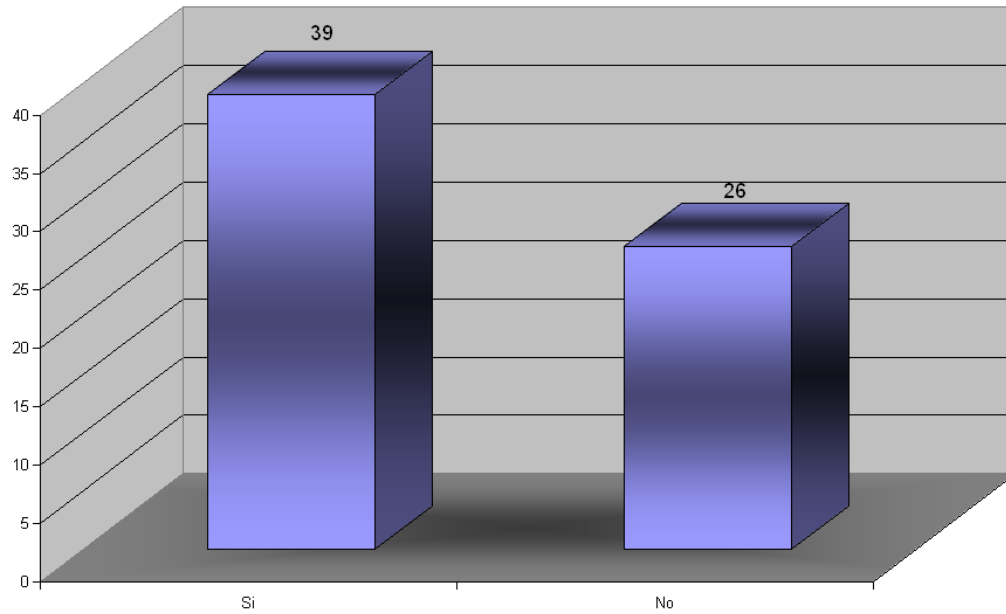


**CODIFICACION
PRIMERA VEZ QUE LE DE DETIENE**

Fol	No.2 Primera detención	No.3 Cuantas detenciones	No. 4 comprende información	No. 5 claridad de explicación	No. 6 quien informa	No. 7 se siente informado	No. 8 nivel de estudios	No. 9 Sexo	No. 10 Edad	No. 11 Fracc.	No. 12 trabaja actualmente	Adicional Oficio / actividad
2	1	x	x	1	1 y 3	1	3	1	3	Mpo.	1	Obrero
3	1	x	x	2	1	2	4	1	3	1	1	Oficina
4	1	x	x	2	2 y 4	2	3	1	4	Mpo.	2	Albañil
6	1	x	x	1	2	2	2	1	4	1	1	Albañil
7	1	x	x	1	1 y 3	1	2	1	3	Mpo.	2	Halconero
8	1	x	x	2	2	1	1	1	3	Mpo.	1	Pintor
9	1	x	x	2	2 y 3	2	1	1	2	Mpo.	1	Herrería
10	1	x	x	1	3	2	1	1	2	5	1	Pintor
15	1	x	x	1	3	1	2	1	2	1	1	Albañil
16	1	x	x	1	3	1	2	1	1	1	1	Albañil
22	1	x	x	2	3	1	2	1	2	Mpo.	2	Carpintero
23	1	x	x	1	3	1	1	1	2	Mpo.	2	Auto lavado
25	1	x	x	1	3	1	4	1	3	1	1	Lavador muebles
27	1	x	x	1	3	1	3	2	2	5	2	Estudiante Fontanero/electricista
30	1	x	x	1	3	1	2	1	2	1	1	
31	1	x	x	2	3	1	2	1	2	1	1	Limpieza
32	1	x	x	2	1	1	2	1	2	1	1	Comerciante
33	1	x	x	2	3	1	2	1	2	1	2	Estudiante
34	1	x	x	2	3	1	2	1	2	1	2	Estudiante
35	1	x	x	2	3	2	2	1	2	1	1	Soldador
37	1	x	x	2	3	1	1	1	3	2	1	Obrero
38	1	x	x	1	3	2	1	1	3	2	1	Auto lavado
39	1	x	x	2	1 y 3	2	2	1	3	Mpo.	1	Tablarroquero
40	1	x	x	2	2	2	2	1	3	1	1	Obrero
41	1	x	x	1	3	1	2	1	2	1	1	Cocinero
42	1	x	x	1	3	1	3	1	3	1	1	Obrero
45	1	x	x	2	3	2	2	1	3	2	1	Obrero
46	1	x	x	1	2	2	1	1	2	Mpo.	2	No específico
48	1	x	x	2	3	2	2	1	2	Mpo.	1	Cocinero
49	1	x	x	2	3	2	3	1	2	1	2	Estudiante
50	1	x	x	1	2	1	2	1	2	1	2	No específico
51	1	x	x	2	3	1	1	1	4	1	1	Panadero
54	1	x	x	2	3	2	1	1	4	1	1	Albañil
55	1	x	x	2	2	2	2	1	3	2	1	Comerciante
57	1	x	x	2	2	2	2	1	3	1	2	Albañil
60	1	x	x	2	3	2	2	1	2	1	2	No específico
61	1	x	x	2	1 y 3	2	1	1	3	2	1	Pintor
62	1	x	x	2	3	2	2	1	3	1	1	Chofer
64	1	x	x	2	2 y 4	2	2	1	4	1	1	Sub Oficial SP

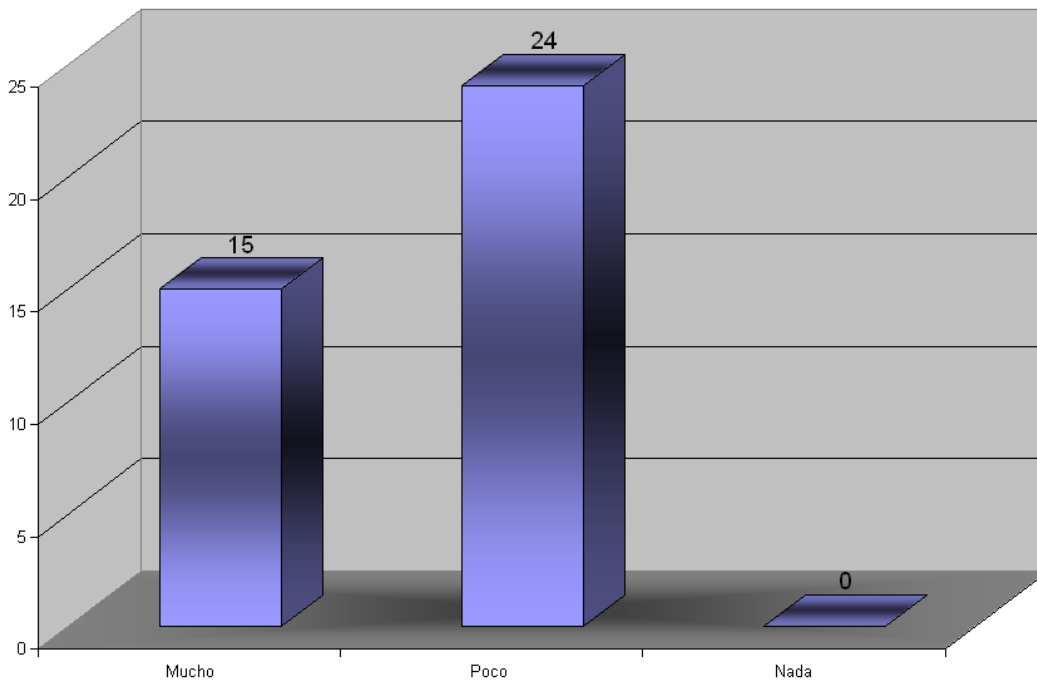
Para una mejor apreciación, se realizaron las siguientes gráficas de resultados:

PRIMERA VEZ QUE SE LE DETIENE



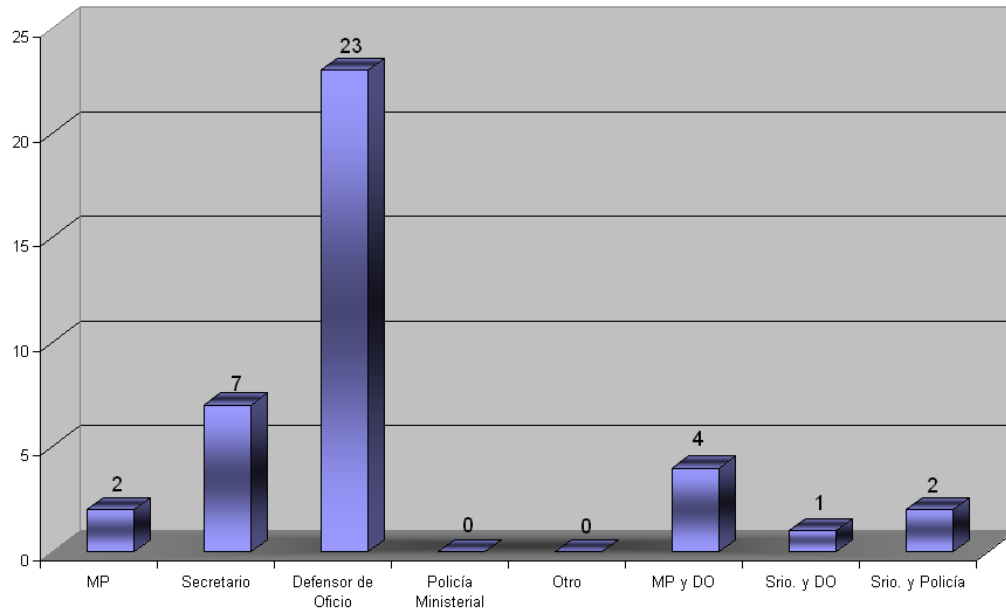
Para la mayoría de los encuestados, era la primera vez que estaban detenidos.

Explicación clara



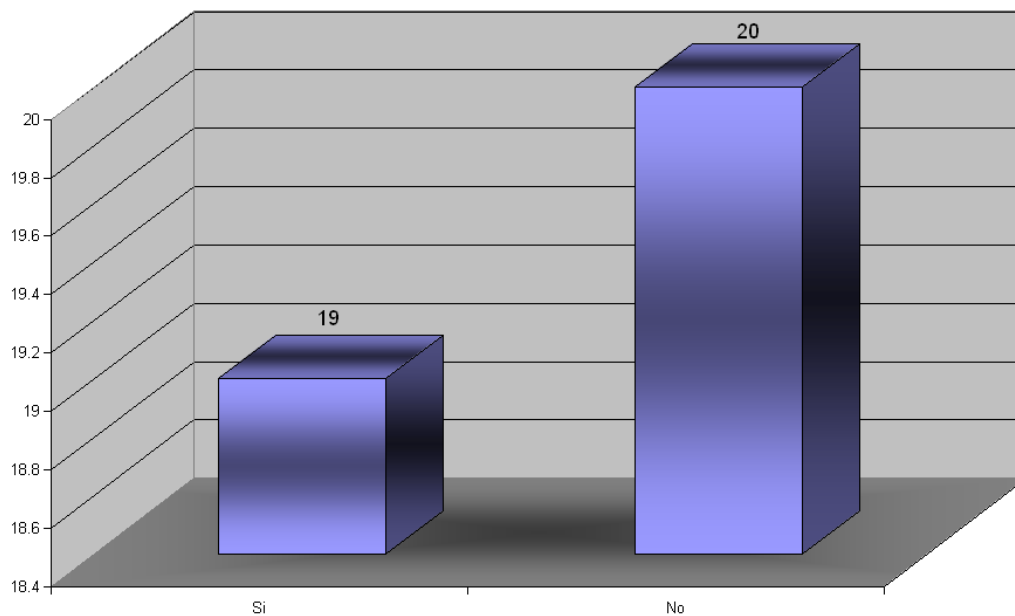
Según se muestra, es evidente que no se entiende por el detenido la información que se le proporciona en la diligencia. Cabe señalar que varios de los encuestados titubearon para decir que la explicación había sido clara. Pero se respetó su respuesta.

QUIÉN INFORMA



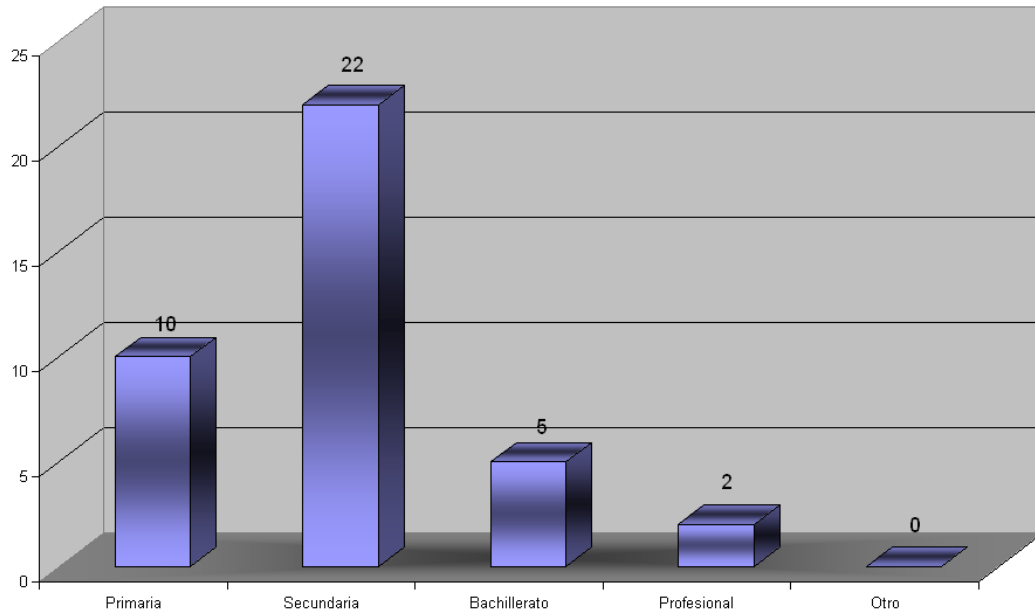
Si bien en el Defensor de Oficio recae hacer operativo el derecho, el Estado otorga otros derechos para arropar la Garantía Constitucional de Defensa Adecuada, y es el Ministerio Público el responsable de dar a conocer hechos y derechos, por ser la Autoridad en esta etapa del procedimiento.

SE SIENTE INFORMADO



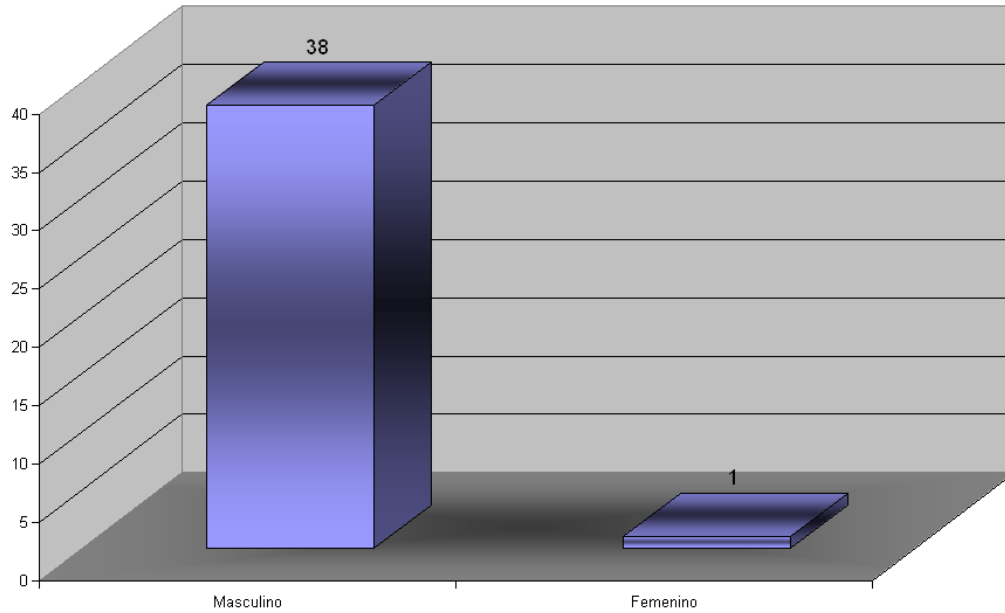
El 51.28% de los detenidos no se siente informado. Como valor agregado, algunos expresan sentirse informados, por no querer problemas con la autoridad, si es que respondían de manera negativa. De igual forma se respeta su contestación. Se incluye la evidencia donde consta la opinión de los indiciados, en hojas subsecuentes, donde también se expresa el por qué no se sienten informados.

NIVEL ACADEMICO

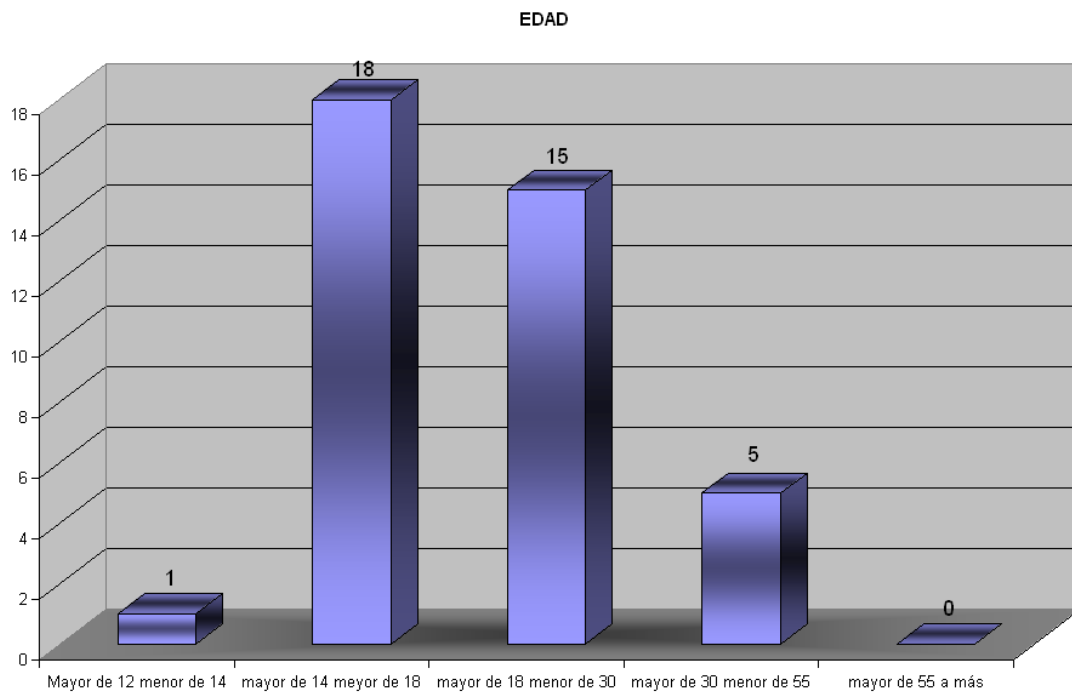


Generalmente se considera que nivel académico es un factor importante para determinar si las personas entienden unas más que otras del Derecho, pero según se muestra esto no siempre es así, menos aún si se trata de que esta en juego la privación de la libertad.

SEXO

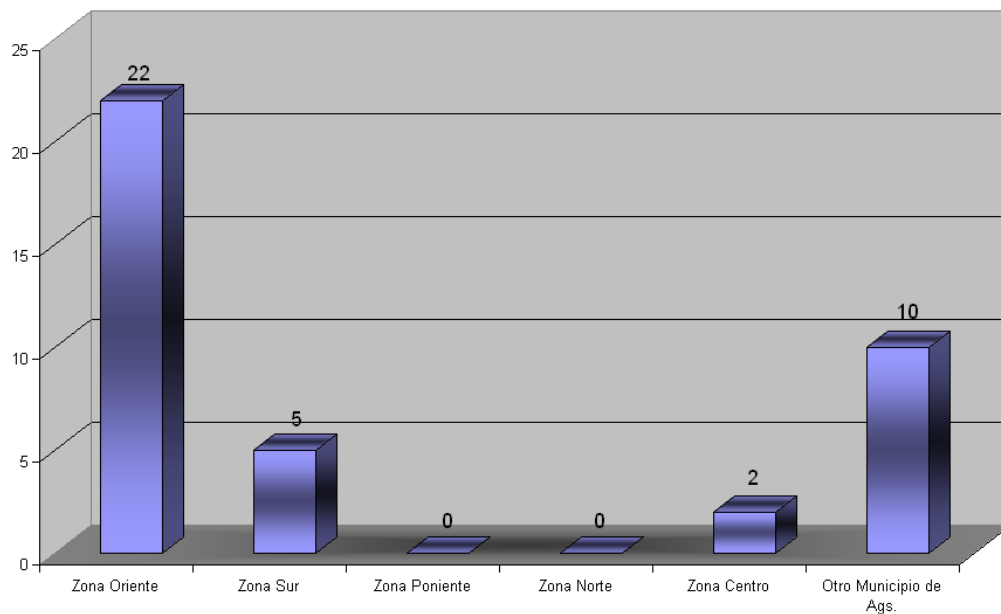


Es de tomar en cuenta que el sexo femenino, tiene poca participación como personas indiciadas, pero nadie estamos exentos de ser detenidos, principalmente tratándose de hechos calificados como delitos culposos.



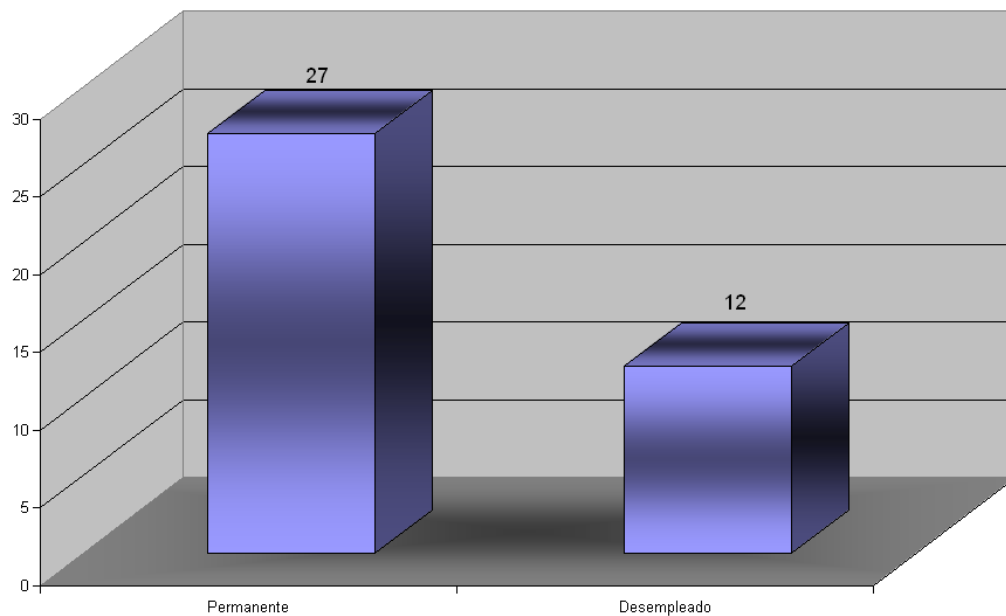
En el caso de las personas que son detenidas por primera vez, la edad promedio es de los 14 a 18 años de edad.

LUGAR DE RESIDENCIA



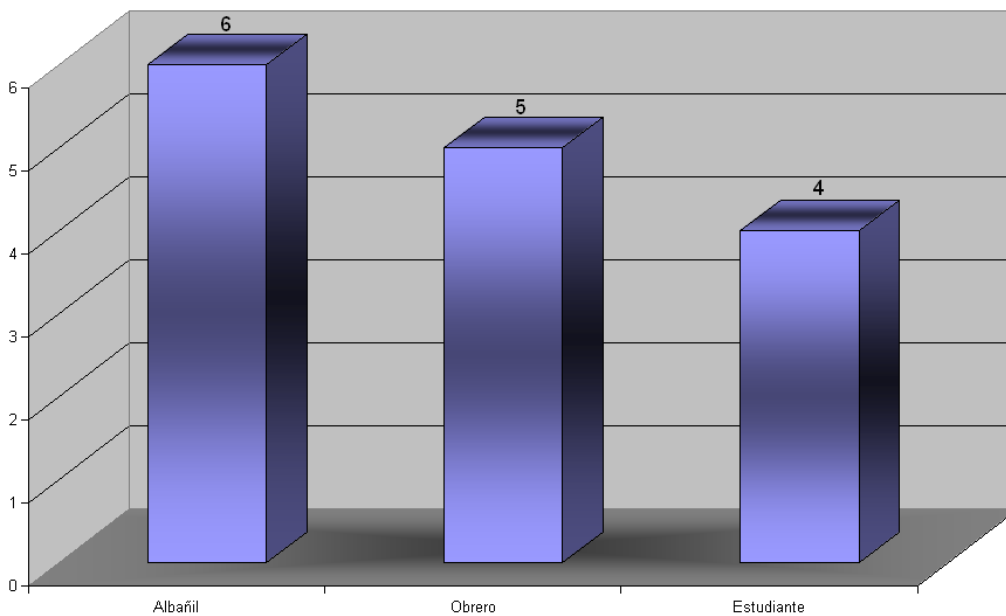
La zona oriente del Estado de Aguascalientes, es la plenamente identificada por muchos años como el foco rojo de la ciudad. Cabe señalar que en encuesta, no se tenía contemplado otros Municipios que fueran Aguascalientes, pero el resultado permite que se incluyan por su relevancia.

TRABAJA ACTUALMENTE



El tener una fuente de empleo, es importante para evitar delinquir.

OCUPACION U OFICIO



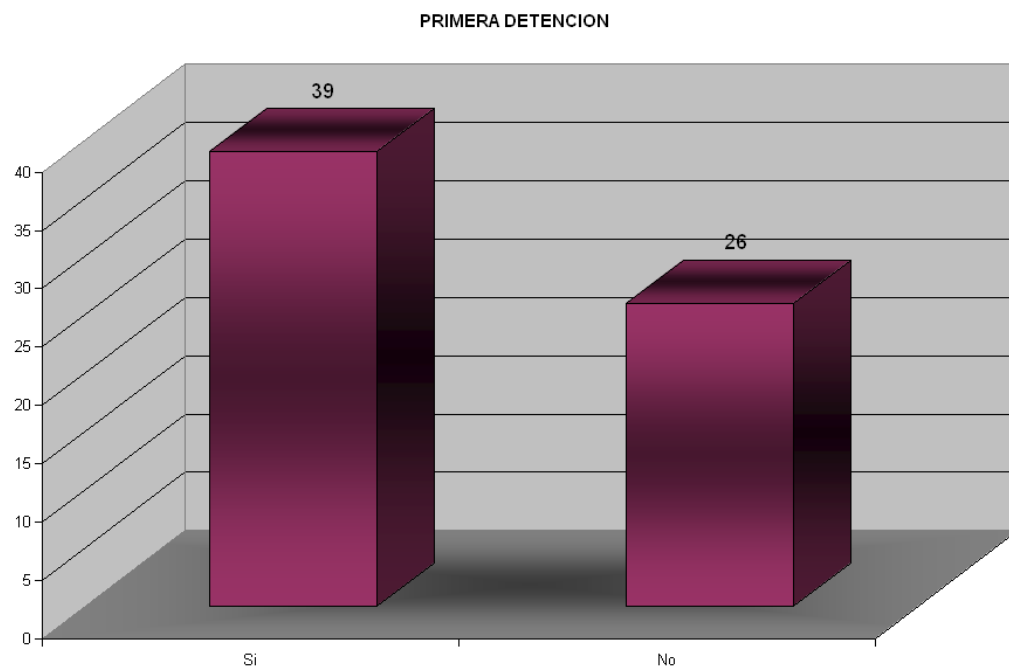
Se mencionan aquellas actividades que sobresalen, independientemente de que el indiciado se encuentre con trabajo o no, al momento de la detención.

5.2.2 DETENIDOS EN DOS OCASIONES O MÁS

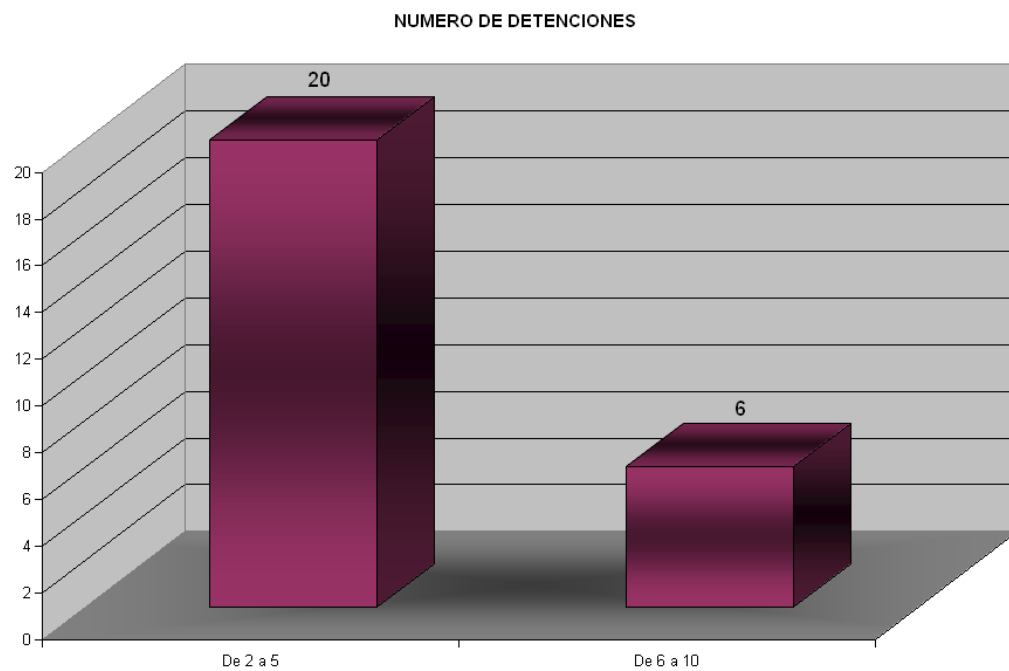
Para diferenciar la comprensión de sus derechos, por aquellos que han sido detenidos en dos o más ocasiones, lo cual posteriormente permite confrontar resultados entre unos y otros, para enriquecen el presente trabajo de investigación.

De igual manera se muestra la representación de los resultados:

CODIFICACION DOS O MAS DETENCIONES												
Fol.	No.2 Primera detención	No. 3 Cuantas detenciones	No.4 Comprende información	No.5 Claridad de explicación	No.6 Quién informa	No.7 Se siente informado	No.8 Nivel de estudios	No.9 Sexo	No.10 Edad	No.11 Fracc.	No.12 Trabaja actualmente	ADICIONAL Oficio/actividad
1	2	2	2	2	1 y 3	1	1	1	3	3	2	Albañil
5	2	2	1	2	2	2	2	1	3	1	1	Albañil
11	2	1	1	2	3	2	2	1	3	5	1	Pintor
12	2	1	1	1	2 y 3	2	3	1	3	5	2	Pintor
13	2	1	2	2	3	2	1	1	5	2	1	Balconero
14	2	1	1	1	2	2	1	1	4	1	1	Comerciante
17	2	1	1	3	2 y 3	2	5	1	4	3	1	Albañil
18	2	2	2	2	2	1	2	1	3	1	1	Payaso
19	2	1	2	2	3	2	2	1	3	2	1	Auto lavado
20	2	1	1	2	1 y 3	2	1	1	3	1	2	Pintor
21	2	2	1	1	3	1	1	1	4	1	1	Pintor
24	2	1	1	1	3	1	2	1	2	Mpo.	1	Obrero
26	2	1	1	2	2	1	1	1	3	1	2	Albañil
28	2	1	1	2	3	1	1	1	3	1	1	Mesero
29	2	1	1	2	2	1	3	1	3	5	2	Albañil
36	2	1	1	1	3	1	2	1	2	1	1	Albañil
43	2	1	1	2	2	2	5	1	3	5	1	Pintor
44	2	1	1	2	3	2	1	1	3	Mpo.	2	No específico
47	2	1	1	1	1	1	1	1	4	2	2	No específico
52	2	1	1	1	2	1	2	1	4	3	2	Pintor
53	2	2	2	2	3	1	1	1	3	1	1	Pintor
56	2	1	1	2	2	2	1	1	3	1	1	Ferrero
58	2	1	2	2	2	2	1	1	3	1	1	Albañil
59	2	1	2	2	1	2	1	1	5	Mpo.	2	Pensionado
63	2	1	1	2	2	1	2	1	3	5	1	Balconero
65	2	2	1	2	3	1	2	1	3	5	2	Albañil

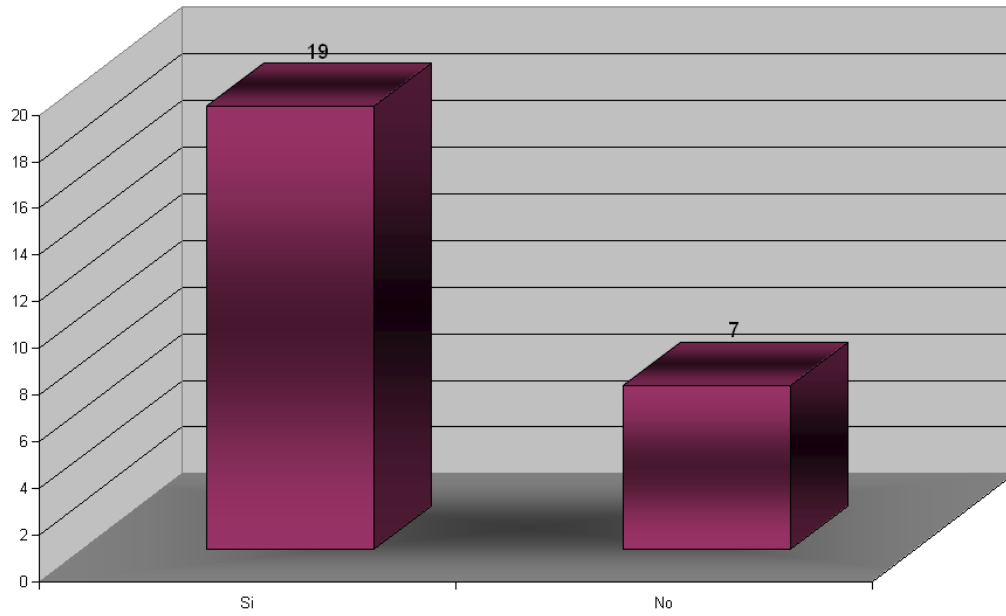


A partir de responder que no es su primera detención, se observa el cambio de estadísticas.



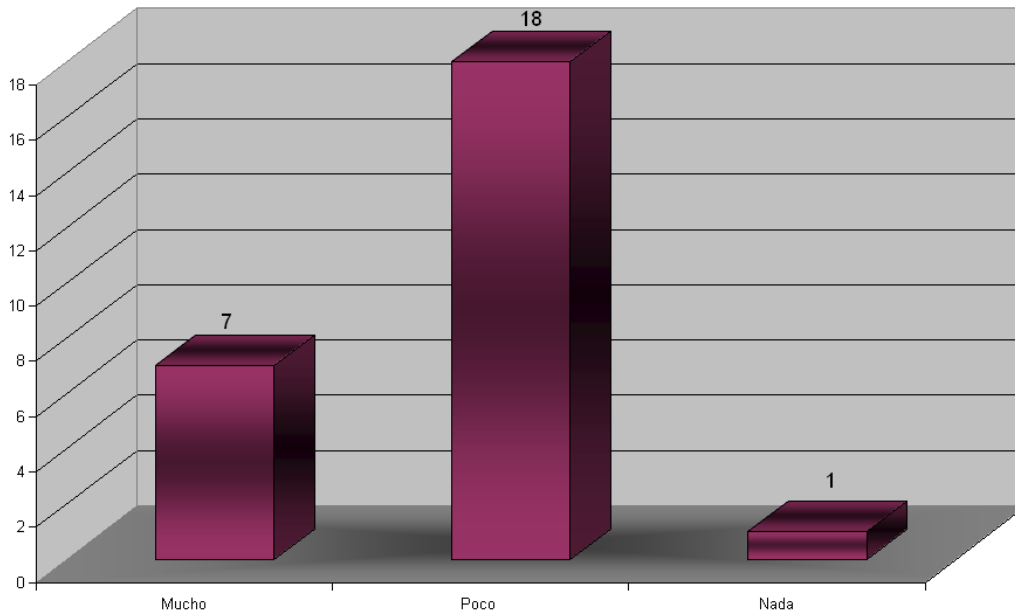
El 76.92 % recae en aquellos que han sido detenidos en dos a cinco ocasiones.

COMPRENDE INFORMACION

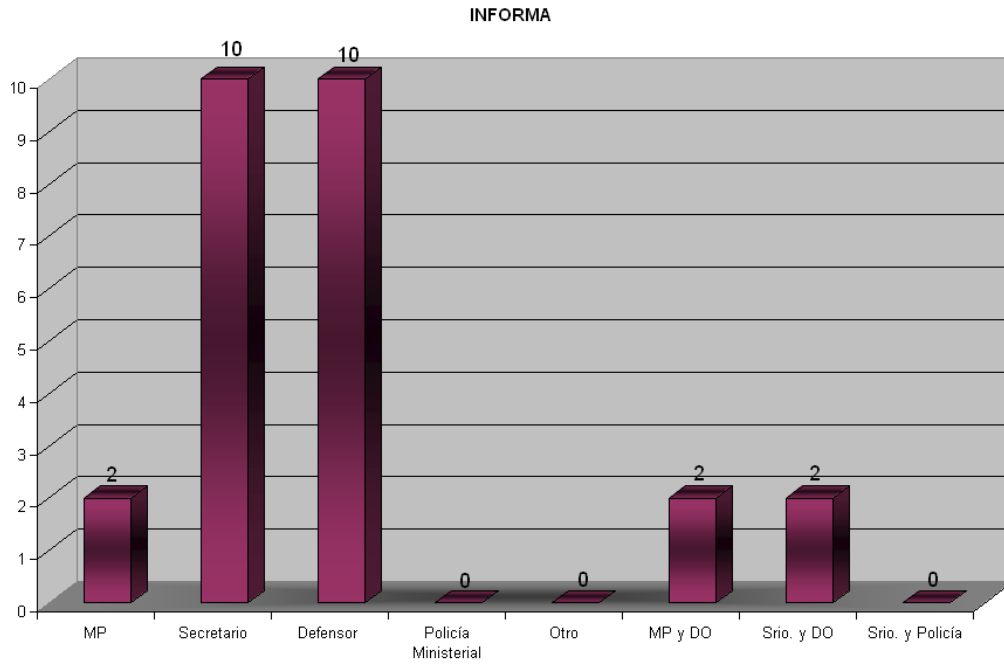


Parece lógico que del 73.07% comprenda la información proporcionada en la diligencia de declaración del detenido, pero debería ser el 100% porque todo parece indicar que la estadística con que actúa el MP hacia estos detenidos es esta última.

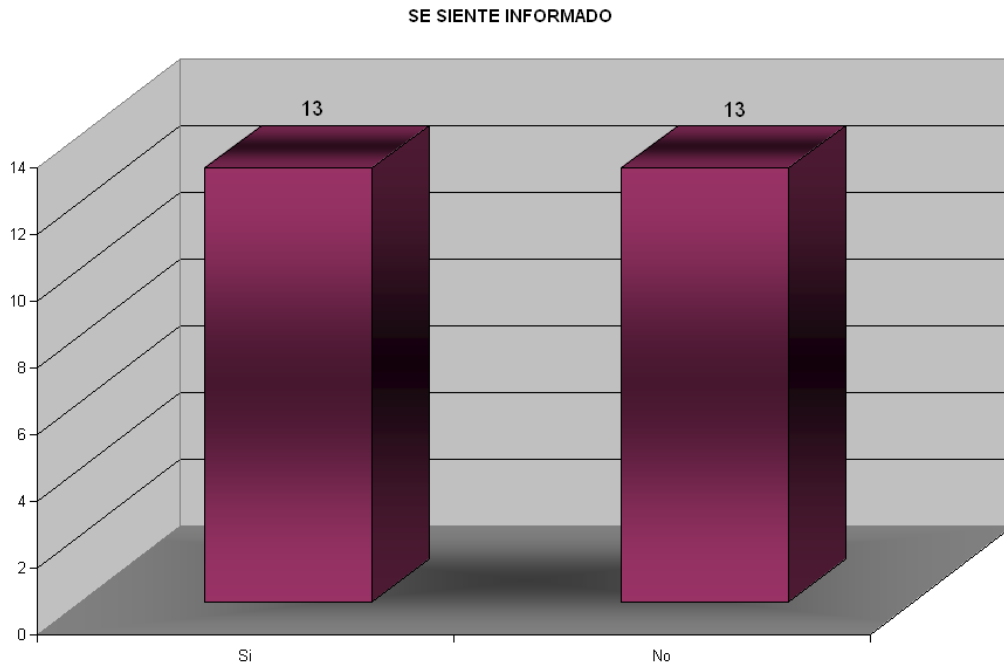
EXPLICACION CLARA



Aún y cuando las personas han sido detenidas en más de dos ocasiones, la mayoría considera que la explicación es poco clara.



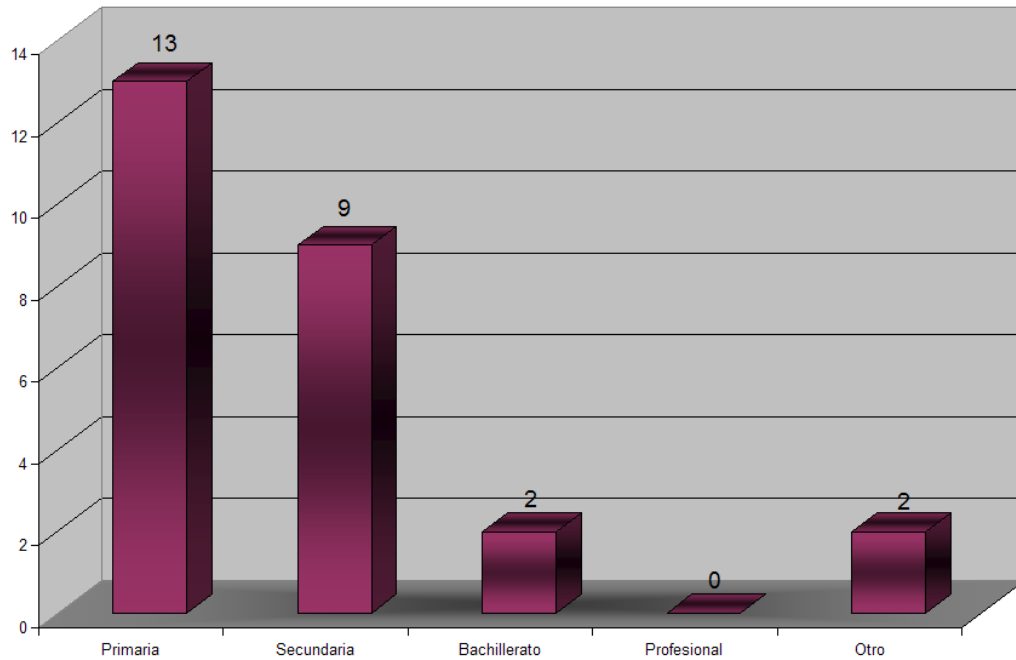
Si bien el Defensor y el Secretario tienen el mismo nivel de participación; resalta la del Secretario.



El 50% se siente informado. Cabe señalar que varios externaron, que el sentirse informados no era por la explicación en la presente diligencia, sino por las experiencias propias.

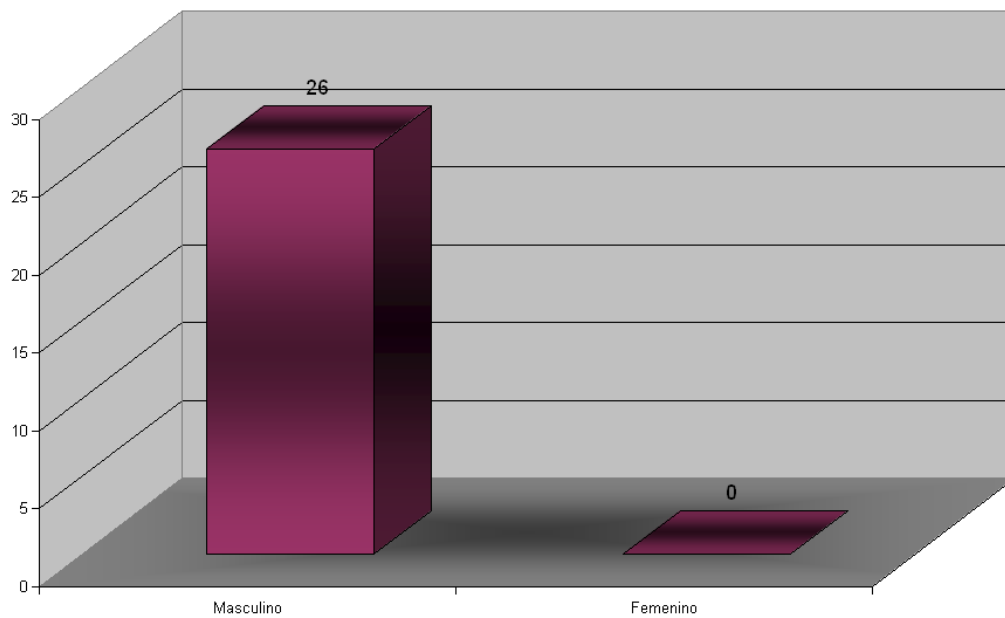
Información que de igual manera se evidenciará en su momento.

NIVEL ACADEMICO

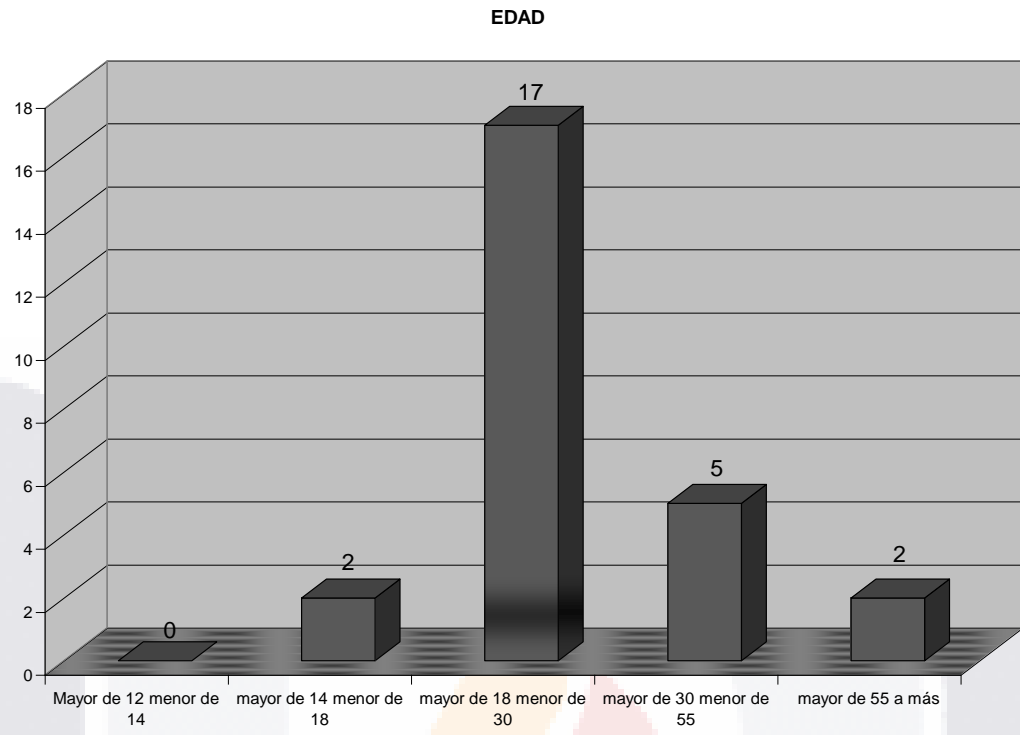


La cuestionario no tenía previsto la opción de “Otros”, la cual fue necesario incluir en razón de que el 7.69% no tiene primaria; lo cual es un dato importante, para efectos tener paciencia en el cómo se dan a conocer los derechos a los detenidos.

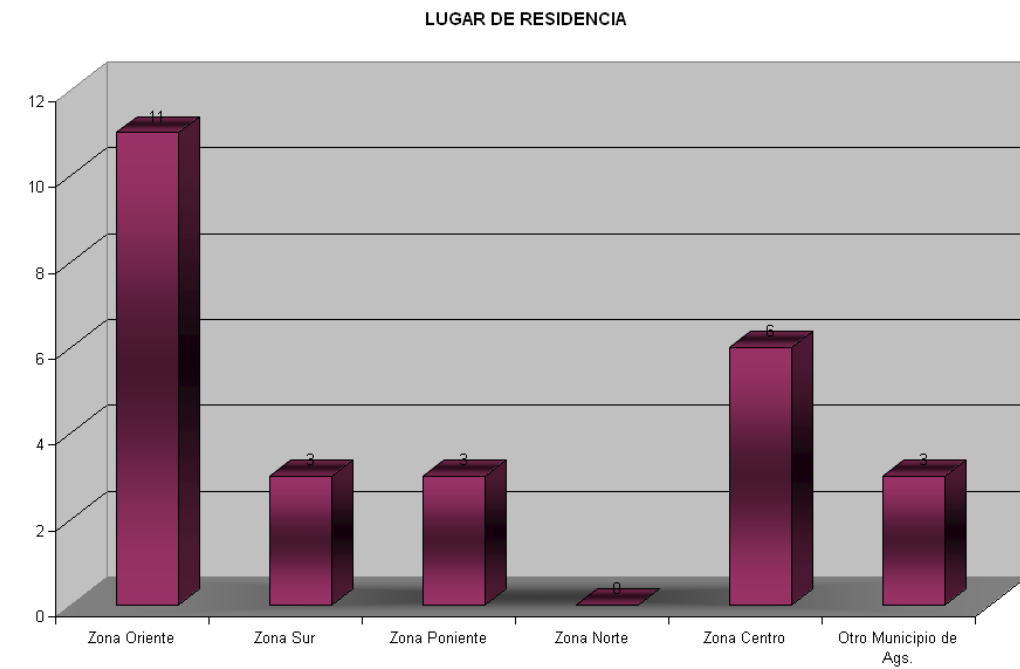
SEXO



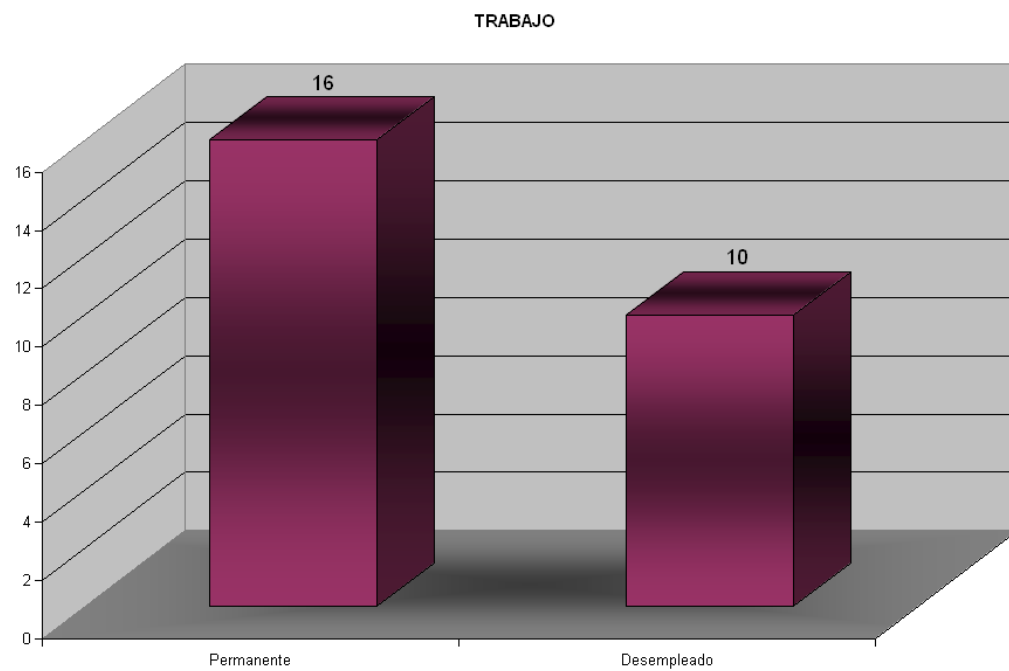
El 100% de los detenidos son de sexo masculino.



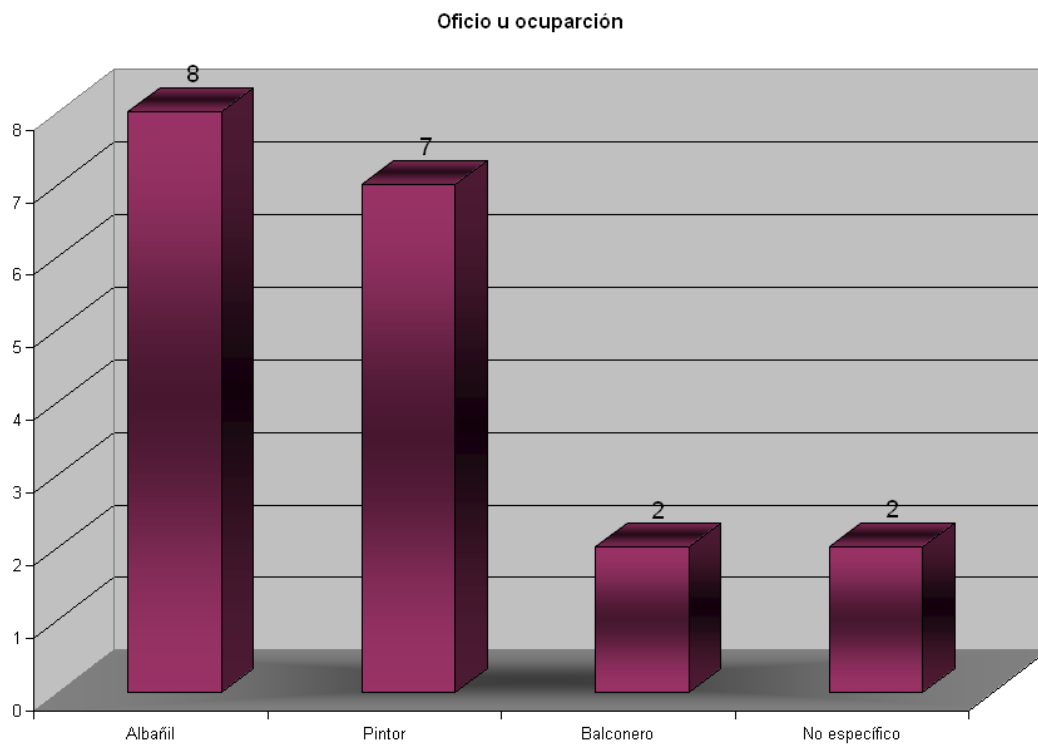
El 65.38% recae en personas mayores de 18 y menores de 30 años de edad.



La zona oriente resalta por su participación.



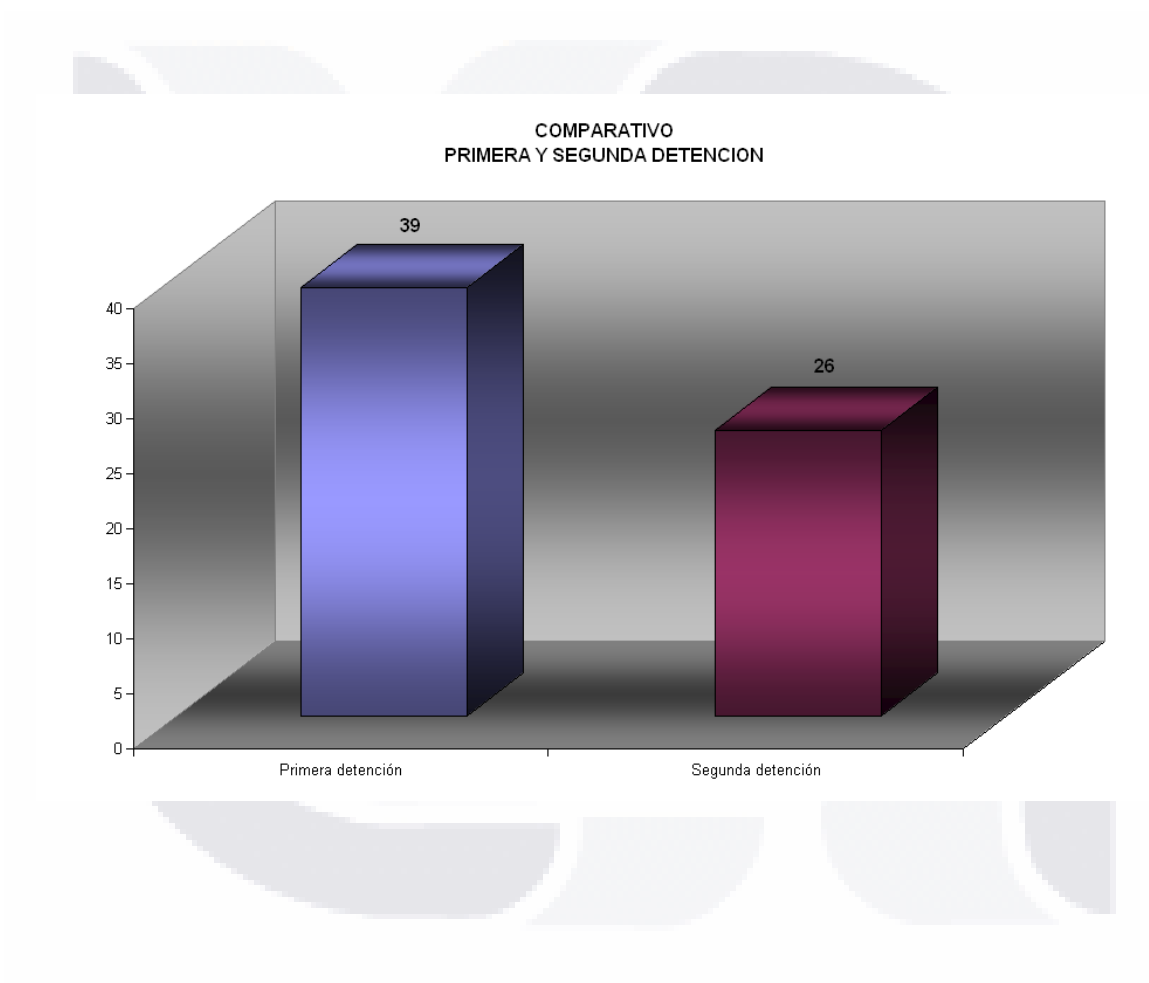
El 38.46% no tiene trabajo en este momento.



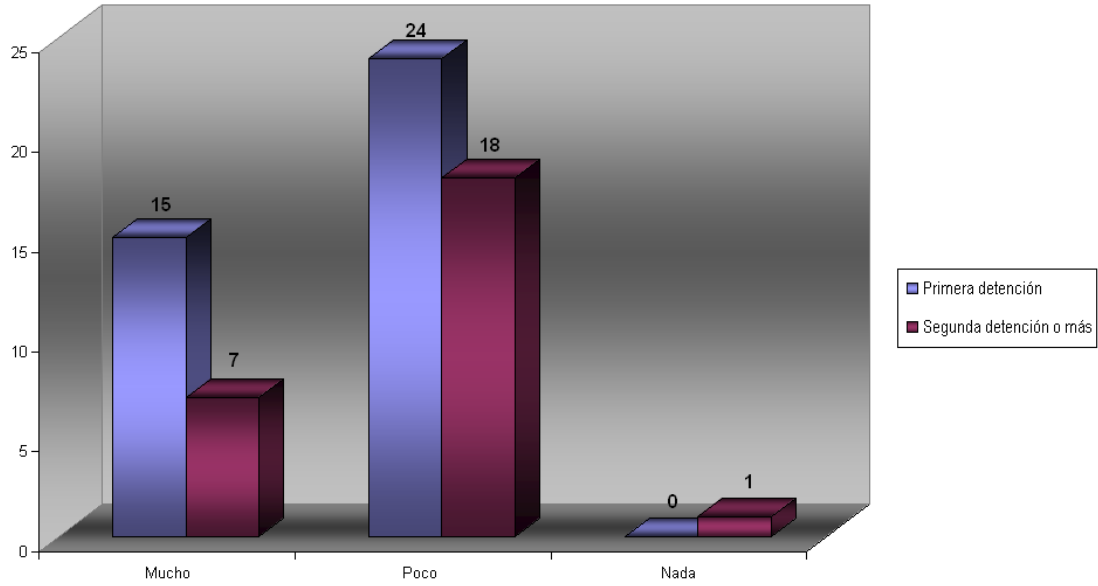
Se mencionan las cuatro principales actividades de las personas que son detenidas en dos o más ocasiones.

5.2.3 ANALISIS COMPARATIVO

Una vez que conocemos los resultados de aquellos que han sido detenidos por primera vez y de igual forma, de los que se les ha detenido por más de dos veces, podemos hacer un comparativo, para saber como se encuentran unos y otros, en aproximación ante la comprensión de sus derechos. Aunado a las diversas variables predefinidas.

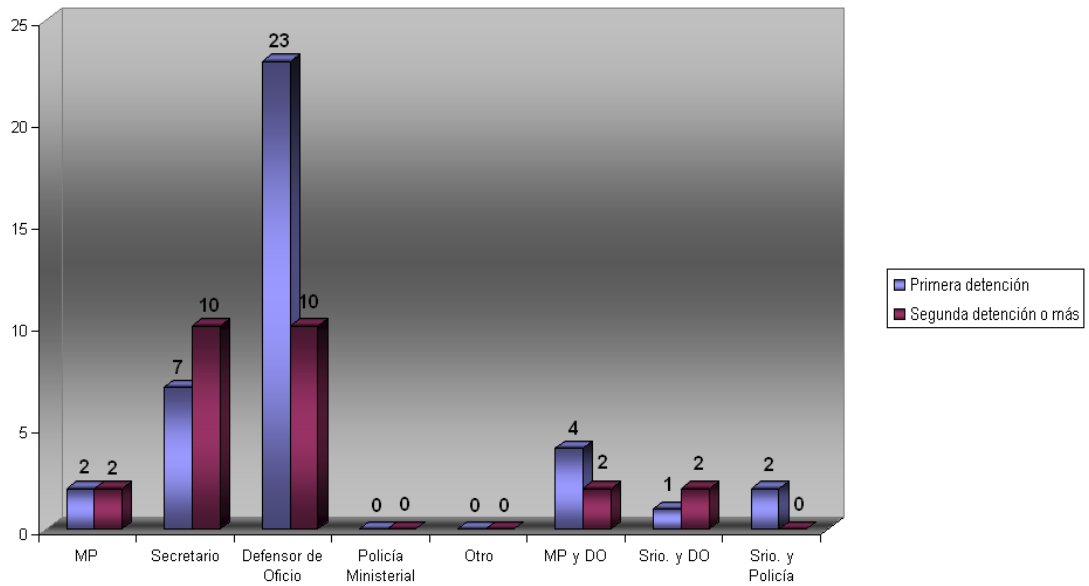


COMPARATIVO
EXPLICACION CLARA DE LA SITUACION JURIDICA



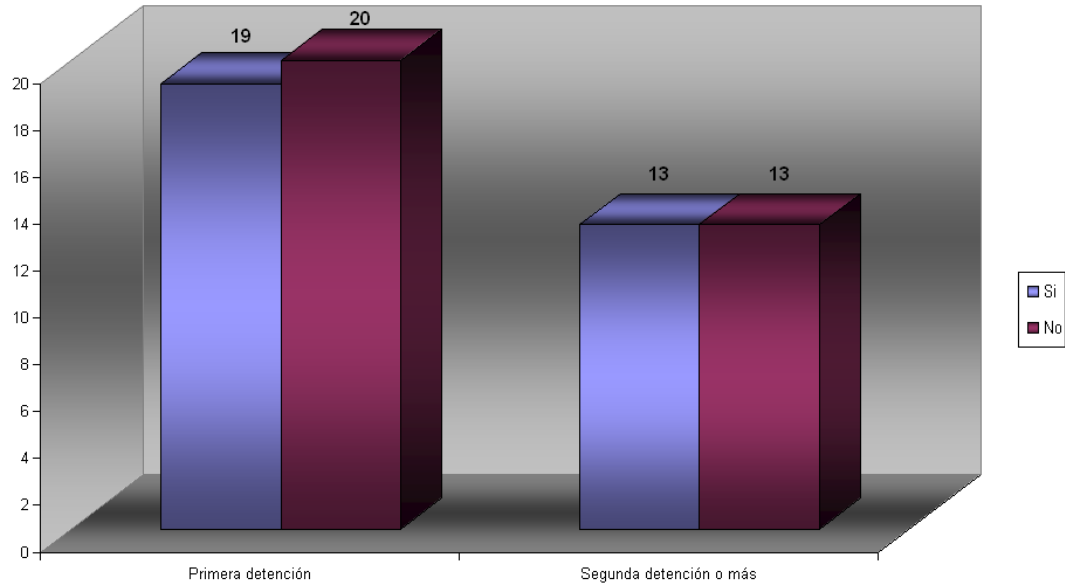
En un 64% la explicación es poco clara.

COMPARATIVO
DE QUIEN INFORMA



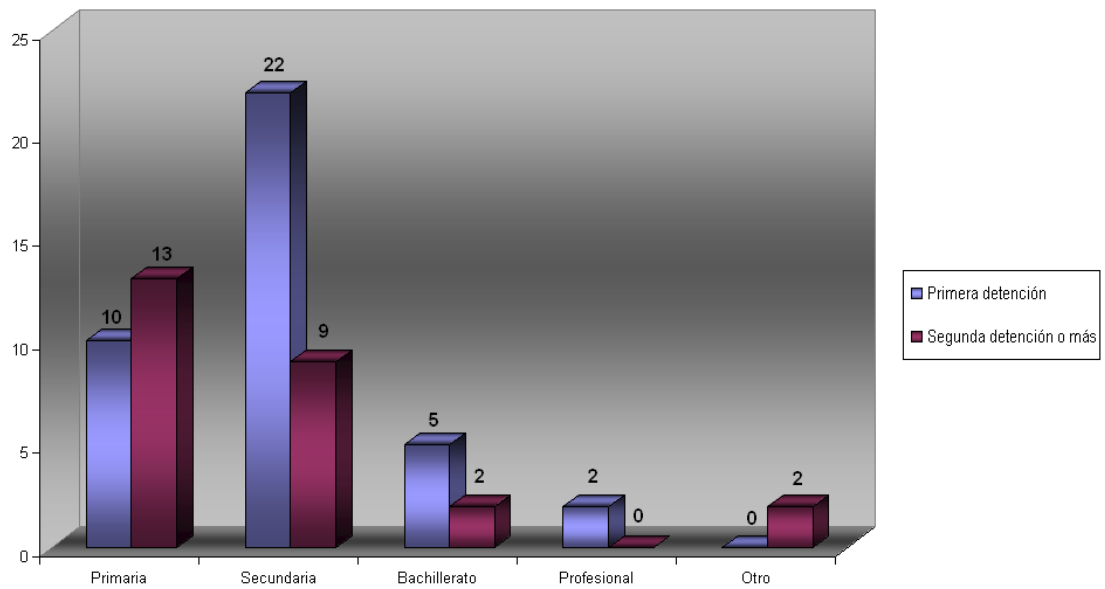
Resalta la poca participación del Ministerio Público, representada en un 12%.

COMPARATIVO
SE SIENTE INFORMADO

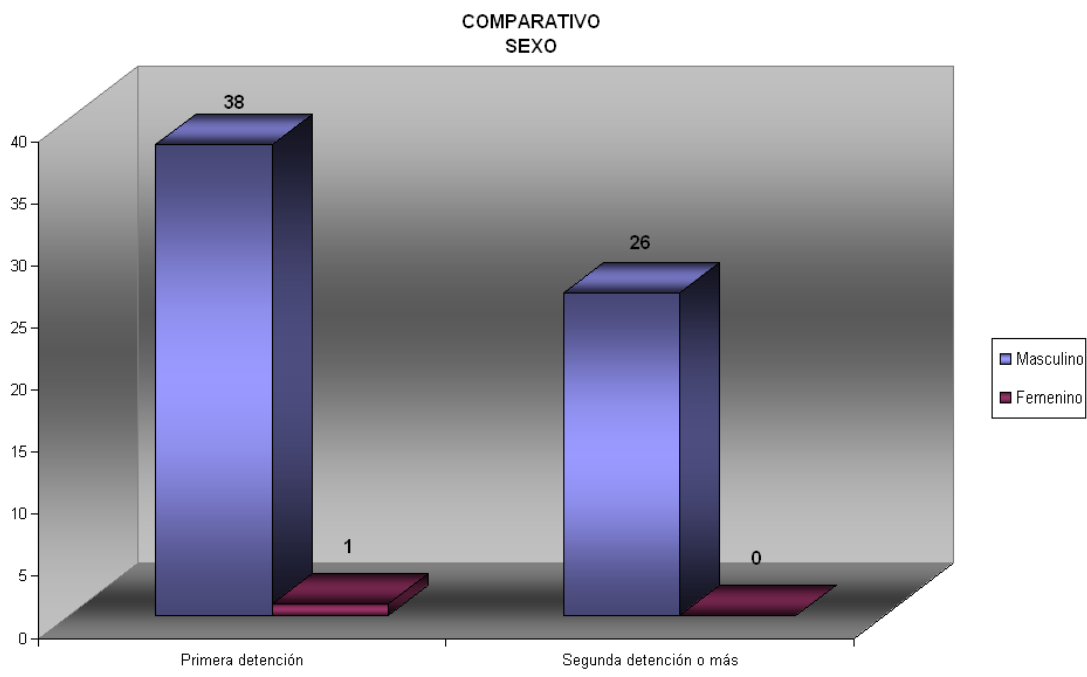


Se aprecia la percepción de unos y otros en similar cantidad, por considerar si están o no informados. Como ya he mencionado, resultado respeta la contestación del detenido. Agregando su comentario del por qué de su contestación.

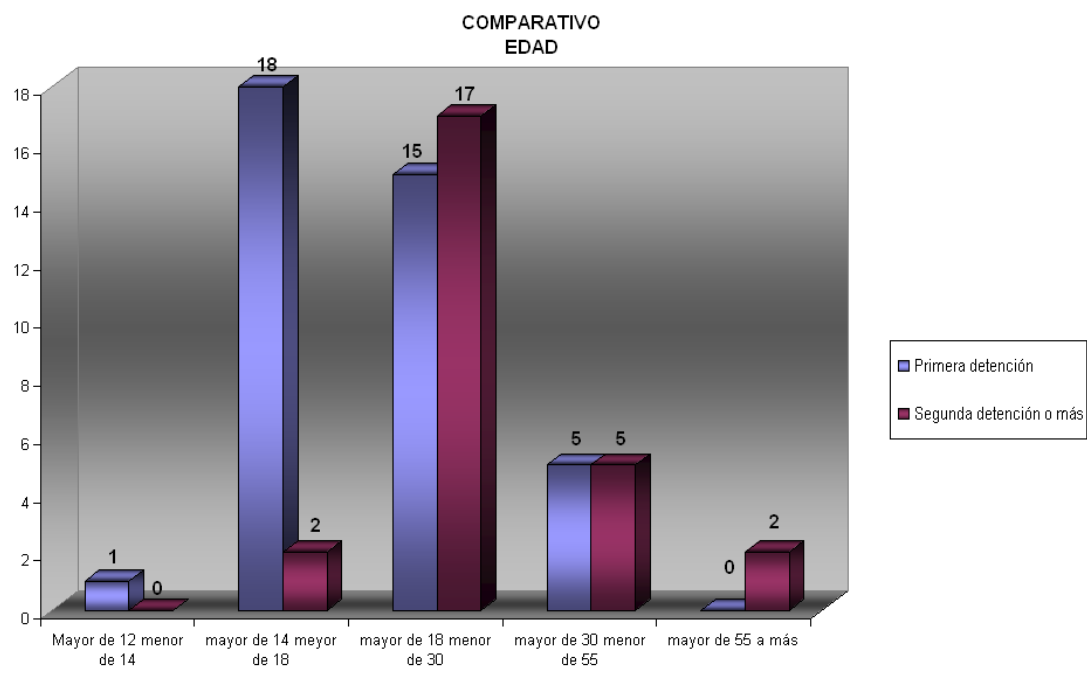
COMPARATIVO
NIVEL ACADEMICO



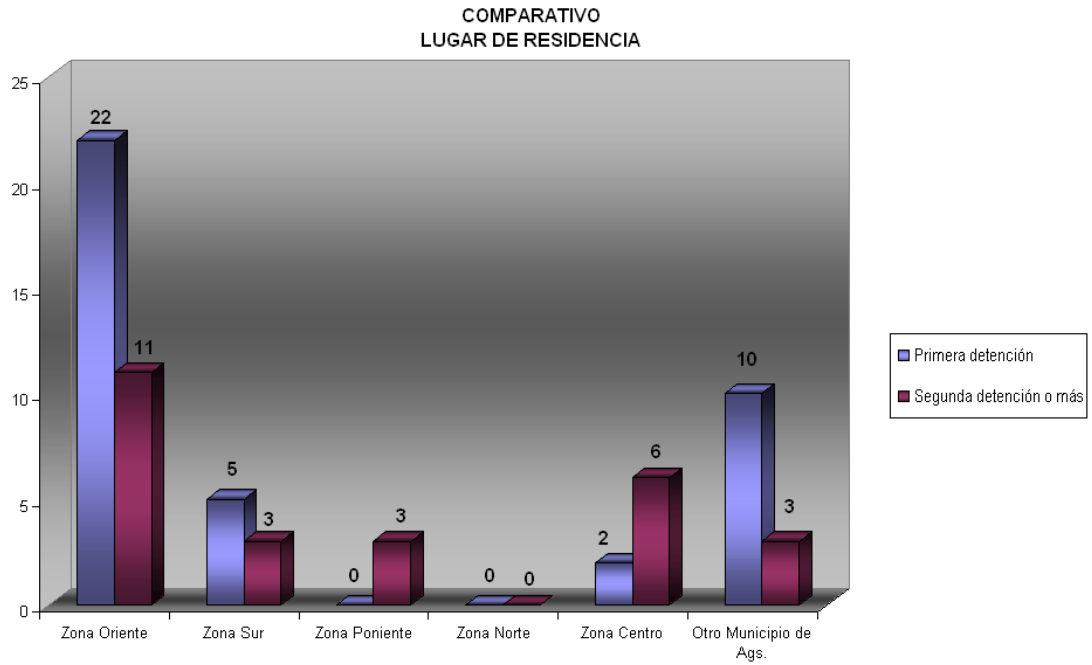
Para los de la primera detención el nivel secundaria sobresale, mientras que el nivel primaria resalta tratándose se los de la segunda detención o más.



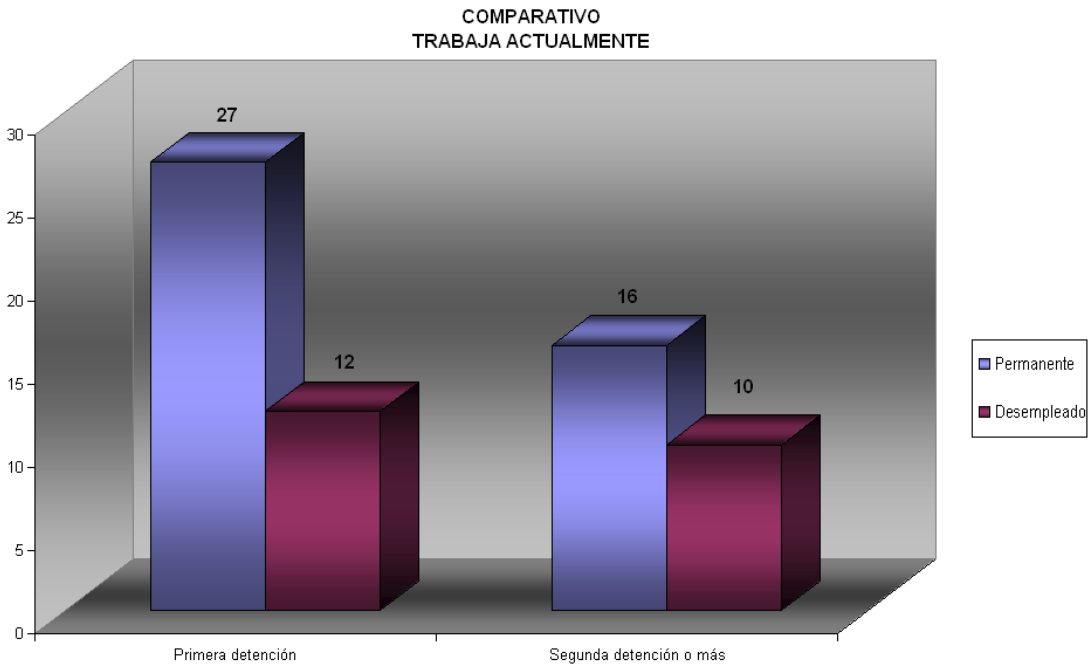
El sexo masculino impera en ambos casos.



Tanto para unos y otros, la edad promedio recae en mayor de 18 y menor de 30 años. Aún y cuando para los de la primera detención la etapa de la adolescencia de coloca en el primer lugar.

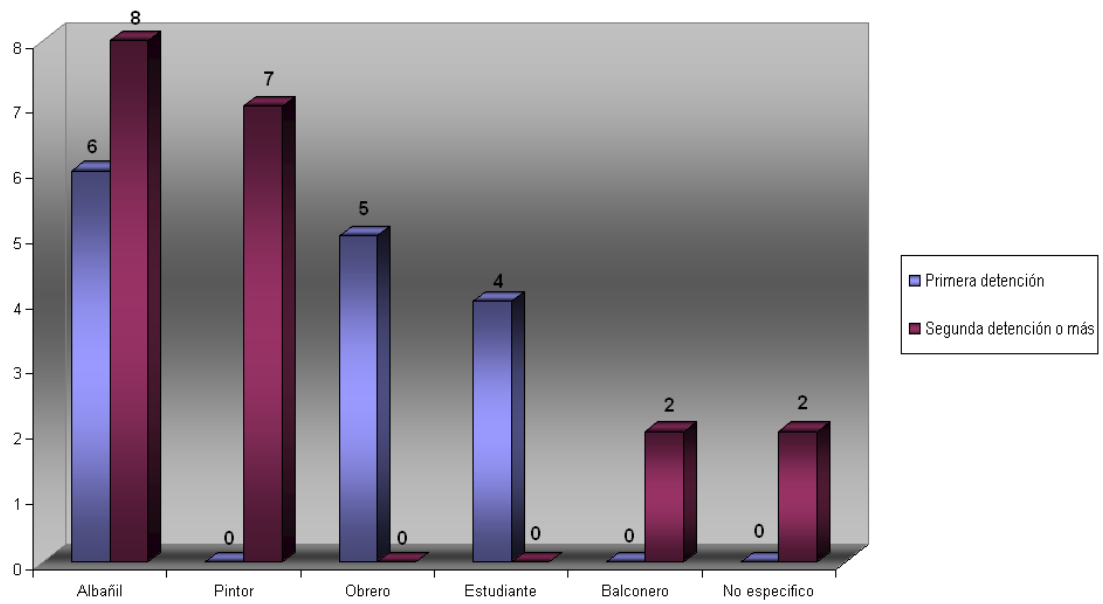


La zona oriente es definitivamente el foco rojo de la ciudad de Aguascalientes. Información que no es nueva para nadie, mucho menos para las autoridades de los tres niveles y poderes del Estado.



Aquellos que son detenidos por primera vez, tienen actividad laboral; a diferencia de los detenidos en dos o más ocasiones.

COMPARATIVO
OCUPACION U OFICIO



Es de llamar la atención que el oficio de albañil coincide en ambos casos en estudio.

5.2.4 APORTACION ADICIONAL POR LOS INDICIADOS

Con la finalidad de conocer si el indiciado se siente informado, principalmente de los derechos que le asisten y no tanto de los hechos. Al momento de cuestionarle, algunos de ellos realizaron comentarios adicionales, mismos que se mencionan por su riqueza, porque ese es el sentir de la persona que se encuentra detenida.

Fol.	Se siente informado (pregunta número 7)
2	No, por eso no declaré, no me siento informado, porque no les entendí mucho.
4	Entiendo lo que dice él que me demanda, pero de lo demás no entiendo nada.
5	No entiendo porque no se me dijo de la fianza...
8	Hay cosas que no entendía y les decía ¿eso qué es? Y si me las aclararon.
9	No entiendo muchas cosas, no pregunto porque me <i>chiveo</i> .
11	No, porque otras DO explican como esta el asunto, y ella no lo hizo. Lo que se de mis derechos, es por mi, no por lo que me dijo- la DO.
13	Tengo dudas de cómo están las cosas, cuál es el proceso a seguir.
17	En el CERESO hacen más caso que aquí...
19	No, me <i>chiveo</i> para preguntar.
20	No, por eso pregunté.
23	Si mucho... No quiero meterme en bronca con los de aquí. Si les entendí.
29	Ya conozco lo esencial, porque he estado otras ocasiones.
32	Hay palabras raras, pero les dije que no entendía y me las explicaron.
33	Hay cosas que no entiendo, no pregunto porque me <i>chiveo</i> .
34	Hubo una que otra palabra rara, no pedí explicación porque me dio vergüenza.
35	No, pero no pregunto, porque "no".
37	Casi no les escucho, porque había mucha gente y tal vez se enojan si pregunto.
38	No se cuanto tiempo voy a estar aquí...
40	No se nada de la fianza, si la alcanzo o no.
43	No entiendo mucho, porque no fui a la escuela, y no pregunto, PORQUE NO SE QUE PREGUNTARLES.

46	No entiendo cuales son mis derechos y qué les pregunto, NO SE CÓMO PREGUNTAR.
48	No. Me dijeron que nos vemos en 48 horas, pero no se para qué, ni que más.
49	Me siento confundido, porque me dijeron que “detenido al tutelar...”
54	No se cuantos días voy a estar aquí.
57	No se ni que onda, si para salir nos van a cobrar, cuanto tiempo vamos estar aquí en la Judicial
58	No, porque si ya se recuperaron las cosas, por qué me quieren cobrar. No me explicaron por qué.
61	No entiendo eso de que si existen elementos o no.
64	Me dijo la Lic. “tu eres policía y ya sabes como esta el movimiento, comenzamos con leer la denuncia y ve pensando si te vas a reservar”
65	Bueno pues si, -no quiero problemas... No entiendo si me van a dejar salir <i>ahorita</i> y no pregunté porque no tengo cabeza, estoy bien desvelado.

Es evidente que con la “embarrada” de información que se recibe en la diligencia de declaración de detenido en la etapa de averiguación previa, no se cumple con que el indiciado conozca, derechos y no solo hechos; pues vemos que hay de todo tipo de dudas.

Algunas porque no se le explican y si bien es cierto, el propio indiciado no pregunta, es porque no se le da la oportunidad. Prácticamente solo puede abrir la boca, para decir si declara o se reserva y punto.

Es decir, según veremos en lo observado durante el desarrollo de las diligencias, donde la participación del Ministerio Público, Defensor de Oficio, Secretarios y Policías Ministeriales, marcan la pauta para que los detenidos se limiten a ser espectadores. Olvidándose que éstos últimos son el corazón del proceso penal.

Pero también es de comentar, que al avanzar en el periodo establecido para realizar encuestas y tomar apreciaciones del desarrollo de la diligencias, hubo mejoras pero con

limitantes, es decir se le pregunta constantemente al indiciado si tiene dudas, pero cuando quiere formularlas, se le dice: “al final todas tus dudas”, y cuando por fin llega ese momento, es para que conteste si quiere declarar o no y punto.

Entonces dónde quedó esa buena disposición por dar a conocer los derechos y de una manera clara.

Definitivamente hablar no es lo mismo que comunicarse.

5.3 SEGUNDA PARTE DE LA ENCUESTA

ESTADO PSÍQUICO Y FÍSICO DEL INDICIADO

PREGUNTA ABIERTA: ¿COMO ESTAS Y COMO TE SIENTES?

Pasemos ahora, a la pregunta que viene a reforzar la contestación del indiciado. Se pretende exponer que la persona, no se encuentra al 100% de su capacidad psíquica, pues el problema que le aqueja (haya tenido o no participación en el) se vuelve parte de su vida, él no distingue como algunos abogados dicen “sólo es un problema legal”, sino que es un problema que le abarca todo su existir en ese momento.

Principalmente cuando hablamos de delitos culposos, donde hay lesiones o pérdidas físicas, la persona se somete a un proceso de duelo, de dolor, donde la ausencia equilibrio normal, es notorio.

Para comprender mejor esta parte de la entrevista con el indiciado, como datos teóricos hablaremos un poco del Proceso de Duelo, como aquel que sufre una persona cuando es detenida, ante la pérdida en este caso de su libertad. Información proporcionada por el Instituto de la Juventud del Estado de Aguascalientes, a través del Lic. en Psic. Christian Gutiérrez Ruvalcaba.

5.3.1 EL PROCESO DE DUELO

La Sociedad Española de Cuidados Paliativos²³⁶, señala que el proceso de duelo, es el estado de pensamiento, sentimiento y actividad que se produce como consecuencia de la pérdida de una persona o cosa amada asociándose a síntomas físicos y emocionales.

La pérdida es psicológicamente traumática en la misma medida que una herida o quemadura, por lo cual siempre es DOLOROSA. Necesita un tiempo y un proceso para volver al equilibrio normal que es lo que constituye el DUELO.

Fases del Proceso de duelo:

1. Experimentar pena y dolor.
2. Sentir miedo, ira, culpabilidad y resentimiento.
3. Experimentar apatía, tristeza y desinterés.
4. Reparición de la esperanza y reconducción de la vida.

Manifestaciones del duelo:

- a) Sentimientos: Tristeza, Soledad, Añoranza, Ira, Culpabilidad, Autorreproche.
- b) Sensaciones físicas: Estómago vacío, Tirantez en tórax o garganta, Hipersensibilidad a los ruidos, Sentido de despersonalización, Sensación de ahogo, Boca seca.
- c) Cogniciones o pensamientos: Incredulidad, Confusión, Preocupación, Presencia del fallecido, Alucinaciones visuales y auditivas.
- d) Comportamientos o Conductas: Sueño con el fallecido, Trastornos del apetito por defecto o por exceso, Conductas no meditadas dañinas para la persona (conducción

²³⁶ <http://www.secpal.com/guiacp/index.php?acc>

temeraria), Retirada social, Suspiros, Hiperactividad y llorar.

Asimismo siguiendo las recomendaciones de la Dirección General de Atención a Víctimas del Delito, donde el Lic. Felipe de Jesús González Hernández, quien funge como Director General, me sugirió realizar en la encuesta, la pregunta ¿cómo estás y cómo te sientes? Utilizada en la *Terapia Gestalt*. Pues ésta me permitiría identificar cuando una persona realmente se encuentra mal, porque se “quebraría” en su reacción al contestar, por todo el impacto emocional que trae consigo. Asimismo permite a su vez identificar a la persona que finge estar mal.

El presenciar las diligencias y aplicar el cuestionario me permitió ser testigo de que la persona tiene una afectación sensible, de la cual algunos se mofan, otros la ignoran y otros se aprovechan de ella. Es decir según veremos a detalle, los Policías Ministeriales se burlan, los Secretarios la ignoran y tanto los Ministerios Públicos, como Defensores de Oficio, se aprovechan de ella, lo que implica trabajar en esta etapa del procedimiento penal lo menos que se pueda y trasladar el trabajo para que lo realice otro.

Definitivamente se piensa que el Indiciado esta intelectualmente a la altura de un Ministerio Público, Defensor de Oficio o Secretario, es decir dan por hecho que los detenidos previamente conocen y comprenden sus derechos, que saben como será el desarrollo de la diligencia, etc. De ahí que para el MO ó DO, basta con leer la denuncia y preguntar si quieren declarar o reservarse...

Previo a conocer el sentir psíquico del detenido, es necesario hacer un breve comentario sobre de qué es la Terapia Gestalt y cuál es su objetivo.

5.3.2 TERAPIA GESTALT

El Lic. César Vázquez Olcese, de la Universidad César Vallejo, nos dice en su artículo “Psicoterapia Gestalt: Conceptos, Principios y Técnicas”, lo siguiente:²³⁷

El objetivo principal de la Terapia Gestáltica es lograr que las personas se desenmascaren frente a los demás, y para conseguirlo tienen que arriesgarse a compartir sobre sí mismos; que experimenten lo presente, tanto en la fantasía como en la realidad, en base a actividades y experimentos vivenciales. El trabajo se especializa en explorar el territorio afectivo más que el de las intelectualizaciones. Se pretende que los participantes tomen conciencia de su cuerpo y de cada uno de sus sentidos.

La filosofía implícita en las reglas es proporcionarnos medios eficaces para unificar pensamiento y sentimiento. Tienen por designio ayudarnos a sacar a luz las resistencias, a promover una mayor toma de conciencia, a facilitar el proceso de maduración. Se busca también ejercitar la responsabilidad individual, la "semántica de la responsabilidad".

Para ello hacemos preguntas como las siguientes: ¿De qué tienes conciencia en este momento? ¿De qué te das cuenta ahora? ¿A qué le tienes miedo ahora? ¿Qué estás evitando actualmente? ¿Cómo te sientes en este momento? ¿Qué deseas?

Las respuestas proporcionadas por los detenidos, muestran que la pregunta de la terapia *Gestalt*, ayudó a identificar el estado anímico de la persona; que al asociarle con el estilo de informar derechos al indiciado; apreciamos que aún hay bastante camino por recorrer para decir que el derecho es comprendido por el indiciado, para así estar en la posibilidad de exigir se cumpla con la garantía constitucional; haciéndose realmente operativa en el caso concreto, donde el principal actor es el Indiciado conforme a la primera etapa del procedimiento penal.

²³⁷ <http://www.psicologia-online.com/colaboradores/cvasquez/gestalt.shtml>

En el siguiente cuadro, se resalta el dicho de aquellas personas que son detenidas por primera vez, sin embargo comentar sobre aquellos que han sido detenidos en diversas ocasiones, también es importante. Porque ambos muestran un bajo autoestima, que se aprovecha por el MP y el DO para terminar su jornada de trabajo lo más rápido posible.

Definitivamente no por ello se justifica, dar una información mínima de los derechos que le asisten, más aún al evidenciarse que la persona no sabe cómo pedir ayuda.

5.3.3 RESULTADOS PREGUNTA ABIERTA

Les invito a conocer lo que siente un detenido, cuando está privado de su libertad, que es lo que tiene en su pensar; no para aprovechar su condición, sino para ayudarlo.

Debemos tomar conciencia, como ya lo he mencionado, de que se trata de la libertad de personas, de un ser humano; lo cual no es expediente más.

Folio	¿Cómo estás y cómo te sientes?
1	Tengo tristeza por estar aquí. Me duele el cuerpo, porque en la preventiva me trataron mal.
2	Estoy asustado, murió mi amigo, me siento triste... (Comienza a llorar, le pide a su Papá que no lo deje solo) No quiero ir a la cárcel. (Comenta sobre el accidente automovilístico...) Tengo fracturada la rodilla y el tobillo.
3	Desanimado, me siento solo, además sin compañía en la celda para platicar, estoy triste por la situación, porque es un accidente...
4	Me siento mal, tengo preocupación por salir en la "Tribuna"; bueno todo me preocupa. No tengo a nadie... me siento mal por la niña...yo no le hice nada... Tengo dos mujeres, me son las que me quieren fregar. Una de ellas es la que lo acusa. El Licenciado me dijo que me reservara, yo no se por qué, pero seguí el consejo. Estoy muy intranquilo por todo. El policía cuando me llevaba a la celda me dijo "vete al CERESO".
5	Desesperado, ya quisiera salir. Acepto el problema e incluso trato de consolar a los compañeros de celda, porque he estado aquí en otras ocasiones.
6	Bien, pero un poco aturdido por el encierro en la celda. Siento que mi defensor si me defendió, porque pidió que se me fijara fianza.
7	Triste por la situación en la que estoy, porque es la primera vez y pienso en mis hijos. Estoy enojado, porque me siento engañado, me involucraron en este problema. Estoy <i>chiviado</i> ... Tengo mucha hambre (incluso llora).
8	Sorprendido, asustado -porque siento miedo de caer "a la grande" (CERESO), me siento <i>agüitado</i> por mi y por mi familia. Por mi hija -esta chiquita de 2 meses. Estoy triste (esta a punto de llorar).
9	Triste porque estoy detenido, no quería que me detuvieran, ya quiero salir, estoy aburrido de estar encerrado.
10	Inquieto porque solo cambian las cosas, quiero que se diga la verdad y me dejen salir. Estoy triste porque yo no debía estar aquí.
11	Mal, por lo que pasa, me siento mal conmigo mismo y ahora más por saber que otra vez voy a pasar tiempo por allá -en el CERESO.
12	Me siento raro, me siento impotente, porque todo son mentiras, espero salir, estoy ansioso "el que nada debe nada teme". Pero quiero que se aclare el problema para

Folio	¿Cómo estás y cómo te sientes?
	poder salir. También estoy tranquilo conmigo mismo.
13	Mal, porque tengo hambre, por dormir en el suelo; trise porque no estoy libre, porque es domingo y me gustaría estar con mi familia para dar la vuelta.
14	Mal, por lo que hice, me siento sacado de onda por estar aquí, porque no estoy acostumbrado. Pero bien porque pude hablar con mi papá.
15	Asustado, tengo miedo a lo desconocido, a lo que va a suceder. No pensé en preguntarle a la DO mis dudas, porque estoy <i>chiviado</i> .
16	<i>Agüitado</i> por mi familia, esta preocupada por mi culpa, hoy no trabajaron... y también <i>agüitado</i> por mi mismo, estoy desanimado por estar aquí.
17	Tengo hambre -no he comido nada, estoy desesperado porque mi familia no sabe nada... Tengo un golpe que me duele en el pecho, pedí una pastilla para el dolor y me dijeron que no tenían. Me siento poco triste porque mi familia no sabe en donde estoy -no están aquí en Ags.
18	En cuanto le realizo la pregunta, comienza a llorar, (le cuestiono el por qué llora). Lloro porque todo lo que pasa soy yo... No entiendo porque no dan de comer y porque nos tratan como perros, traté de hablar con mis familiares, pero me dijeron que le cortara... Me siento triste, porque la gente se burla de mí... Quiero hacer una vida nueva.
19	Bien (Se le corta la voz), Estoy triste, <i>agüitado</i> (comienza a llorar) No veo a mi familia, me salí por problemas, vivo con una muchacha, que nos vemos de vez en cuando...
20	No me siento a gusto en cuanto a saber si la va a hacer o no. Hace rato no sabía ni que, <i>ahorita</i> me siento más tranquilo, por eso preguntaba para que quede más claro.
21	Me siento bien, porque tengo la conciencia limpia, porque yo no hice nada; pero como uno ya es conocido por la policía, a uno es al que agarran y por eso me siento <i>molesto</i> con los patrulleros.
22	Tranquilo, pues ya ni modo, no hay problema estar aquí. Evito tener problemas.
23	Nervioso, asustado por lo que paso del vidrio. Triste por mi familia, <i>agüitado</i> . Tengo miedo de ir a la cárcel.
24	Mal, si no salgo bajo fianza, tengo miedo y tristeza de ir a la cárcel. Pero pues ya que.
25	Nervioso, a la expectativa, porque estoy en el filo, me quedo o salgo. Siento impotencia por estar en este lugar, por pura mala suerte, porque hay una vida en

Folio	¿Cómo estás y cómo te sientes?
	peligro. Estoy intranquilo hasta que no quede salvada la vida.
26	Mal por lo que hice, triste por mi mamá, desesperado porque ya me quiero ir allá -al CERESO, porque aquí uno se desespera más, porque es más cerrado. Además los de haya, dicen que vale más en el juzgado tu declaración.
27	Mal, porque lo que hice está mal. Triste, impotente, vergüenza con mi familia (Llora y ya no puede hablar).
28	Madreado, porque me golpearon en la cara y en todo el cuerpo -tengo coraje. Triste, porque estoy aquí y por mi familia.
29	<i>Agüitado</i> porque no me gusta estar en este lugar... Triste, deprimido, porque aquí no tengo a nadie, soy de otro Estado, Tengo hambre.
30	Mal, porque siento que decepcione a mi mamá, <i>agüitado</i> porque no todo lo que dicen es verdad y les creen más a otros que en uno. Me siento decepcionado de mi mismo.
31	Nervioso, porque nunca me había pasado esto, <i>agüitado</i> porque tengo miedo de la reacción de mis papas, miedo de que me vayan a meter al bote.
32	Se siente bien feo, piensas en tus papas, que los defraudas (se le quiebra la voz) me siento triste, raro, como si no fuera yo mismo. Incómodo como que ya no soy el mismo.
33	Mal, porque nunca me había pasado y no pensé que iba a estar así -detenido, porque yo no soy de los que se meten en problemas. También me siento mal por mi familia. Decepcionado porque yo decía que no iba a ser así y ahora estoy aquí.
34	Mal, por que mis papás no saben que estoy aquí, triste, decepcionado, porque me fui de cotorreo... Y de primero yo no quería ir y me arrepiento de porque salí a cotorrear.
35	Cansado por los golpes de los policías, nervioso porque no se lo que va a pasar... Estoy con ganas de salir y eso me pone inquieto. Triste por mi familia.
36	Nervioso, porque estoy aquí, por mi familia, triste, deprimido, porque pienso que ya no voy a salir.
37	<i>Agüitado</i> porque no fuimos nosotros. Me preocupan mis hijos y mi esposa. No tengo ánimos, ya quiero esta afuera.
38	Tengo dolor de cabeza, la mano la tengo fracturada ya pedí que me pongan yeso. Me siento mal, <i>agüitado</i> , por mis hijos y mi mamá. Tengo una mezcla de sentimientos (se le quiebra la voz...).
39	Tengo un brazo quebrado y me duelen los dientes -en el accidente perdí uno. Me

Folio	¿Cómo estás y cómo te sientes?
	preocupa que quieren operarme y no. Estoy indeciso, porque me siento con derecho de defenderme, porque no fue mí culpa. Estoy preocupado por mi familia, porque no están conmigo -que culpa tienen ellas. Estoy triste por lo que paso.
40	Mal, porque está mi mamá aquí afuera (comienza a llorar). Se que todos dicen lo mismo que no fueron ellos, pero de verdad que yo no fui y que no me crean me enoja. Lo que hago lo reconozco... Estoy triste, ya me quiero ir de aquí, no aguanto estar aquí.
41	Me preocupa mi trabajo... me siento normal, no me gusta que me traten con agresión verbal, no tengo miedo, pero me cohíbo.
42	Mal, porque es falso. Enojado con ellos, por qué no dicen lo que realmente fue. Si estaba de principio tenso, pero me fui tranquilizando. Tengo vergüenza de que se entere mi hijo y tengo también pendiente de mi esposa. Cuando hablé con mi mamá pues se agüito (él comienza a llorar...) Siento un nudo en la garganta, ya no puedo hablar.
43	Triste (se le corta la voz y esta a punto de llorar) por mi familia, preocupado por mi hija. Desesperado por estar aquí. Me da vergüenza por como ando y lo que soy. Pienso que aunque no entiendo muchas cosas, no tengo derecho a preguntarles nada...
44	Me duele el pecho porque tomé mucho agua porque venía corriendo, también me duele la garganta y la infección que tengo en la boca. Estoy preocupado por mi esposa y mi mamá, estoy agüitado porque no se que voy a hacer, si voy a perder todo. Quiero una segunda oportunidad de vida, quiero estar afuera, no me importa que me persigan, sino que quiero estar afuera, porque afuera es mejor.
45	Muy mal, por la golpiza. Moralmente también estoy mal por todo lo que me va a afectar. Se vienen abajo muchos planes, trabajo, familia, amistades, Se derrumbó todo... y luego esos periódicos amarillistas que hacen su escándalo... Estar aquí detenido es algo muy feo y a nadie le gusta estar aquí, pero tengo una esperanza ligera de salir. Me siento demasiado preocupado por mi mamá. Me van a correr del trabajo - no puedo faltar, y si uno no trabaja, no come.
46	Mal, porque yo no hice nada y me tienen aquí. Estoy <i>agüitado</i> , me siento mal, porque estoy aquí, por mi familia, por mi mamá y por mi mismo. Estoy enojado por hacer caso de correr -me dijeron corréele y corrí sin pensar...
47	Bien, pero no del todo bien, estoy "confuso" por la situación, por estar aquí,

Folio	¿Cómo estás y cómo te sientes?
	preocupado por mi y por mi familia. Me pongo a pensar por el motivo de que estoy aquí.
48	Muy mal, porque nunca he estado en la cárcel, no se que va a pasar conmigo, mi familia no sabe que estoy aquí, mi mamá esta enferma y no quiero que sepa (comienza a llorar). Se siente muy feo estar aquí. Estoy triste, preocupado, enojado conmigo mismo, no se que pasa conmigo, me siento muy triste, no me gusta estar aquí...
49	Me siento confuso, nervioso, triste -hace falta la familia... Por ser la primera vez que estoy aquí, se siente bien mal, no quiero estar aquí. Me da vergüenza hablar, por eso uno mejor se calla y no pregunto, además nada más le están diciendo a uno "tu fuiste, tu fuiste"... Tengo un sentimiento que no se que es.
50	Enojado conmigo mismo, por como soy, porque le fallé a mis jefes... De aquí <i>pa'</i> delante lo que caiga. Me <i>agüito</i> por la morra que me gusta, pero que se hace, que me quiera como soy. Me siento confundido, no se que pasa conmigo, sí me arrepiento; hice lo que me dijo el Defensor y ya.
51	Moralmente me siento mal, principalmente porque nunca he sido irresponsable con mi trabajo y con mis hijos. Me siento mal, si me quedo un día más detenido, me voy a quedar sin trabajo. Eso me preocupa mucho. Me pongo a pensar que si hubiera estado en mi casa, no pasaría esto.
52	Mal por lo que hice y triste por la situación en la que estoy.
53	Triste porque yo no fui. Quiero avisarle a mi mamá que estoy aquí, me preocupa ella y mi familia, mi esposa y mis hijos. Me siento muy mal y quisiera hablar con mi mamá. Tengo mucho frío. (Cabe señalar que en la diligencia estaba llorando).
54	Preocupado por mis hijos tengo uno con discapacidad. Me preocupa como va pasando el tiempo y que no se resuelvan las cosas, porque pasa tiempo y mi trabajo pierdo. Estoy triste por todo, me preocupa el relajo que se hizo por los vecinos. Estoy enojado con mi esposa, tengo problemas con ella y sí rompí los vidrios de coraje.
55	Mal, por lo que hice, lo acepto. Me siento enojado porque quien me demanda no me respondió, ya habíamos hablado y me iba a dar una oportunidad...Tengo dudas de que es lo que va a pasar, quiero que se resuelva el asunto. Me siento mal por mi familia, me preocupa el que dirán mis papás.
56	Mal, porque estoy encerrado, me da coraje por que son diferentes cosas las que se dicen. Me <i>agüito</i> porque voy a perder el trabajo, de por sí, casi no hay, no lo quiero

Folio	¿Cómo estás y cómo te sientes?
	perder, a penas que me iba a alivianar. Estoy desesperado, porque no estoy impuesto a estar encerrado. También me duele la cabeza, porque ando crudo.
57	De la <i>chin.</i> , porque es la primera vez, pienso en mis hijos (comienza a llorar y se le quiebra la voz). Es muy feo estar aquí. No sé como explicarlo. No hice ninguna llamada, porque no quiero que mi familia sepa que estoy aquí.
58	Estoy esperando para pagar, si quieren que les pague... <i>Agüitadón</i> , por estar aquí... No se como más decirle.
59	Preocupado por mi familia, por el accidente. Triste, cansado, asustado, mucho susto... (Llora y ya no puede hablar).
60	<p>Me preocupa no salir de aquí, no quiero que me golpien en los cuartos. Inquieto por saber si me quedo o no y comienza a llorar - no quiero que me golpeen (insiste).</p> <p>Cabe señalar que los Policías Ministeriales comentaron que estaba enfermo de la cabeza y que mejor a él no le aplicará la encuesta. Precisamente por lo mismo es que se la aplique. Si la persona no está a su 100%, porque lo tratas como si lo estuviera.</p> <p>Incluso el Policía le pregunta que día es hoy, él contesta que 2 de noviembre de inmediato; aunque la respuesta no satisface al Policía, pues el quería que dijera domingo. Cuando le cuestiono al Detenido que le pasa, me dice que está desvelado, pues no ha dormido, que es diabético y padece del corazón.</p>
61	Estoy golpeado por los policías preventivos me duele el cuerpo, también estoy <i>agüitado</i> por que yo no hice nada, porque estoy aquí, porque es mi primera vez. Triste por mi familia, porque yo soy el que aliviana a mi jefa con la feria.
62	Deprimido, con ganas de llorar, estoy muy triste, porque me acusan y yo solo iba pasando, además yo estaba tomando, <i>ahorita</i> estoy crudo, Usted cree que así voy a ir a robar. Tengo miedo de lo que va ha pasar, de lo que me vayan a hacer los judiciales. Se van a enojar mi papá y mi mamá. Me duele la cabeza.
63	Me preocupa el estado en que me encuentro <i>ahorita</i> , porque no se si me puedan hacer el favor de prestarme para la fianza o no. Me preocupan mis hijos y mi esposa -porque ella es la afectada por los golpes. No se que va a pasar con mi vida, la de ella y la de mis hijos.
64	Mal porque está en peligro mi trabajo, <i>Agüitado</i> por mi familia y por mis hijos

Folio	¿Cómo estás y cómo te sientes?
	(comienza a llorar) por darles apuraciones. Tengo coraje porque por culpa de otro, estoy aquí. En lugar de que lo apoyen a uno, pues uno explica y eso no vale, y ya me pasaron a perjudicar. Todos tenemos derechos, y el que la deba que la pague. Me siento traicionado por mi jefe.
65	Me siento bien, porque siento que no pasó a mayores. No estoy triste, pues ya que, ya me tienen aquí. Además no tengo miedo, porque no debo nada. Quiero que mi familia sepa donde estoy, para que me traigan un lonche. Quisiera salir, estar afuera, me siento mal por estar encerrado.

Es excelso reconocer que hay mucho por mejorar, debemos darnos la oportunidad de ser mejores servidores públicos, mejores abogados, pero sobre todo mejores personas.

No se pide nada extraordinario, sino simplemente realizar el trabajo asignado con calidad y calidez humana.

5.4 TERCERA PARTE DE LA ENCUESTA DEL DESAHOGO DE LA DILIGENCIA DE DECLARACION DE DETENIDO

Una vez que se ha evaluado el grado de comprensión por el indiciado, de los derechos que como garantía de defensa, le son otorgados en la diligencia de declaración del detenido. Ahora es momento de voltear la mirada hacia el Ministerio Público, Defensor de Oficio, Secretario y Policía Ministerial, por ser todos ellos quienes de manera directa e indirecta participan en el desahogo de esta diligencia.

Cabe hacer mención en este momento, que en la encuesta no estaba previsto valorar el actuar en concreto del Secretario, pero al participar en las diligencias, es imprescindible su estudio, según se verá el porque dados los resultados de la presente investigación.

Por lo tanto, es necesario conocer cómo fue el desarrollo de la jornada para poder entender el por qué de las respuestas de los indiciados.

Para su estudio separé las diligencias en el siguiente orden:

- Detenido en Policía Ministerial asistido por Defensor de Oficio
- Detenido en Clínicas asistido por Defensor de Oficio
- Detenido en Policía Ministerial asistido por Abogado Particular
- Detenido en Clínicas asistido por Abogado Particular
- Varios Detenidos que asiste un solo Defensor de Oficio (Diligencia Tipo)
- Varios Detenidos, unos deciden declarar, otros no y le asiste a todos un solo Defensor de Oficio (Diligencia Tipo)

Esto nos permite ver enfoques diferentes del desarrollo de las diligencias, por el impacto que ésta tiene en concreto sobre sus derechos y por ende la efectividad de la garantía de defensa en la etapa de averiguación previa.

Cabe señalar que las variables nos muestran como resultado que no es lo mismo estar detenido en un lugar que en otro; me explico, no es lo mismo estar detenido en las instalaciones de policía ministerial por robo, que estar detenido en algún hospital por un homicidio culposo.

Hago la aclaración que para efectos de lectura y redacción, se utiliza la abreviatura MP refiriéndome al Ministerio Público; así como la sigla DO para el caso del Defensor de Oficio.

Veamos ahora como fue el desarrollo de las distintas diligencias:

5.4.1 DEL DETENIDO EN POLICÍA MINISTERIAL ASISTIDO POR DEFENSOR DE OFICIO:

Jornada del 31 de Agosto.

El Ministerio Público se presenta como Autoridad y le comunica al detenido que en este acto se le dará a conocer quien lo demanda y por qué, asimismo que tiene derecho a un defensor, el cual se encuentra presente. Interviene la Defensor de Oficio y confirma que ella le asistirá en esta diligencia.

La DO comienza a hojear el expediente y dice el nombre del denunciante y porque hechos lo denuncia, asimismo le comenta que hay un informe de detención, de inspección ocular, etc. Una vez que concluye de revisar el expediente, la DO le pregunta si tiene dudas. El indiciado responde de manera afirmativa. Pregunta si tiene derecho a fianza y de cuánto dinero sería, asimismo pide hablar con el ofendido para llegar a un arreglo. La DO le dice que “le contestará en su momento, porque ahora solo sigue que diga, si declara o se reserva. En caso de que declare eso puede perjudicarlo, pero si decide no declarar, ello no le perjudica, ni beneficia; además de que habrá otra oportunidad para que declare”. El detenido dice No declarar.

El Secretario comienza a tomarle datos generales, concluye y se recaban las firmas.

El MP le dice que puede hacer una llamada y el policía ministerial conduce al detenido al teléfono de la oficina, quien a su vez comenta que la llamada es breve, sólo para decirles que está detenido y no más. Concluye su llamada e inmediatamente el Policía Ministerial lo toma del brazo y lo dirige al área correspondiente.

En este momento, el Ministerio Público, me indica que puedo aplicar la encuesta.

COMENTARIOS:

- No se le respondieron sus dudas al detenido.

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- El Ministerio Público, y la Defensor de Oficio, siempre estuvieron presentes en la diligencia.

5.4.2 DEL DETENIDO EN LA CLÍNICA, ASISTIDO POR DEFENSOR DE OFICIO

Jornada del 31 de Agosto.

Al llegar a la camilla, se presenta como Ministerio Público y dice que esta detenido por el accidente y que le van a tomar su declaración si así lo desea, asistido por su Defensor de Oficio.

La DO comenta que la diligencia consiste en que conozca los hechos, para que en su caso declare y se defienda. Asimismo le pregunta si se siente bien, que si le escucha bien, porque procederá a darle lectura de la denuncia.

La DO comienza a preguntarle como estuvieron los hechos. Cabe señalar que al cuestionar, la DO pregunta y sin que aún le conteste el detenido, reformula la pregunta con un lenguaje menos técnico.

Le recomienda que no declare, porque ello ni le perjudica, ni le beneficia. Además le dice que será otro DO quien le asista en las posteriores diligencias. La DO le dice al MP que el indiciado decidió no declarar, pero el MP pregunta directamente al detenido si quiere declarar o no, y éste responde que no declarará.

La DO dice al detenido que regresará el MP a recabar su firma donde consta la diligencia que acaban de practicar, documento que ya vendrá firmado por ella.

COMENTARIOS:

- El DO molesta que el MP vuelva a preguntar de manera directa al Indiciado si quiere declara o no.

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- Durante el traslado de la Clínica del IMSS, la DO me cuestionó sobre el contenido del cuestionario y el tema de investigación de la presente tesis. Ahora bien al salir de la Clínica me comenta: "No creas que porque tú estás aquí, le di explicación al detenido, yo así trabajo siempre; además yo soy muy práctica, porque tengo que ir a atender a mis hijos".

5.4.3 DEL DETENIDO EN POLICÍA MINISTERIAL ASISTIDO POR ABOGADO PARTICULAR

Jornada del 07 de Septiembre

La secretaria inmediatamente que llega el inculpado, comienza a leerle la denuncia de forma muy rápida e incluso pasa de una hoja a otra sin concluir lectura... Hay que hacer un esfuerzo por concentrarse ante tanta agilidad.

La MP voltea a verme, y se incorpora a la mesa donde se lleva a cabo la diligencia e interrumpe a la secretaria (quien pone cara de molestia). La MP le dice al inculpado que en este momento se le dará a conocer quien lo denuncia y por qué, que tiene el derecho de declarar o reservarse, según lo considere... Asimismo le da explicaciones sin que el indiciado cuestione, por ejemplo, que para obtener su libertad, hablé con la víctima. Y ahora es la MP quien da lectura de la denuncia al pie de la letra y de forma rápida. De igual manera, al avanzar en la lectura, el MP pregunta constantemente al inculpado, si hay dudas...

Por su parte la abogada particular hace énfasis durante la lectura de la frase "se supone".

Al concluir y sin que se pregunte nada, la abogada particular dice que el detenido si va a declarar. La Abogada le dice al indiciado que la Secretaria le preguntará datos generales y posteriormente se le tomará la declaración.

La Secretario, comienza a realizar preguntas al detenido, y en ocasiones quien pregunta es la MP. La abogada está muy al pendiente de lo que se va escribiendo, aunque no dice nada

del por qué no se escribe la contestación tal cual la manifiesta el inculpado. Es decir la MP es quien dicta a la Secretaria, cambiándose palabras. Sin embargo cuando es muy notorio el cambio de uno de los enunciados, es el Detenido quien se inconforma, al sentir que varía la idea que él transmite. Por lo que la MP le dice a la secretaria que escriba las palabras tal y como le indica el indiciado –pero ella es quien las dicta.

Cabe señalar que los policías ministeriales, así como los secretarios, conversan y ríen en voz muy alta, lo que provoca distracciones para todos los que participan en la diligencia.

Al concluir con la declaración, la MP da lectura fiel de ésta, no sin antes decirle al inculpado que en caso de duda o aclaración favor de indicárselo. Es la Abogada quien realiza observaciones y las comenta con el Indiciado. Por lo que la MP responde que las correcciones serán indicadas al final de lo actuado como acto seguido, previo a cuestionar al indiciado, si esta de acuerdo con las correcciones que señala la Abogada y agrega que puede declarar las veces que lo desee, siempre y cuando no sea ocioso.

Asimismo la Abogada señala lo que hay que asentar como aclaración, es así que la MP interviene para resaltar que el indiciado es quien debe decir de viva voz las aclaraciones y no la Defensa. Se concluye al recabar las firmas.

COMENTARIOS:

- El tener defensor abogado particular, marca diferencia:
 - a) En la prestación del servicio se muestra comunicación entre el defensor e indiciado. Hay la confianza de realizar comentarios en corto entre ellos.
 - b) El MP tiene otro desenvolvimiento, porque hay más exigencia en su labor por la Defensa.
- Las conversaciones desmedidas entre policías ministeriales y secretarios, provocan no solo distracciones para todos los que participan en la diligencia, sino que además considero que son faltas de respeto a la formalidad que debe tener este tipo de diligencias.

5.4.4 DETENIDO EN CLÍNICAS ASISTIDO POR ABOGADO PARTICULAR

Jornada del 26 de Octubre

El Detenido esta en el ISSSTE, quien cuenta con Abogado Particular, la MP se presenta como tal y le dice por qué esta detenido y quien lo acusa, de igual manera le comenta que esta presente el DO, pero quien lo asiste es el Abogado Particular.

Asimismo comenta que la averiguación no está completa, porque son pocas horas de que sucedieron los hechos.

Cabe señalar que ningún secretario acompañó en la presente diligencia y es la MP quien toma los datos generales.

Al revisar el expediente, comenta que constan diversas diligencias, "el examen toxicológico, inspecciones oculares y filiación de las personas que fallecieron, le da lectura al dictamen de lesiones (claro que en términos médicos) Cabe señalar que la lectura es muy rápida, Pero ¿para qué le dice cuáles y en donde fueron las lesiones? Pues definitivamente eso pone muy nervioso al detenido. De igual manera muestra al inculpado el croquis de como fue el impacto, que proporcionó el agente de tránsito.

La MP le dice al Abogado que si quiere un momento para hablar con el detenido y éste le contesta que ya hablaron y que se reservará de declarar.

Se le pregunta por la MP si hay dudas, y el detenido pregunta que es lo que va a pasar, con él porque ya lo van a dar de alta, asimismo quiere que se determine su responsabilidad para estar tranquilo o no. La MP responde que pedirá su traslado a Policía Ministerial. Sin explicarle nada más.

COMENTARIOS:

- En este caso tanto el MP como el DO se ven deficientes; solo interesa cumplir con “el protocolo” para esta etapa del procedimiento y justificar que se llevó a cabo la diligencia de declaración del detenido, sin mayor complicación.

5.4.5 VARIOS DETENIDOS QUE ASISTE UN SOLO DEFENSOR DE OFICIO (DILIGENCIA TIPO)

Jornada del 14 de Septiembre

Siete detenidos

El MP entrega un expediente a cada uno de los secretarios, en tanto que van ingresando los policías ministeriales a Todos los detenidos. Se les indica la mesa que les corresponde.

Dos de los secretarios comienzan a dar lectura de las denuncias correspondientes, mientras que los otros dos están tomando datos generales al detenido; por su parte tanto el MP como el DO están “supervisando los trabajos” de una mesa a otra.

Es de mencionar que cuando se dan a conocer los hechos a los indiciados, los policías ministeriales opinan en son de burla.

Cabe señalar que el MP le indica a uno de los secretario, que no siga con la lectura de la denuncia, hasta en tanto no se incorpore el DO -lo cual molesta al secretario.

Porque el DO recibe un llamada al teléfono celular y sale del área a contestarla tomándose su tiempo. Al momento que se incorpora dice “en qué vamos” –no recuerda ni en cual asistencia se quedó.

Cuando los otros secretarios concluyen con la lectura de la denuncia, dicen que en un momento el MP y el DO le dirán sus derechos. Y sin más preámbulo preguntan al indiciado si quiere o no declarar.

Por su parte el MP se dirige a cada una de las mesas y le dice al indicado que tiene derecho a saber quien lo denuncia y por qué, lo cual ya se le informó; asimismo que tiene derecho a declarar o reservarse, y el que tiene derecho a un defensor. Preguntándole nuevamente si declara o se reserva.

El DO al llegar a la mesa sólo para preguntarle al indiciado si va a declarar o no. En ocasiones es el Secretario quien responde que no va a declarar y el indiciado solo mueve la cabeza manifestando su reserva.

Ahora bien, en el espacio entre que el DO pasaba de una mesa a otra para hacer uso de la voz, conversa con uno de los Secretarios sobre fútbol.

El DO voltea a las diferentes mesas y dice con voz fuerte, a quien le debo firmas...

Por su parte los Policías Ministeriales dicen a los detenidos: fírmale rápido, firma con solo tu primer nombre y apellido, e incluso van volteando las hojas para agilizar las firmas.

En caso de solicitar el indiciado hacer una llamada telefónica, el Policía Ministerial indican que sólo es para que diga que esta detenido y cuelgue; lo que es imposible que así suceda. Cuando está hablando el indiciado el Policía le insiste en que ya cuelgue. A otros indicados les dicen el número está ocupado y punto.

COMENTARIOS:

- Sobre el Defensor de Oficio
 - a) El ir de una mesa a otra, no es asistir en la diligencia a los inculcados
 - b) La comunicación entre el defensor y el indiciado es nula.
 - c) Ausencia de compromiso.
 - d) La confianza tan relajada entre el Defensor de Oficio y los Secretarios es mala imagen para el detenido –si estamos hablando de una defensa, que dirá el indiciado

–de qué lado está. Además sobre los temas de conversación que entablan, definitivamente le restan seriedad a la diligencia.

- Sobre el Policía Ministerial

a) Es muy notorio su afán porque concluyan las diligencias.

b) Su aire entrometido es una falta de respeto, porque incómoda y molesta al indiciado.

- De los indiciados en la aplicación de la encuesta:

Como la conclusión de las diligencias en esta jornada fue prácticamente en forma simultánea, se aplicó encuestas si bien de manera individual, tres de los cuatro detenidos estaban presentes. Entre ellos comentaron, y me manifestaron que "esto se debería de aplicar antes de la toma de declaración". El MP esta cerca al lugar, al escuchar estos comentarios.

Al concluir mi trabajo, el MP me comenta que faltó expandirse más en la explicación hacia el indiciado.

- De los hechos y los derechos:

Podemos concluir que de los hechos que se imputan, se dan a conocer al indiciado una vez que se realiza la lectura de la denuncia, la cual tiene implícita el nombre de quien denuncia; lo cual entiende el indiciado. Pero respecto a los derechos y su alcance como concreción en la diligencia, no los conoce, porque no se le dan a conocer, mucho menos a explicar.

El DO en uso de la voz solicita la fianza para todos los detenidos y es el Secretario o el MP quien le corrige, en el supuesto de que al detenido se le otorgue este beneficio o no. Además tampoco se les explica que el hecho de pagar la fianza no quiere decir que el procedimiento concluya.

Nunca se le dice que puede ofrecer pruebas y que se le puede auxiliar para la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite.

Tal vez no se les dicen tus derechos al indiciado, para que no ponga a trabajar ni al MP, ni al DO. Es mejor que no sepa, para que no solicite nada.

Por lo tanto con solo leerle al indiciado la denuncia, no es darle a conocer sus derechos.

¿Cuál es la prisa por declararlos todos al mismo tiempo?

Cabe señalar que a tres detenidos no se les pudo aplicar la encuesta, porque en cuanto se cambió la guardia, de inmediato se les fijó fianza y ya no estaba en el lugar. Como dato curioso, a ellos si se les fijó fianza de inmediato, tal vez muy alta, tal vez no; pero el hecho es que se les otorgó.

5.4.6 VARIOS DETENIDOS, UNOS DECIDEN DECLARAR, OTROS NO Y LES ASISTE UN SOLO DEFENSOR DE OFICIO (DILIGENCIA TIPO)

Jornada del 21 de Septiembre. Doce detenidos

La dinámica de inicio es la misma que la anterior, solo mencionaré las Diferencias y Comentarios:

- La MP *nunca* se incorporó a ninguna de las diligencias.
- Los Secretarios hablan entre sí, para no poner horas en que se empalmen las diligencias.
- La DO se expresa de manera peyorativa del modo de vida del indiciado, al momento que ella revisa el expediente. Lo cual todos los presenten escuchamos.
- Cuando el Indiciado decide declarar, su respuesta causa molestia tanto el DO, al Secretario y al Policía Ministerial, e incluso prácticamente todos vuelven a preguntarle si quiere declarar pero ahora en un tono casi intimidatorio.

Lo ideal sería que la Defensa conversara realmente con el indiciado de manera previa para evitar mal informaciones. Asimismo ayudar a que el detenido realmente sienta que tiene un

abogado que le asesora en esta diligencia. Reitero que asistir al detenido no es estar presente.

- La Secretaria y la Defensora realizan preguntas al indiciado, repuestas que “traduce” la DO, y dicta a la Secretaria lo que debe escribir. No respetándose el dicho tal y como lo expresa el Indiciado.

Cabe señalar que son varios indiciados quienes declaran sobre su participación en los mismos de hechos que se denuncian. Si bien es cierto que se debe evitar que se comuniquen entre sí para la recepción de éstas. La DO posteriormente que concluye una de las declaraciones, le dice al indiciado: “Tus amiguitos declaran otras cosas, cada uno dice cosas diferentes, alguien está mintiendo, ¿eres tú o los otros?” Y voltea a ver a la Secretaria, quien redundando en lo dicho por la Defensora.

Pero por Dios, que tipo de defensa es esta. En que lugar se deja al indiciado ahora no solo es el denunciante, el MP, con su Secretario y Policía quien lo acusa, sino que también su propio defensor.

- El DO pregunta al indiciado, al momento que va a firmar su declaración, si esta conforme o no. Asimismo si el detenido responde con otra pregunta, al decirle por ejemplo ¿cómo? –que fue el caso. Situación que nuevamente molesta a la DO. Quien contesta fírmale si todo esta bien.

Esto es una muestra evidente de lo mecanizados en su trabajo que cualquier “desajuste” les incomoda.

- Por otra parte al momento de revisar el indiciado su declaración, la DO se dirige a las otras mesas y pregunta a los secretarios "que si ya hace uso de la voz..."

Demasiada eficiencia labora, para un rápido concluir jornada.

5.4.7 AVANCES Y RETROCESOS EN LAS SUBSECUENTES DILIGENCIAS.

En razón el periodo aprobado para la aplicación de la encuesta y por la rotación propia de la guardia de trabajo del Ministerio Público, coincidió aplicar el cuestionario en dos e incluso tres ocasiones tratándose del mismo servidor público. Situación que no se presentó en el caso de los Defensores de Oficio.

21 de Septiembre

- Cuando el secretario está leyendo la denuncia, el indiciado se estaba durmiendo y nadie dice nada. Posteriormente los Policías Ministeriales lo notan y lo despiertan. Lo cual sucede previo a que concluya la lectura de la denuncia.

Que clase de transmitir hechos y derechos es esta, donde poco les importa que el detenido esté atento o no.

- En ocasiones la DO se presenta como tal y hace la lectura de la denuncia y en el mismo momento el Secretario, le pide sus datos generales al Indiciado.

Con esa doble tarea que realiza el indiciado, al tratar de escuchar lo que consta en la denuncia y los datos generales que le preguntan, definitivamente no se hace operativo el que el detenido conozca bien los hechos...

Al preguntar datos generales, el Secretario le dice: "estado civil" y el indiciado contesta "NO", y el Secretario le aclara, "Soltero o casado"... Terminantemente el detenido no comprende porque no está habituado a un lenguaje legal.

28 de Septiembre

- Los dos MP están incorporados en las mesas, participando de forma directa en las diligencias de declaración de detenidos.

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- El Secretario una vez impreso el documento de la diligencia, explica su contenido ó da lectura del mismo al Indiciado; le externa que si tiene alguna observación se lo haga saber, en caso contrario que firme.

05 de Octubre

- La MP trae consigo tanto La Constitución, la Legislación Penal como la Ley de Amparo, y de manera textual, comunica sus derechos al indiciado. Asimismo realiza una pequeña explicación de cada uno de ellos y reiteradamente pregunta si hay dudas. Presenta a la DO como aquella que le asistirá en la diligencia. Agrega que se le dará lectura a la denuncia.

El detenido se muestra muy atento, e incluso la DO, Secretarios y Policías Ministeriales, y creo que hasta un tanto sorprendidos.

Podemos mencionar como ejemplos que el MP, al decirle que en un término de 48 hrs. se resolverá su situación jurídica, agrega que éste, se calcula a partir de la hora en que fue detenido, e incluso pide al Secretario que diga la hora exacta en que vence.

En otro caso, la MP comenta a la indiciada, que aún y cuando salga bajo fianza, el procedimiento se tiene que desahogar...

DEFINITIVAMENTE SE NOTA UN CAMBIO EN LA INFORMACION DE DERECHOS HACIA EL INDICIADO, lo cual me da mucha satisfacción, porque se muestra que la presente investigación va cobrando frutos.

- La Secretaria menciona al Indiciado, de las diversas diligencias que existen en el expediente y la DO dice que no es necesario, que basta con la denuncia y lo que declara el aprehensor, e inmediatamente se pregunte si quiere declarar o no.

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- La DO dice al inculpado sobre el contenido del documento que firmará: aquí consta lo que Usted dijo y que se reserva a declarar. Asimismo donde se pide fianza, él responde "cómo, cómo". Ella le explica en forma molesta que debe esperar para reunir elementos en 48 hrs., sino se reúnen elementos suficientes, se le dejará libre. Al imprimir el documento le es leído en su texto completo por la DO.

En notorio que la DO cambio su actitud laboral hacia los indiciados.

Una vez que se practicó la primera declaración, da pauta a que la jornada tenga valor agregado, es decir una dinámica de mejora, sin dejar de comentar que también hay retrocesos. Por ejemplo:

Por la Defensora de Oficio:

- Se presenta formalmente como tal ante los detenidos,
- Pregunta qué si ya les dijeron sus derechos,
- Pide se mencione las diligencias que constan en el expediente,
- Dice que el Secretario tomará sus datos generales para su identificación,
- Explica sobre el vencimiento del término constitucional, para resolver la situación jurídica, aún y cuando la MP lo mencione,
- Señala que en este momento será el desahogo de la diligencia para que conozca y se prepare su defensa. Asimismo menciona los derechos que le asisten.
- Al dar el consejo de que no declare, explica porque no (que no hay elementos, que son menores de edad, que no es delito grave, etc.)
- Pregunta constantemente si se tienen dudas,
- Señala que al concluir con la diligencia, se les permite hacer una llamada telefónica.

Por la MP:

- Pregunta al indiciado si tiene alguna duda y asimismo cuestiona si saben lo que es reservarse.
- Va de una mesa a otra y pregunta en general, si todo esta bien,

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- Explica a detenidos adolescentes que tratándose de menores de edad, el tratamiento legal es diferente al de los adultos; que hay una agencia especializada en adolescentes, que pueden estar acompañados por sus papás al momento de la diligencia y que al concluir pueden hacer una llamada.
 - Cuando ingresa otro detenido, la secretaria comienza a dar lectura a la denuncia, y la MP le pide se detenga, porque le dará a conocer sus derechos (lo cual molesta a la Secretario -lo manifiesta en su rostro).
 - Es la MP quien pregunta si se quiere declarar o no.

Del Secretario:

- Explica a los detenidos el contenido del expediente, especificándose que se desarrollan diferentes diligencias. Asimismo se pregunta a la DO, si gusta que se detenga en alguna de las diligencias, se lo haga saber. Se prosigue con la lectura de la denuncia.
- Uno de los Secretarios apoya en preguntar a sus compañeros, si al indiciado ya se le dijeron sus derechos.
- Es reiterado que cuando los secretarios realizan el llenado de datos personales, los indiciados responden la misma pregunta; por lo tanto los Secretarios tienen que preguntar nuevamente.

El Policía Ministerial:

- Comentan con el detenido que si declara es mencionar "es esto y no esto", pero que mejor hay que reservarse de todas maneras se le fijará fianza.

Del indiciado:

- El Secretario en la toma de datos generales, pregunta ¿cónyuge?, el indicado dice: ¿qué?, contesta el Secretario "esposa"...
- En otro caso al preguntar si ha tenido algún proceso, el indiciado responde: "cómo", por lo que el secretario contesta: "detenido y se te haya dictado sentencia" y el indicado contesta ¿qué cuanto tiempo estuve en la cárcel?

Diligencia que merece mención especial:

En esta misma jornada del 05 de Octubre, para el caso del detenido en clínica, a quien se le tomó su declaración; hacemos una mención especial, porque resalta el cambio de actitud tanto del Ministerio Público como del Defensor de Oficio, en razón del desenvolvimiento del Detenido.

Nos muestra que cuando la persona está lesionada y emocionalmente dañada por los hechos, requiere que tanto el MP y el DO, realicen un mejor trabajo, por cumplir con la actividad que les ha sido encomendada. No que se muestre lo contrario, es decir, hasta un tanto desesperados por no concluir con la diligencia.

Cabe señalar que percibí la molestia tanto del MP como del DO, por mi presencia; lo cual de cierta forma les impedía concluir de alguna manera la diligencia.

Así pues la diligencia que a continuación menciono, resalta por su riqueza en el desarrollo, pues vemos que la persona que esta detenida en hospitales, necesita que la Autoridad del MP y la Defensa, realicen un esfuerzo mayor, pero no es así. No entiendo porque tratar a una persona como si estuviera al 100% para enfrentar a la justicia.

Con el detenido en la Clínica, la MP se presenta como tal y pregunta si ha nombrado abogado o no, y si éste se encuentra autorizado. Asimismo comenta que está aquí la DO, con quien le deja para que platiquen y decida si declara o no. Después ella regresará para decirle de manera formal sus derechos e inmediatamente la DO da lectura a la denuncia.

Acto seguido la MP da lectura al artículo 20 constitucional y le pregunta que si quiere declarar o no, y el inculpado contesta “NO ENTIENDO”. Vuelve a preguntarle si quiere declarar o no; y el inculpado sigue sin entender. De ahí que interviene la DO y le explica que si declara eso puede ser utilizado en su contra, pero que si se reserva no le beneficia ni le perjudica...

Se hace un resumen de la denuncia por la MP y le comenta que “declarar es para darme elementos, para determinar tu situación legal”. Que si tiene una duda, aquí esta la DO. Se le pide que analice su decisión. El detenido se muestra intranquilo...

Reiteradamente pregunta que derechos tiene. La MP contesta, “ya te los dije y por eso te pregunto por tercera vez si quieres declarar o no respecto a la denuncia que hay en su contra”. El se muestra confundido e incluso comenta que le duelen los brazos... Al no responder a la pregunta, nuevamente el MP le pregunta si quiere declara o no. El dice que sí e incluso quiere contra-demandar...

El Secretario realiza preguntas de datos generales al indiciado y el mismo momento la MP da a conocer las constancias que hay en el expediente -como solicitudes de dictámenes, lo cual parece confundir más al detenido... Al momento de decirle sobre las declaraciones por los familiares para poder regresar los cuerpos a familiares, el detenido se pone muy nervioso y comienza a decir su versión de los hechos.

De lo que manifiesta el indiciado la MP dicta al Secretario cambiando ella la narración original, supervisando lo que se escribe, incluso en ocasiones le corrige para que escriba lo que ella le dice...

COMENTARIOS:

- Es notorio el cambio para el desahogo de la diligencia. Gracias a la actitud del MP, pues ello contribuye a que la dinámica se torne en beneficio o en perjuicio del Indiciado.

Sin bien es cierto se le dicen y explican sus derechos de rango constitucional, por otra parte la Autoridad no cumple al 100% con las disposiciones legales, que debe respetar para llevar a cabo la declaración. Acciones que están en la ley para robustecer las garantías constitucionales. Es decir, conforme a lo estipulado en la Legislación Penal, del artículo 188 al 201. Donde se establece un orden para el desahogo de la diligencia. Considero que

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

no se da la oportunidad para que exista un diálogo entre el indiciado y el DO para determinar de manera conjunta si se declara o se reserva. Además el MP solo indica que está aquí el DO para asistirle en la diligencia, pero no se extiende en comentar, ni tampoco se da la oportunidad para que se cuestione o formulen preguntas.

Constantemente se preguntó si había dudas, pero realmente no se hace propicio el tiempo para que la persona las formule, -no entonces, lo que sigue, solo responder si declara o se reserva.

De igual forma se estipula en el último párrafo del Art. 189, que las preguntas deben ser claras y precisas. Para los Secretarios, Ministerios Públicos y Defensores de Oficio, como las formulan a diario y de manera reiterada al día, para ellos utilizar una palabra es de uso común, pero para los detenidos no es así, pues hay quienes la escucha por primera vez. Entonces porque no comprender esto. Es evidente su molestia al momento de que se les pregunta algo –ya sea al Secretario, MP e incluso DO, ya que hacen expresiones en ese sentido.

Es innegable que el léxico jurídico no es claro para el indiciado y de esta manera como se quiere que a primera instancia comprenda sus derechos.

Es necesario utilizar un lenguaje más claro al momento de dar conocer los derechos al indiciado, pero sobre todo es realmente darlos a conocer.

Por otra parte el artículo 190 señala que de la declaración se hará constar del modo más fiel posible utilizando el propio lenguaje del declarante, lo cual definitivamente no sucede. Con este tipo de documentos así elaborados como podemos corroborar en caso de querer hacer un estudio de cómo se expresan los inculpados, para conocer su desenvolvimiento en las diligencias. Definitivamente uno concluiría que es muy elevado, al utilizar palabra del rango de un Ministerio Público.

12 de Octubre

Su desarrollo fue conforme a la diligencia tipo.

19 de Octubre

Nuevamente el acercamiento del MP a las mesas fue nulo. Cabe señalar que la MP con otras secretarias, están viendo fotografías en equipo de computo portátil -laptop, y esta situación distrae bastante, porque conversan y se carcajean, como si estuvieran solas en el área, no les importa que se lleven a cabo las declaraciones... Que seriedad es esa y que tipo de ejemplo pone la Autoridad.

La DO y Secretarios, dan lectura a denuncias y preguntan si declaran o se reservan y punto. Procediéndose a tomar datos generales. De manera indistinta el orden de las actividades. Esperándose solo el uso de la voz de la DO.

De igual manera se vuelve a presentar que los policías ministeriales, se burlan de las personas que llegan a llorar por estar detenidos, al momento de la lectura de la denuncia.

Cabe señalar que un Detenido decidió declarar, pero un Policía Ministerial, distrae a la DO indicándole que pase a la otra mesa, donde solo se espera con el uso de la voz para terminar. La DO se incorpora y deja solo al inculcado -quien si está declarando y éste pone un rostro de seriedad y molestia.

Cuando la DO se incorpora a la mesa donde le esperan "solo para el uso de la voz", le pregunta al detenido, si ya sabe quien lo acusa y por qué, asimismo le pregunta "si se reservara?". Agrega que solo hay que esperar el avalúo para fijar fianza... Dicta su solicitud al Secretario y se incorpora con el Detenido que esta declarando.

Ahora bien otro de los detenidos que fue atendido solo por el Secretario, decidió declarar, por lo que el Secretario comienza a cuestionarle sobre los hechos. Al percatarse de ello, la

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

DO levanta la mirada y me ubica, e inmediatamente se incorpora a esa mesa, externando en forma tajante al Secretario "espérate, yo soy la que te va a ir preguntando".

26 de Octubre

Desarrollo general conforme a la jornada tipo. Resaltándose:

El DO pregunta al Detenido, ¿quiere que le solicite la fianza? ¡Qué pregunta!

El DO pregunta al Secretario pregunta sobre números de artículos de la legislación, a lo cual el inculcado solo ve con cara de asombro. Asimismo el DO le dice al indiciado que le van a imprimir la diligencia donde constan sus datos generales, además consta su dicho de que no va a declarar, que autoriza al DO y que se solicita la fianza.

Similar a la diligencia anterior, cuando uno se declara, sin que el DO este incorporado a la mesa, en este caso es el MP quien le habla al DO para que se incorpore y es en ese momento cuando el DO toma al expediente y comienza a leerlo.

Nuevamente la MP dicta al Secretario.

La MP de apoyo comenta al detenido que si se acredita la responsabilidad, se le enviará al CERESO, donde el Juez decidirá su situación legal, asimismo haya tendrá otro DO. Para finalizar le dice que si tiene alguna duda.

Cuando al detenido le dan a firmar su declaración pregunta qué es ese documento, y la MP responde que es la diligencia que se acaba de realizar, por lo tanto el pide lee con calma y después firma; situación que molesta al MP, DO e incluso Secretario.

El DO pregunta al Indiciado tiene dudas de los hechos.

02 de Noviembre

Sobre la DO

- Es muy poco formal y no sabe guardar la mínima distancia como respeto a la diligencia que se desarrolla. Esto lo notan tanto detenidos, secretarios y MP. Por ejemplo, le dice a una secretaria, no se le ha olvidado mi nombre, todavía te acuerdas de mí, y le da un abrazo... Que espectáculo frente a los detenidos, (estas conmigo o con ello, debe haber el mínimo respeto para estas diligencias)
- Se inquieta por conseguir un chicle y se dedica a pedírselo a los secretarios, policías y MP. Situación que se presenta cuando uno de los detenidos está declarando. Se le olvida ello y me pregunto ¿dónde quedó el profesionalismo? Se sienta sobre las mesas.
- Asimismo realiza comentarios con los indiciados, que lejos de generar confianza, los cohibe. Por ejemplo “tú tan escuincle, no puede ser que hagas esto”, comentario que pone cabizbajo al detenido. Con este actuar prácticamente da por hecho que la persona cometió los hechos que se imputan. Que acaso no ella su defensora.
- Como la DO va de una mesa a otra, no hay la certeza de cómo se ha desarrollado la diligencia, de ahí que se presentó el siguiente diálogo:

DO: ¿Ya te leyeron?

Indiciado: Si

DO: Vamos a ver como si fuera un examen de primaria, ¿qué es lo que dice el agente aprehensor?

Indiciado: Sabe

DO: Ah! verdad. Mejor vamos a leer nuevamente lo que consta en el expediente.

Al hojearlo, comienza a dar lectura del informe de lesiones, e incluso pregunta en donde se localiza la lesión “X”, lo cual distrae el sentido de la diligencia; además de que sobre el tema de lesiones comienza a conversar con los policías ministeriales.

DEFINITIVAMENTE NO HAY SERIEDAD.

DO: Este es el momento de declarar, ¿ya le dijeron qué es declarar y no?

Indiciado: Sí, en todo caso, es lo mismo lo que ya le dijeron.

DO: Es cierto, además si ya lo comprende esta bien, pero después no vaya a decir que declaro así o así, en x ó y sentido.

DO: Para la fianza, hay que esperar el avalúo, y en caso de que se conceda, debe estar localizable, porque sino la fianza se revoca. Porque NO SEA COMO LAS PAPAS SABRITAS, QUE UNA VEZ QUE LO HACE, NO PUEDE RESISTIR SOLO UNA, y comienza a reírse.

Indiciado: No comenta nada.

La DO, cuando cambia de mesa va brincando-jugando.

Sobre la MP.

- La MP textualmente dice a los detenidos sus derechos, con apoyo en la Constitución. Es notorio el afán por explicar, pues constantemente pregunta si hay una duda.
- Pero no identifica los derechos concretos para esta etapa del procedimiento, porque al leerle cada una de las fracciones del artículo 20 constitucional, les menciona que serán juzgados en audiencia pública, antes de cuatro meses o antes de un año, según los años que como pena se estipula para el delito que se le atribuye. Considero que comentarles esto es excesivo, porque estamos en la etapa de averiguación previa, donde aún el MP no ejercita acción penal, pero eso sí ya les está diciendo que serán juzgados en determinado tiempo. Si bien es cierto el Artículo 20 Constitucional habla al respecto, por lógica procesal, aún no es momento para externar ello a los detenidos.

Definir campo de acción por la MP y la DO

En una de las diligencias, la MP externa de manera tajante a la DO, que ella como autoridad es la que tiene que realizar la pregunta al detenido para conocer si quiere declarar o no. Lo cual no le parece a la DO e incluso le dice pero que yo ya le pregunté, e insiste la MP que ella es quien tiene que preguntarle. Por lo que la DO opta por retirarse y se va a otra mesa, y reitera que ella ya le había preguntado al detenido.

En otra de las diligencias, donde el indiciado declara y es asistido por la DO, ella dicta al Secretario y no respeta el dicho fiel del detenido. Interviene la MP, para que sea el Inculpado quien diga de viva voz lo que sucedió. La DO, se molesta y dice *ok*. Pero ahora es la MP quien dicta a la Secretario lo que debe escribir una vez que el indiciado externa su versión.

- Casos sobresalientes de la jornada:

La MP se presenta con el Indiciado (menor de edad) y con apoyo en la Constitución dice textualmente sus derechos, éste la interrumpe y ella contesta no me diga nada, sólo escuche y ponga atención. El detenido está muy distraído, lo cual percibe la MP y le pregunta “andas en otro rollo o qué”, él contesta que no. Posteriormente el Secretario da lectura de la denuncia. Interviene un Policía Ministerial y le dice, vas a declarar o no, y el joven comienza a decir llorando que no quiere que lo golpeen. La MP contesta "yo no te estoy acusando, solo te estoy diciendo tus derechos, escucha y después se resuelven tus dudas”.

De igual manera conforme avanzan en la lectura de la denuncia, el detenido interrumpe y cuestiona sobre los hechos... Pero esto molesta tanto a la Secretaria, MP y Policía Ministerial.

El indiciado dice que no entender nada e insiste en que no quiere que lo golpeen. Por lo que la MP le pregunta si padece alguna enfermedad y él dice que del corazón. Así pues la MP le

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

dice “lo que quiero que entiendas es que tienes derecho a un Defensor lo cual te he dicho 5 veces, y que si quieres declarar o no”.

La DO como va de una mesa a otra, es hasta este momento cuando se incorpora a esta diligencia y nuevamente hace lectura de la denuncia. Asimismo le comenta que tiene derecho a saber quien lo demanda y por qué; y que puede declarar o reservarse. Se retira para atender las otras diligencias.

En razón de que la DO atiende diligencias de manera simultánea se le olvidó que en una de esas, esta declarando un detenido. Hasta el momento en que el Secretario, le comenta que solo la esperan para que haga uso de la voz... Cuando se incorpora, ella realiza una lectura textual, de lo que consta en la diligencia, y le pregunta, que si eso fue lo que declaró, y el detenido dice, si. Entonces ella firma.

- La MP con ley en mano, hace lectura fiel de la ley y le pide al Secretario que a que hora se vence el término de las 48 horas. El inculpado se muestra muy atento; al final pregunta si va a declarar o no. El indiciado dice que si declarará, en ese momento la DO dice de una mesa a otra, “coméntele a la Secretaria lo que sucedió, una vez que termine entre los dos revisaremos el documento para determinar si firman o no, para corregir algo o no... Al imprimir el documento, la DO le explica su contenido y que ella esta de acuerdo y firma. El indiciado solo la observa, porque ella se va a otra mesa.

Los Detenidos, Secretarios, MP y Policías están esperando que la DO se incorpore a las otras mesas para concluir con el desahogo de las diligencias; tanto es así que mejor se llevan a dos indiciados y la DO contesta, “es que no los deben traer a todos juntos”.

La MP le dice al inculpado, primero te digo tus derechos y luego ya preguntas. "tienes derecho a no declarar, A esto se le llama declaración del inculpado, lo cual es tu decisión y ante la autoridad que consideres. Yo soy autoridad y otra autoridad es el Juez. Agrega, si quiere copias del expediente se lo pueden proporcionar.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Es cierto que constantemente preguntan a los indiciados, si hay dudas, pero cuando estos hacen alguna pregunta no los dejan ni hablar. Porque al concluir con decir derechos y hechos inmediatamente se le dice al Indiciado si quiere declarar o no.

Cabe hacer un comentario tal vez irrelevante, que la final de la jornada, me comentó la MP, pero siento que repercute en el desarrollo de la diligencia. El cual fue “pusiste nerviosa a la DO”

Hasta aquí el desarrollo de jornadas.

Se aprecia que no todas las personas reaccionan igual, las variables importan y una vez que aceptamos que el Derecho no solo es ley, sino que reconoce hechos sociales y valores, todo esto dirigido en beneficio de la persona; es asimismo que en el campo del Derecho Penal, se necesita un trabajo de calidad, donde se reconozcan errores y omisiones con el fin de corregir.

Al disponerse en la ley que se debe contar con una defensa adecuada, se reconoce que la persona necesita un defensor para enfrentar la imputación que se le hace. Pero ello no implica que se le tenga sólo como un espectador, a quien se le arrebató una firma para avalar lo actuado.

A la autoridad se le exige el cumplimiento de las garantías constitucionales y en esta etapa del Procedimiento es el MP, quien a su vez se convierte en el garante del respeto de los derechos del inculpaado; aún y cuando tiene el papel de investigar y determinar la participación en los hechos delictivos.

Por otra parte el DO debe mejorar no por las responsabilidades ya no digamos legales, sino ética, pero éstas últimas a pocos importa y sobre las primeras, quién se atreve a reclamarlas. Pero en caso que así fuera, siempre hay alguien que protege a éstos porque el día de mañana tengo un favor que cobrar.

5.5 OPINION POR LA SCJN

Se presenta en el apartado de anexos texto completo del voto de minoría que formulan los ministros José Ramón Cossío Díaz y José de Jesús Gudiño Pelayo, en relación con el Amparo Directo en Revisión 150/2006.²³⁸

En este momento sólo se hace mención de los puntos sobresalientes, que viene a confirmar nuestra visión sobre:

- Que la asistencia a que se refiere la Constitución, para que sea una ayuda efectiva del asesor legal, no sólo debe estar relacionada con sólo la presencia física del defensor ante o en la actuación de la autoridad ministerial.
- La Autoridad del MP *quien debe notificarle al inculpado sus derechos, entre los que se encuentra el de 'defensa adecuada'.*

Voto de Minoría que formulan los ministros José Ramón Cossío Díaz y José de Jesús Gudiño Pelayo, en relación con el Amparo Directo en Revisión 150/2006.

Sesión de primero de marzo de dos mil seis.

No compartimos las consideraciones adoptadas por la mayoría, pues en nuestra opinión, el hecho de que no se le informe a una persona los alcances e implicaciones de la garantía de la defensa adecuada en términos del Apartado a), del artículo 20 de la Constitución, y se deje a ella la carga de desvirtuar que la autoridad ministerial sí le hizo efectivo este derecho, constituye una violación constitucional.

CONSIDERACIONES DEL VOTO.

No compartimos las consideraciones anteriores, atento a lo siguiente:

²³⁸ http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/ministrocossio/INTE-PON/MTRO/TEXTOS-JRCD/VOTOS_D_JRCD/Votos%20de%20minor%C3%ADa/SALA/10VOTO%20MINORITARIO%20-%20ADR%20150%20carga%20de%20la%20prueba%20en%20penal.pdf

Con base en el criterio sustentado por esta Primera Sala en el amparo directo en revisión 1236/2004, la llamada averiguación previa es la etapa crítica para el detenido en flagrancia, por lo que desde el inicio de dicha etapa, la persona detenida cuenta con la garantía de defensa adecuada, por sí, por abogado (que nombre él mismo, o que designa la autoridad ministerial), o por persona de su confianza (fracciones IX y X, apartado A del artículo 20 constitucional).

Lo anterior se sostuvo, en atención a que fue costumbre forzar e, incluso, atormentar a los acusados con el fin de obtener su confesión, la que se consideraba como la 'reina de las pruebas', prohibiéndose, asimismo, que el detenido se comunicara con sus familiares o abogados para con ello obtener una declaración que le fuera perjudicial.

Ello, permitió considerar que si bien *por 'asistencia' a que se refiere la Constitución, no sólo debía estar relacionada con la presencia física del defensor ante o en la actuación de la autoridad ministerial, sino que esta 'asistencia' de un perito en derecho, en tanto garantía para una 'adecuada defensa' en la averiguación previa, debe interpretarse en el sentido de que la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial cuente con la ayuda efectiva del asesor legal.*

Por tanto, a fin de actualizar plenamente este contenido constitucional, el detenido en flagrancia debe tener la potestad para, en caso de que así lo decida, entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial, a fin de que relate su verdad histórica de los hechos, sin miedo, con eficacia y de una manera que elimine los posibles males en el proceso de la interrogación, logrando con esto hacer verdaderamente eficaz la garantía de defensa adecuada, que desde su puesta a disposición ante el Ministerio Público le otorga la Constitución Federal.

Esta garantía fundamental de defensa, en su más amplio sentido, tiene un reconocimiento expreso internacional a través de declaraciones y pactos en materia de Derechos Humanos, un ejemplo de ello es que el propio Estado Mexicano, desde el

veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno, es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mejor conocido como 'Pacto de San José de Costa Rica', en el que en su artículo 8 denominado Garantías Judiciales, establece como garantía mínima, entre otras, el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

Es por todo lo anterior, que esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con apoyo en la interpretación que en su momento se estableció respecto a los alcances de la defensa adecuada a que se refieren las fracciones IX y X del artículo 20, Apartado A de la Constitución Federal, ahora, relacionada la fracción II de dicho dispositivo, consideró que la 'asistencia' del defensor a que se refiere esta última, como parte de un eficaz derecho de defensa, permite considerar que debe autorizarse al detenido en flagrancia o a su defensor, tener una entrevista en privado o conforme las circunstancias materiales lo permitan, con quien fungirá como su defensor, antes de la primera declaración que rinda ante el Ministerio Público.

El sistema penal en México resulta de la instauración de un procedimiento inquisitivo que se lleva a cabo, esencialmente, por medio de una forma acusatoria, esto es, con límites para el Estado en el ejercicio del poder, en el que al imputado se le concede el estado jurídico de inocencia, de ahí que no tenga ninguna obligación de probar su inculpabilidad²³⁹. De ello se deriva que es al Estado, por medio de los órganos competentes, al que le corresponde no sólo demostrar la responsabilidad penal, sino también investigar las circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad que el imputado alegue a su favor, así como probar que cada una de las garantías procesales fueron cumplidas con base en nuestra legislación procesal penal²⁴⁰.

De ahí que consideremos que, a diferencia del criterio sostenido en esta resolución, en materia penal corresponde al Estado, a través del Ministerio Público, aportar en el

²³⁹ E/CN.4/2003/8/Add.3 de 17 de diciembre de 2002. Cita en voto de minoría. Ob. cit.

²⁴⁰ Cfr. Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional. Consultado en <http://web.amnesty.org/library/index/eslpol300021998>. Cita en voto de minoría. Ob cit.

proceso las pruebas para demostrar la existencia del delito y la responsabilidad penal, las de las calificativas y *las relativas al respeto de las garantías constitucionales* consagradas en nuestra legislación penal y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país.

Cabe mencionar que el criterio sostenido en el presente voto ha sido desarrollado en diversas resoluciones de la Corte Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, respectivamente; el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Tribunal Constitucional Español.

El artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos. 2...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) comunicación *previa* y detallada al inculpado de la acusación formulada.

El artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos señala que: 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua *que comprenda* y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

De este modo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sostenido que, de acuerdo con un principio firmemente establecido, el peso de la prueba corresponde a quien afirma y no al que niega. Por ello, siguiendo los razonamientos de la Corte Interamericana, consideramos que en los procesos en los que se analiza la violación a los derechos fundamentales de un individuo, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegarse de pruebas que, en muchos casos, no podrían obtenerse sin la cooperación del mismo, a través de sus órganos públicos.

Por tanto, con base en lo dispuesto en nuestra legislación y de acuerdo con los estándares internacionales mencionados, podemos concluir que el Ministerio Público, como órgano de

Estado, no puede trasladar la carga de la prueba al inculpado, a fin de que éste desvirtúe el dicho de la autoridad ministerial, en relación con el conocimiento de su derecho a la defensa adecuada. Es decir, no podemos compartir el criterio que pretende trasladar al inculpado la obligación de probar que Ministerio Público no le hizo efectivo su derecho a entrevistarse con un defensor de manera previa y privada antes de presentar su declaración ministerial, pues en términos del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, **es el Ministerio Público quien debe notificarle al inculpado sus derechos, entre los que se encuentra el de ‘defensa adecuada’.**

Por tanto, consideramos que en el supuesto de que el inculpado alegue que la autoridad ministerial no le hizo efectivo su derecho a la “asistencia” de su defensor, la carga de la prueba no puede recaer en éste, pues es el Ministerio Público, como autoridad investigadora, el que debe probar que “efectivamente” le hizo saber de este derecho y que el inculpado no lo ejerció, todo ello con base en el acta ministerial y demás elementos que se allegue para tal efecto.



CONCLUSIONES

A. RESPUESTAS A LOS OBJETIVOS PLANTEADOS

1. El grado de comprensión por el indiciado, al momento de tener el primer contacto con el MP adscrito a policía ministerial, así como con el Defensor de Oficio.

- El 64% de los indiciados entrevistados, comprende poco de sus derechos, en el momento que tiene el primer contacto con la autoridad y con el Defensor de Oficio, es decir en la diligencia de declaración de detenido.
- El 100% de los indiciados manifiestan estar en un proceso de dolor moral, preocupación, bajo autoestima, tristeza, nervios por el hecho de estar detenidos, e incluso hay quienes presentan dolores físicos por lesiones de los hechos en que participan. Independientemente que sea la segunda o más veces que se le detiene. Lo cual al asociarlo con el estilo de informar derechos al indiciado, se aprecia el porque no, con la simple lectura se comprenden.
- El factor psíquico sobresale del nivel educativo, social, económico y jurídico del indiciado; porque al estar la persona ofuscada, le impide tener un desenvolvimiento de tal manera que pueda cuestionar sobre el respeto de sus derechos.

2. Identificar alcances de la garantía constitucional para la defensa adecuada.

- Las garantías individuales consagradas en la Constitución, sólo contienen una porción de derechos del hombre, no la totalidad.
- El reclamo de garantías individuales es para la autoridad competente, y en la etapa de averiguación previa, lo es el Ministerio Público, quien a su vez es el garante del cumplimiento de dichas garantías.

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- La autoridad no incumple con el principio de legalidad al extenderse en decir y explicar sus derechos al inculpado. Actividad que recae en el Ministerio Público, quien debe notificarle al detenido sus derechos, entre los que se encuentra el de defensa adecuada. Resalto que se habla de derechos y no sólo de hechos. Es decir no basta con leer la denuncia, lo cual también es un derecho.
 - La prohibición de la interpretación analógica, es para la aplicación de penas y no para garantías individuales u otras disposiciones legales aplicables al procedimiento penal; respetándose la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal.
 - La garantía de defensa adecuada, no solo es contar con abogado; sino también darle a conocer sus otros derechos para hacerlos operativos; como es la libertad bajo fianza, el que no puede ser obligado a declarar, que se prohíbe toda incomunicación, intimidación o tortura, que la confesión rendida ante el Ministerio Público o Juez es la que tiene valor probatorio, recibírsele pruebas, informarle de los hechos que se le imputan, derecho a que se faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso. Derecho a que el defensor comparezca en todos los actos del proceso, etc.
 - La asistencia legal a que se refiere la Constitución, no es limitarse a la presencia física del defensor en las diligencias, sino que se refiere a la ayuda efectiva del asesor legal para el indiciado.
 - No basta con mencionar textualmente los derechos, porque el cómo se informan tiene su repercusión para hacer operativa la garantía. Además se carece de la oportunidad para que el indiciado exprese sus dudas, y que éstas le sean respondidas.
 - El derecho a guardar silencio, no quiere decir silencio absoluto en toda la diligencia; el silencio es solo para declarar sobre los hechos que se le imputan.

3. Evidenciar si para el indiciado, es efectiva la garantía constitucional de defensa adecuada, en la etapa de averiguación previa.

- La forma en como se hace saber al inculpado la causa de la acusación y sus derechos, no respeta la esencia de la garantía, que es el informar de tal manera que comprenda sus derechos para preparar y hacer efectiva su defensa, con la ayuda del defensor.
- Al no comprender el indiciado sus derechos, no los reclama y mucho menos los practica. Por lo tanto el indiciado es desprotegido por la garantía consagrada en el Artículo 20 Constitucional; por ser mínimos los datos que se le proporcionan en la diligencia de declaración del detenido.
- En la averiguación previa del procedimiento penal, se comete la más grave violación a las garantías individuales, porque no se le respeta como indiciado, al no decirle de manera completa sus derechos. Tampoco se le respeta como persona ofuscada por tener en juego la privación de su libertad. Lo cual conlleva a que tampoco se está respetando el valor de la libertad.

4. Evaluar el desempeño del MP como autoridad, para comprobar el cómo transmite la información al indiciado en su primer contacto con éste.

- La participación real del MP en la diligencia de declaración con detenido es de un 12%. De ahí que no cumple con su obligación de transmitir la información de hechos y de derechos al indiciado. Porque al ser su obligación constitucional debe cumplirse al 100%.
- La información que se transmite al indiciado, se limita a la lectura de la denuncia.

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- Se manifestaron avances, al leerse al indiciado, el artículo 20 constitucional en los que corresponde a sus derechos, por el Agente del Ministerio Público. Mejoras que esperamos no hayan sido momentáneas.

5. Evaluar el desempeño del Defensor de oficio para conocer si en la defensa, la asesoría es real o solo basta con “asistirla”.

- La actividad del Defensor de Oficio se limita a la lectura de la denuncia y preguntar al indiciado si quiere declara o reservarse, sin tener una conversación previa y privada con el indiciado, antes de decidir si rinde o no su declaración.
- El indiciado no es asistido durante el desahogo completo de la diligencia por su defensor, porque de manera simultánea “asiste” a otros indiciados.
- Cuando el detenido decide declarar, ni siquiera es asistido al 100% en forma presencial por el Defensor de Oficio, ni por el Ministerio Público. Quienes sólo están al pendiente en que se recaben firmas para cumplir con formalidades.
- El desempeño del Defensor de Oficio no cumple con la forma, mucho menos con el fondo de la garantía de defensa adecuada, porque su presencia en la diligencia de un detenido no es de manera completa, y por lo tanto no hay una ayuda efectiva del asesor legal hacia el indiciado. Aún y cuando firme avalando su participación.

B. DESCUBRIMIENTOS: HECHOS Y EXPLICACIONES DE LO OBSERVADO

- El error está en profesar que con sólo leer la denuncia y preguntar si declara o se reserva el indiciado, estando “presente” el Defensor de Oficio se cumple con la garantía de defensa adecuada.

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- En la práctica, no está definido el campo de acción entre el Ministerio Público y el Defensor de Oficio, porque ambos invaden sus funciones, en su afán por terminar rápido con la jornada de declaración de detenidos, en la guardia del domingo ó bien por el juego protagónico. Donde se incluye la participación activa del Secretario.
 - En ningún momento, se le informa al indiciado acerca de que puede requerir la práctica de medios de prueba.
 - El indiciado se confunde al señalar quien es el Ministerio Público, quien el Defensor de Oficio, a quienes a su vez identifica con el secretario.
 - Cuando el detenido decide declarar y se le realizan una serie de preguntas, éstas las formula de inicio el Secretario, en un lenguaje no común para el indiciado. Cuando interviene ya sea el Ministerio Público o el Defensor de Oficio, se repite la dinámica. *Molestándose* porque el indiciado no entiende los tecnicismos jurídicos.
 - Tanto el Ministerio Público como el Defensor de Oficio, dictan la declaración al Secretario, no respetando el dicho original por el indiciado.
 - El indiciado se convierte sólo un espectador en la diligencia, donde la ignorancia de sus derechos se vuelve un problema; por no reclamar aquello que no sabe que tiene, por que no se le ha informado que lo tiene.
 - El policía ministerial se burla del desenvolvimiento del detenido, ya sea porque no entiende los términos legales, o bien porque expresa sus sentimientos.
 - No hay respeto y seriedad en la diligencia de declaración del detenido por las distracciones que el ambiente dominical genera.
 - Se utiliza la ignorancia del detenido para no respetarle sus derechos.

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- La Constitución, contempla garantías individuales, pero los Ministerios Públicos, Defensores de Oficio y Abogados, las han corrompido; desgraciadamente el detenido es quien sufre la afectación. Es decir el problema es la efectividad de la aplicación de leyes.

C. CONCLUSIONES DE TEMAS ABORDADOS EN LA TESIS

1. La justificación del Derecho Penal, así como las corrientes filosóficas que influyen en su aplicación.

- Las ideologías penales marcan la brecha entre dominador y dominados, controlar a aquellos que comenten delitos en pos de intereses sociales. Donde el trasfondo es controlar a los débiles y fortalecer a los fuertes. El delito se ha convertido en un negocio... la corrupción es palpable.
- El problema es la formación legal exegética que impera en los Licenciados en Derechos, ya sea que se desempeñen como Ministerios Públicos, Defensores de Oficio, e incluso Catedráticos, quien transmiten -cada uno en su ámbito, el Derecho que reducen a ley.
- De igual manera, el problema es provocado por el Estado, al fomentar el abandono por el interés jurídico de la ciudadanía, retirando clases de civismo -por ejemplo; consecuencias que hoy se pagan. Obteniendo un pueblo apático. Pues no conviene que el gobernado sepa más de lo que el Estado quiere.
- Asimismo por todo el ambiente político que favorece mantener, como lo es el de una sociedad marginada que sirve en los discurso para la captación de votos. Por una parte criminalizándola y por otra acogéndola otorgando “despensas”.

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- Las Universidades deben preocuparse y esforzarse por no sólo formar profesionistas que dominen sus especialidad, sino por la formación de mejores hombres y mujeres. Pues un profesionista no se mide solamente por el nivel académico, sino por la probidad con la que se desenvuelve diariamente.

2. El principio de legalidad y su utilización

- El principio de legalidad ha servido de respaldo para justificar por medio de la ley, el actuar de la autoridad, guardando un respeto absoluto por la legislación. Lo cual aprovecha el Estado para colocar sus intereses en leyes y convertirla en actos legales; dominándose al pueblo.
- Con el Positivismo como formación, se impide que la interpretación sea con mayor alcance, más aún en materia penal, porque se confunde que solo se puede actuar a lo literalmente plasmado en la ley. Postura que reduce la aplicación de garantías del gobernado.
- Resalta la función legislativa, ante el impacto que tiene cada una de las palabras que integran una disposición legal. Porque nadie se siente responsable de cómo se aplica el Derecho, pues “sólo hago lo que la ley me indica –ni más, ni menos”.
- El no posicionarse en el lugar del otro –del indiciado, implica explicarle no con un lenguaje técnico jurídico, sino de tal forma que comprenda sus derechos, porque a él, es a quien en ese momento se le aplican.
- El poder represivo del Estado, solo puede aplicarse si media un proceso debidamente regulado de antemano y con garantías para el ejercicio de la defensa del imputado.

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- La legalidad penal es un límite a la potestad punitiva del Estado, en el sentido que solo puede castigarse las conductas previamente descritas como delitos en una ley anterior a la comisión del delito.

3. El valor de la libertad y su protección

- La libertad individual es conquista del ser humano a lo largo de la historia, por lo que para privar a una persona de ella, se establecieron en las leyes causas, modalidades y requisitos procesales. Asimismo se disponen derechos para el gobernado, para que tenga una defensa adecuada.
- La libertad permite hacer todo aquello que no perjudique los derechos de otro, lo cual se garantiza por la ley. De ahí que es enteramente necesario para los trabajos del legislador, tener esto presente a fin de que en sus leyes ponga lo que sea justo y conveniente.
- La libertad como derecho individual, da paso a la garantía de seguridad jurídica, que se verá concretada en el proceso penal; es decir, la libertad como valor preciado está íntimamente relacionada con los derechos humanos, los cuales a su vez están reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde consta que para privar a una persona de su libertad, es necesario garantizarle toda una serie de requisitos procesales. Donde la expresión de su contenido es el proceso penal, en que se concretiza cada vez más la aplicación de derechos al inculpado, para poder establecer la sanción privativa de libertad por la autoridad competente.
- La norma prohíbe privaciones de la libertad, de cualquier naturaleza, que no se amparen en una decisión judicial, es decir la Constitución establece una reserva judicial en favor de la libertad individual, siendo indispensable el mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo

previamente definido en la ley, para que una persona pueda ser reducida a prisión, arresto o detención. En adelante, solamente las autoridades judiciales tienen competencia para imponer penas que conlleven la privación de la libertad. Manejándose como excepciones de la privación de la libertad, cuando se sorprende en flagrancia, o cuando sea un caso urgente, siempre que se trate de delito grave y no se pueda obtener la orden judicial respectiva.

- En la prisión preventiva existe la sospecha en contra de la persona, pero su culpabilidad aún no ha sido establecida legalmente. Con la presunción de inocencia como principio de libertad, limita la posibilidad de la prisión preventiva. Derecho que con la reforma constitucional, de igual forma debe darse a conocer a la ciudadanía respetando la idiosincrasia para que lo entienda y no solo difundir con pinceladas publicitarias.
- El Ministerio Público, tanto como el Defensor de Oficio y el Juez, deben respetar los derechos que la Constitución consagra para poder privar de la libertad a una persona. Asimismo no es tanto saber que existen derechos de los probables responsables, sino darlos a conocer a ellos, explicárselos; respetarles como personas que se verán afectadas en su libertad personal; si no saben sus derechos, nunca los exigirán y mucho menos podrán cuestionar el por qué del sistema que se les aplica.

4. Garantía de Defensa en la Averiguación Previa.

- El derecho de defensa es aquel que tiene el inculpado para oponerse a la acusación. De ahí que se le reconozcan determinados derechos para hacer frente a la denuncia y proceso que se entabla en su contra.
- El derecho de defensa comprende, a su vez, una serie de derechos, como son: derecho a ser informado de la acusación, derecho a rendir declaración, derecho a

ofrecer pruebas, derecho a ser careado, el derecho a tener defensor, derecho a la libertad provisional bajo caución, siempre que la ley no prohíba conceder este beneficio, y el derecho a ser juzgado.

- La averiguación previa es la primera fase del procedimiento penal, cuyo objetivo es la investigación de hechos punibles, que esta a cargo del Ministerio Público y de sus auxiliares, para determinar si ejercita o no el ejercicio de la acción penal.
- El indiciado es aquella persona sobre la que recaen las primeras tareas investigativas, porque se le atribuye algún grado de compromiso sobre una conducta punible.
- La reforma del pasado 18 de junio de 2008, al sistema de justicia penal, con relación al Artículo 20 Constitucional, respeta la esencia valorativa del contenido de los derechos del inculpado, pues no omite recoger derechos humanos, reconocidos de antaño por Declaraciones Universales de Derechos Humanos que aún siguen vigentes, así como tratados internacionales que han sido signados por México, en la materia como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica -ratificada por México el 24 de marzo de 1981.
- Resalta el derecho a ser informado de hechos y de derechos, ya que es esencial la información, pues puede haber derechos muy amplios a favor del inculpado, pero si estos no se le dan a conocer, que gana con tenerlos; las garantías individuales no son para dejarlas impresas en un documento -que es la Constitución, éstas tampoco van dirigidas a que las conozcan solo los abogados, los derechos van dirigidos a todo ciudadano, sea de la condición social, educativa, laboral, étnica, que sea; más aún cuando se coloca como indiciado.

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- No se debe ocultar la explicación de la conveniencia o no, de rendir declaración preparatoria como garantía a no inculparse; de ahí que debe tenerse una asesoría real por el Defensor de Oficio.
 - Debe explicársele por el Ministerio Público si el inculcado alcanza o no la libertad bajo caución. Una vez que esta es la autoridad competente para ello.
 - El defensor es no solamente un derecho del procesado, sino también una figura indispensable del proceso penal. Debe ser el asesor que con base en sus conocimientos técnicos y en su experiencia, informar sobre las normas sustanciales y procesales en relación con el hecho y las peculiaridades del caso, a su defendido.
 - En la trilogía del que acusa, el que juzga y el que aboga defendiendo a su cliente, ya sea porque es inocente o porque siendo culpable merece que se le haga precisamente Justicia. Se le hace Justicia cuando no se vulneran sus derechos fundamentales ni en la forma ni en el fondo.

D. PROPUESTA

- Los resultados de la presente investigación, serán turnados a la Procuraduría General del Estado de Aguascalientes, para su estudio y valoración aplicativa en mejora del servicio que deben a la ciudadanía y en concreto hacia el inculcado.
- El resultado de la presente investigación, ayudará a evidenciar que aún hay mucho por mejorar, que es necesario sensibilizarse ante la situación que se presta para la toma de declaración. No hay que perder de vista la realidad social de Aguascalientes, lo que es necesario a su idiosincrasia.
- En el transe de adaptar la reforma constitucional al sistema de justicia penal, en la legislación penal del estado de Aguascalientes, implica ver hacia donde vamos,

cómo se le quiere manejar la información al inculpado, persona sobre quien va a repercutir. De ahí la importancia de que se conozca por éste, sus derechos que le asisten.

- La información que se transmite al indiciado de los hechos y sus derechos, deben ser transmitidos de tal forma que comprenda, en términos claros. No hay por que excluirse del conocimiento pleno del sistema penal que se le aplica. Tener disponibilidad de informar, de hacer y hacerlo bien –tal cual es el compromiso de la Autoridad.
- El MP debe reconocer errores y omisiones, para corregirlos. Tanto a nivel de servidor público, como persona; tratar de orientar para ofrecer un trabajo de calidad, sin que por ello se rompa con el principio de legalidad. Además es una labor que tiene que hacer por si mismo, como garante de que se cumpla con las disposiciones constitucionales en respeto de los derechos del inculpado.
- El hecho de que conozca el detenido sus derechos ayuda en la práctica, por su impacto para evitar abusos tanto en el momento de la detención como incluso durante el tiempo que transcurre entre ésta y la puesta a disposición del detenido ante una autoridad judicial.
- La gente que se prepara y se informa es la que exige, por lo tanto aunque el día de mañana me va a exigir –más aún cuando esta de por medio la libertad; hay que correr el riesgo de informar, si es que queremos construir algo.
- Para mejorar la situación, debe realizarse de manera significativa preguntar al indiciado si entendió los derechos que se le han explicado (Sentido que se maneja en la advertencia Miranda –Estados Unidos 1966). Porque lamentablemente las personas escasamente conocen sus derechos.

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- Elevarse esta obligación a nivel constitucional. Donde la sanción en caso de que no se le diera “lectura” a los derechos sería la nulidad de todo lo actuado y la puesta en completa libertad del detenido. Además los abogados sólo con la limitante de las palabras en la ley, es como se trabaja.
 - Pero una posible reforma constitucional no es suficiente para el tema que nos ocupa, porque para cumplir cada quien con sus funciones, debe tener el sentido en extenso del Derecho y del servicio hacia los demás.
 - En el Estado de Hidalgo, para dar cumplimiento al mandato constitucional, han redactado e impreso un folleto que entregan oportunamente al inculcado (Zamora – Pierce). Este parece ser un camino recomendable.
 - Se debe mejorar la calidad de los servicios jurídicos prestados por el Defensor de Oficio y por los Profesionales del Derecho en general, pues el desempeño profesional de los abogados incide directamente en la calidad de la justicia. Donde la formación académica juega un papel importante. De ahí que se pone a disposición la consulta de la presente tesis para inquietar sobre la mejora de la educación jurídica.
 - El Derecho es una creación humana por lo tanto tiene deficiencias, de ahí el reto para buscar las formas de reducir errores, lagunas, antinomias y contradicciones. Por lo tanto la reflexión debe ser continua para reducir deficiencias.
 - Sin duda que la resistencia al cambio, es el gran enemigo a vencer, que nace del hábito y de la rutina; que son las dificultades que ponemos nosotros mismos.
 - “Hay una fuerza motriz más poderosa que el vapor, la electricidad y la energía atómica: LA VOLUNTAD” (Maricela Ponce Villa).



ANEXOS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE AGUASCALIENTES



LIC. EDGARDO VALDIVIA GUTIERREZ
PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO
P R E S E N T E

De la manera más atenta, me dirijo a Usted solicitando su apoyo para que se le conceda el acceso y se le den las facilidades necesarias a la Lic. Rita Aideé Vélez Zúñiga, egresada de la Maestría en Derecho, con Especialidad en Derecho Penal, a fin de que pueda aplicar un cuestionario, a las personas señaladas como inculcados; una vez que se les da a conocer su situación jurídica por el Ministerio Público adscrito a Policía Ministerial.

Esto con el propósito de que pueda llevar a cabo su trabajo de tesis de grado, el cual está bajo la tutoría del Dr. Jesús Antonio De la Torre Rangel, Profesor Investigador adscrito al Departamento de Derecho, del Centro de Ciencias Sociales y Humanidades.

La aplicación del documento esta programada del 31 de Agosto al 02 de Noviembre del año en curso, durante los domingos. Asimismo los resultados de la investigación estarán a su disposición para fines de retroalimentación y como apoyo para sustentar futuras decisiones de la tarea tan importante como es la de la Procuraduría General de Justicia, la cual Usted representa dignamente.

Agradezco su amable consideración a la presente y sin más por el momento, me es grato enviarle un cordial saludo.

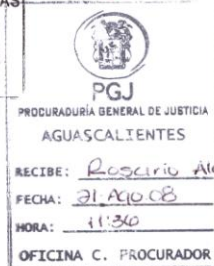
ATENTAMENTE
"SE LUMEN PROFERRE"
Aguascalientes, Ags., 19 de Agosto de 2008.

DR. DANIEL GUTIERREZ CASTORENA
DECANO DEL CENTRO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES

MTRO. JUAN CARLOS ARREDONDO HERNANDEZ
JEFE DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

c.c.p. Dr. Jesús Antonio De la Torre Rangel.- Tutor del proyecto
c.c.p. Interesado
c.c.p. Archivo

Rita Aideé Vélez Zúñiga
26.VIII.08





PGJ
PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA

En Agosto nuestro valor es la Unión Familiar
"La grandeza de la unidad familiar solo se logra a través del amor, el respeto y la cooperación"
Sra. Carmelín López de Reynoso

OFICIO: OP. 0281.08/08

ASUNTO: El que se indica.

Aguascalientes, Ags., 28 de Agosto de 2008

"Sexagésimo Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos"

DR. DANIEL GUTIERREZ CASTORENA
DECANO DEL CENTRO DE
CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
UNIVERSIDAD AUTONOMA DE AGUAASCALIENTES
PRESENTE

En atención al oficio de fecha 19 de agosto del año en curso mediante el cual solicita que se le conceda el acceso y las facilidades a la Lic. Rita Aideé Vélez Zúñiga para aplicar un cuestionario a las personas señaladas como indiciados, me permito comunicar a Usted que no existe ningún inconveniente para que la Lic. Vélez aplique el referido cuestionario en las fechas solicitadas.

Sin otro particular, me despido de Usted aprovechando la ocasión para enviarle un cordial saludo.

ATENTAMENTE
"Sufragio Efectivo, No reelección"


LIC. EDGARDO VALDIVIA GUTIERREZ
PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO



c.c.p.- Mtro. Juan Carlos Arredondo Hernández.- Jefe del Departamento de Derecho.
c.c.p.- Dr. Jesús Antonio de la Torre Rangel.- Tutor del Proyecto
c.c.p.- Lic. Rita Aideé Vélez Zúñiga.- Interesada
c.c.p.- Archivo

Edificio de la Procuraduría General de Justicia
Héroe de Nacozari esq. J. Refugio Velasco
Col. San Luis, Aguascalientes, Ags. C.P. 20240
Tels.: 910 28 00, 910 28 77, Fax: 910 28 80
www.aguascalientes.gob.mx/pgje



Aguascalientes ¡eres tú!

REVISION:	4
FECHA DE REV:	27 de Agosto 2008
RESPONSABLE:	Lic. Rita Aideé Vélez Zúñiga

**ENCUESTA / ENTREVISTA
PARA DETERMINAR EL BENEFICIO O PERJUICIO DEL TECNICISMO JURIDICO HACIA EL INDCIADO;
GARANTIA DE DEFENSA ADECUADA / PROCESO PENAL ORAL**

OBJETIVO: Conocer si el indiciado comprende sus derechos a partir de la información proporcionada en la diligencia de declaración del detenido.

OBSERVACIONES:

- A- Este cuestionario es estrictamente confidencial y anónimo, únicamente serán empleados los datos (aquí vaciados) con fines estadísticos y para planeación.
 B- Si tiene alguna duda pregunte al encuestador
 C- Al contestar cada pregunta ponga una "X" en el inciso que corresponda.
 D. Los cuadros a la izquierda son para uso de la Institución por favor no llenarlos.

GRACIAS.

1- Número de cuestionario

1- 1 2 3 4

2.- 5 2.- ¿Es la primera ocasión que se le detiene?
 2.1 () Si 2.2 () No

3.- 6 3.- ¿Cuántas veces se le ha detenido?
 3.1 () 2 a 5 3.2 () 6 a 10

4.- 7 4.- Y a pesar de ello ¿comprende la información proporcionada por el MP y por el Defensor de Oficio?
 4.1 () Si 4.2 () No

5.- 8 5.- ¿Fue clara para Usted, la explicación que se le dio, del por qué se encuentra aquí?
 5.1 () Mucho 5.2 () Poco 5.3 () Nada

6.- 9 6.- ¿Quién le informó o explicó su situación jurídica?
 6.1 () Ministerio Público 6.2 () Secretario
 6.3 () Defensor de Oficio 6.4 () Policía 6.5 () Otro

7.- 10 7.- Se siente informado, es decir comprende totalmente lo que le dijeron
 7.1 () Si 7.2 () No

8.- 11 8.- Cuál es su nivel académico:
 () 8.1-Primaria () 8.2-Secundaria () 8.3-Bachillertaro () 8.4-Profesional () 8.5-Otro

9.- 12 9.- Sexo
 9.1 () Hombre 9.2 () Mujer

10.- 13 10.- Edad
 10.1 () Mayor de 12 menor de 14 10.2 () Mayor de 14 menor de 18 10.3 () Mayor de 18 menor 30
 10.4 () Mayor de 30 menor de 55 10.5 () Mayor de 55 a más

11.- 14 11.- ¿En que fraccionamiento de Aguascalientes vive Usted?
 11.1 () Zona Oriente _____
 11.2 () Zona Sur _____
 11.3 () Zona Poniente _____
 11.4 () Zona Norte _____
 11.5 () Zona Centro _____

12.- 15 12.- ¿Cuál es su trabajo actualmente?
 12.1.- () Empleado _____
 12.2.- () Desempleado _____

11.- **FECHA DE APLICACIÓN DE LA ENCUESTA**

- | | | |
|---|---|---|
| <input type="checkbox"/> 31 de Agosto | <input type="checkbox"/> 07 de Septiembre | <input type="checkbox"/> 14 de Septiembre |
| <input type="checkbox"/> 21 de Septiembre | <input type="checkbox"/> 28 de Septiembre | <input type="checkbox"/> 05 de Octubre |
| <input type="checkbox"/> 12 de Octubre | <input type="checkbox"/> 19 de Octubre | <input type="checkbox"/> 26 de Octubre |
| <input type="checkbox"/> 02 de Noviembre | | |

12.- **INFORME DE LA APLICACIÓN DE LA ENCUESTA**

Hacia el indiciado ¿Cómo estás y como te sientes?
(Estado físico y psíquico)

Actuar del MP

Actuar del Defensor de Oficio

Actuar del Policía Ministerial

VOTO DE MINORÍA QUE FORMULAN LOS MINISTROS JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ Y JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO, EN RELACIÓN CON EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 150/2006.

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de primero de marzo de dos mil seis, resolvió confirmar la sentencia recurrida y negar el amparo y la protección de la justicia federal a la quejosa contra los actos y autoridades precisados en el resultando primero de la ejecutoria.

No compartimos las consideraciones adoptadas por la mayoría, pues en nuestra opinión, el hecho de que no se le informe a una persona los alcances e implicaciones de la garantía de la defensa adecuada en términos del Apartado a), del artículo 20 de la Constitución, y se deje a ella la carga de desvirtuar que la autoridad ministerial sí le hizo efectivo este derecho, constituye una violación constitucional. De este modo, para explicar nuestra posición, es necesario mencionar algunos antecedentes y razonamientos del presente asunto:

A. ANTECEDENTES DEL ASUNTO. La quejosa expresó, esencialmente, la violación de las garantías individuales previstas en los artículos 14, 16 y 20, A), fracciones II y IX constitucionales, al tenerse por demostrada su responsabilidad penal en la realización del delito imputado. De este modo, adujo que existían causas para reponer el procedimiento, toda vez que no se le había respetado la garantía de defensa adecuada al momento de rendir su declaración

preparatoria, ya que no se le hizo saber que podía gozar de una entrevista en privado con su defensor, previo a la toma de esa declaración; por lo que dicha diligencia carecía de validez, de ahí que solicitara al Tribunal Colegiado hacer la interpretación de la garantía constitucional de "defensa adecuada", pues en su opinión, la garantía prevista en el artículo 20, A), fracción II, en relación con el IX constitucional, debían ser observadas tanto en averiguación previa como en el proceso, sin excusa alguna.

En apoyo a la consideración anterior, la parte quejosa invocó el criterio sustentado por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 1236/2004, expresando que, pretender que se asese al inculcado después de que ha rendido su declaración es desconocer la garantía constitucional contenida en la fracción IX del artículo 20 constitucional, porque la defensa adecuada no se limita a una simple presencia, sino lleva a una participación activa consistente en el asesoramiento legal en relación con la versión que se ha de realizar ante la autoridad correspondiente.

Asimismo, señaló que se violaban los citados preceptos constitucionales, ya que se hizo una valoración inapropiada de las pruebas del proceso en general y de la averiguación previa en particular, todo ello con base en la confirmación de su condena en la indebida valoración de pruebas que son nulas constitucional y legalmente. Inclusive señaló que el artículo 8.2, e) y d) de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en el que el inciso e), le otorga el derecho fundamental al inculcado de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, y el d), el derecho de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

No obstante, el Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, en sesión de seis de enero de dos mil seis, dictó sentencia en la estimó infundados los conceptos de violación por lo que resolvió negar el amparo solicitado, señalando que no se advertía que se hubiera negado el derecho a nombrar defensor o no se le hubiera permitido nombrar a una persona de su confianza que la defendiera en el proceso, pues ella designó a dos defensores particulares, quienes la asistieron en la diligencia y aceptaron desempeñar de manera fiel y leal dicho cargo que les fue conferido.

Igualmente, expresó que tampoco se advertía que no se le hubiera facilitado la manera de comunicar el nombramiento de los defensores particulares por ella designados, habida cuenta que los que designó se encontraban presentes desde el inicio de la diligencia de la declaración preparatoria de la inculpada, por lo que tampoco se advertía que se le hubiera impedido comunicación con sus defensores o se le haya impedido que lo asistiera al momento de presentar su declaración preparatoria.

Por otra parte, estimó infundado el argumento en el que la quejosa señaló que al rendir la declaración preparatoria no se le había respetado la garantía de defensa adecuada consagrada en el artículo 20, A), fracciones II y IX de la Constitución, pues en la diligencia correspondiente, se advertía que el Juez de Distrito, previamente al desahogo de la declaración, le hizo saber a la inculpada el derecho que tenía para defenderse por sí o por persona de su confianza y que si no lo hacía, se le nombraría un defensor público federal remunerado por el gobierno federal y no devengaría honorarios, por lo que una vez enterada de tal derecho, la quejosa designó a dos defensores para que le asistieran en tal diligencia, lo cual ponía de manifiesto que tampoco podía considerarse que haya estado incomunicada, ya que si le asistieron y estuvieron presentes sus defensores.

Así, el Tribunal Colegiado señaló que lo que esta Primera Sala había definido en el amparo en revisión 759/2005, el alcance de la garantía de defensa adecuada, expresando que esa garantía comprendía la circunstancia de que al inculpado que es aprehendido en flagrancia, si así lo solicita a la autoridad ministerial o al juez del proceso, pueda entrevistarse con el defensor de oficio o con persona de su confianza antes de rendir su declaración.

Asimismo, expresó que con las mismas formalidades esenciales del proceso, se advertía que en la declaración ministerial rendida por la inculpada, se le hizo saber que tenía derecho a nombrar persona de su confianza o abogado que la asistiera en la diligencia que iba a intervenir, a no declarar en su contra, de aportar las pruebas que estimara pertinentes para su defensa, así como el derecho a conocer el nombre de sus acusador, manifestando que enterada de dichos derechos, en ese acto designaba a su defensor. Así, con base en lo anterior, el Tribunal Colegiado advirtió que ello ponía de manifiesto que se había cumplido con lo previsto en la fracción IX del apartado A) del artículo 20 constitucional, en el sentido de hacer saber a la sentenciada y a los testigos, su derecho a estar asistidos por una persona o abogado de su confianza que los asistiera en sus respectivas declaraciones rendidas ante el órgano investigador.

Finalmente, expresó que de las constancias del juicio penal no se advertía prueba de que los mencionados testigos y la sentenciada, hubiese solicitado expresamente entrevistarse previamente y de manera privada con su respectivo abogado defensor antes de rendir su declaración ministerial, ni que se les haya vedado ese derecho, por lo que consideró que era inquestionable que no existía razón ni fundamento legal para establecer que sus respectivas declaraciones estuvieran viciadas de ilegalidad.

Inconforme con las consideraciones anteriores, interpuso recurso de revisión, cuyos agravios se enfocaron principalmente en el análisis

parcial e inadecuado de la garantía de defensa adecuada, señalando que cuando una prueba es obtenida inconstitucionalmente no debía tener valor probatorio alguno en el proceso penal acorde a la supremacía constitucional, ya que deben atenderse ante todo a las formalidades del procedimiento, entre las que se encuentran las que establece la Constitución, el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Asimismo, manifestó que el Tribunal Colegiado debió atender a la interpretación de la garantía de defensa adecuada, con base en el criterio sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que estableció que la asistencia del abogado defensor al inculcado no debe ser meramente de presencia, sino de asesoría jurídica, que es una potestad del inculcado solicitar una entrevista previa y en privado con su defensor e inculcado debe comprender la solicitud expresa de este último, es decir, que procede la entrevista sólo si lo solicita expresamente; que es como exigir al inculcado que se defienda por sí mismo y ello es inaceptable constitucionalmente.

B. CONSIDERACIONES DE LA RESOLUCIÓN. Con base en lo anterior, los ministros de la mayoría calificaron como infundados los agravios de la parte quejosa, toda vez que, entre otras consideraciones, señalaron que el legislador no distinguió, respecto a la defensa adecuada en averiguación previa, entre los sujetos detenidos en flagrancia y a los que se ordena su presentación ante la autoridad ministerial, por considerarse su probable responsabilidad en la comisión de un ilícito, sino que sólo se dirigió a lo que debe garantizarse en la etapa de averiguación previa.

Asimismo, se expresó que en la realidad práctica cuentan con una diferencia: la persona detenida en flagrancia es "sorprendida" en un acto que se estima ilícito por los aprehensores o cualquier persona,

lo que no le permite, inmediatamente, ser asesorada legalmente; de esta manera, se considera que existe flagrancia cuando el indicado es sorprendido en el momento mismo en que se está cometiendo el delito.

Por lo anterior, sostuvieron que la persona a la que se envía citatorio para que se presente ante el Ministerio Público se entiende que puede contar con la asesoría previa a su presentación ante esta última autoridad. De modo que, para que se actualice la violación de la garantía de adecuada defensa respecto de la solicitud de entrevista entre el defensor y el ofendido, dicha entrevista debe solicitarse previamente, es decir, no resulta de que el Ministerio Público no haya hecho saber al detenido que cuenta con ese derecho, sino que su **actualización requiere que se pruebe que se solicitó ese beneficio y fue negado por la autoridad investigadora.**

Finalmente, también consideraron que la garantía de defensa adecuada en relación con la entrevista previa entre el defensor y el defendido, asegura que quienes la soliciten deban tener acceso a la misma, sin embargo, si no se solicitó, no se puede actualizar la violación, aun cuando la autoridad inquisitoria no haya informado de la misma. Por tanto, la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial debe contar con la ayuda efectiva del asesor legal, y que si lo solicita debe tener una entrevista previa y en privado con su defensor antes de realizar su declaración ministerial, de conformidad con lo establecido en la fracción II, en relación con las fracciones IX y X del artículo 20 apartado A) de la Constitución, pero no por ello tiene que emplearse expresiones determinadas para informarle de sus derechos.

C. CONSIDERACIONES DEL VOTO. No compartimos las consideraciones anteriores, atento a lo siguiente:

Si bien, esta Primera Sala al resolver los amparos directos en revisión 1857/2005, 1908/2005 y 2151/2005 sostuvo que para la actualización de la violación a la garantía de adecuada defensa el detenido, debía probar que se hubiera solicitado el beneficio de la 'asistencia' de su abogado, de manera previa y privada, y que la autoridad investigadora se lo hubiera negado. Nuevas y profundas reflexiones nos conducen a manifestar nuestras dudas sobre dicho criterio, pues como lo mencionamos en líneas anteriores, no compartimos la postura sostenida por los ministros de la mayoría en relación con el traslado de la carga de la prueba al inculcado, dejando a salvo la actuación del Ministerio Público en esta materia. Por tanto, para explicar con mayor profundidad el sentido de este voto es necesario expresar las siguientes consideraciones:

Con base en el criterio sustentado por esta Primera Sala en el amparo directo en revisión 1236/2004, la llamada averiguación previa es la etapa crítica para el detenido en flagrancia, por lo que desde el inicio de dicha etapa, la persona detenida cuenta con la garantía de defensa adecuada, por sí, por abogado (que nombre él mismo, o que designa la autoridad ministerial), o por persona de su confianza (fracciones IX y X, apartado A del artículo 20 constitucional).

Lo anterior se sostuvo, en atención a que fue costumbre forzar e, incluso, atormentar a los acusados con el fin de obtener su confesión, la que se consideraba como la 'reina de las pruebas', prohibiéndose, asimismo, que el detenido se comunicara con sus familiares o abogados para con ello obtener una declaración que le fuera perjudicial.

Ello, permitió considerar que si bien por 'asistencia' a que se refiere la Constitución, no sólo debía estar relacionada con la presencia física del defensor ante o en la actuación de la autoridad ministerial, sino que esta 'asistencia' de un perito en derecho, en tanto garantía para una 'adecuada defensa' en la averiguación previa, debe

interpretarse en el sentido de que la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial cuenta con la ayuda efectiva del asesor legal.

Por tanto, a fin de actualizar plenamente este contenido constitucional, el detenido en flagrancia debe tener la potestad para, en caso de que así lo decida, entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial; a fin de que relate su verdad histórica de los hechos, sin miedo, con eficacia y de una manera que elimine los posibles males en el proceso de la interrogación, logrando con esto hacer verdaderamente eficaz la garantía de defensa adecuada, que desde su puesta a disposición ante el Ministerio Público le otorga la Constitución Federal.

Esta garantía fundamental de defensa, en su más amplio sentido, tiene un reconocimiento expreso internacional a través de declaraciones y pactos en materia de Derechos Humanos; un ejemplo de ello es que el propio Estado Mexicano, desde el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno, es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mejor conocido como 'Pacto de San José de Costa Rica', en el que en su artículo 8 denominado Garantías Judiciales, establece como garantía mínima, entre otras, *el derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor* (artículo 8.2.d).

Es por todo lo anterior, que esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con apoyo en la interpretación que en su momento se estableció respecto a los alcances de la defensa adecuada a que se refieren las fracciones IX y X del artículo 20, Apartado A de la Constitución Federal, ahora, relacionada la fracción II de dicho dispositivo, consideró que la 'asistencia' del defensor a que se refiere esta última, como parte de un eficaz derecho de defensa,

permite considerar que debe autorizarse al detenido en flagrancia o a su defensor, tener una entrevista en privado o conforme las circunstancias materiales lo permitan, con quien fungirá como su defensor, antes de la primera declaración que rinda ante el Ministerio Público.

Sin embargo, consideramos que lo anterior no debe interpretarse —como lo sostuvieron los ministros de la mayoría—, que para la “actualización de la garantía de defensa adecuada” **el inculpado deba probar que se solicitó ese beneficio y le fue negado por la autoridad investigadora**. En nuestra opinión existen dos problemas fundamentales que no fueron considerados al resolver este asunto:

- La imposibilidad de trasladar, en términos del artículo 20, A) constitucional, la carga de la prueba a los particulares al enfrentar un procedimiento penal, y
- La imposibilidad de trasladarle al inculpado la obligación de desvirtuar el acta ministerial en donde se dejó constancia de las actuaciones de la autoridad investigadora sobre el conocimiento de determinadas condiciones de defensa al inculpado, por ejemplo, a no declarar si así lo desea, o a declarar asistido por su defensor; tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, uno de oficio; que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación; que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación.

El sistema penal en México resulta de la instauración de un procedimiento inquisitivo que se lleva a cabo, esencialmente, por medio de una forma acusatoria, esto es, con límites para el Estado en el ejercicio del poder, en el que al imputado se le concede el estado jurídico de inocencia, de ahí que no tenga ninguna obligación de

probar su inculpatibilidad¹. De ello se deriva que es al Estado, por medio de los órganos competentes, al que le corresponde no sólo demostrar la responsabilidad penal, sino también investigar las circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad que el imputado alegue a su favor, así como probar que cada una de las garantías procesales fueron cumplidas con base en nuestra legislación procesal penal².

En el proceso penal se busca el descubrimiento de la denominada verdad real o material, de ahí que el único instrumento científico y jurídico para hacerlo sea la prueba. De este modo, la cuestión probatoria se vincula estrechamente con el problema de la determinación de a quién le corresponde la carga de la prueba en materia penal. Evidentemente, el principio que establece que “la carga de probar” corresponde a las partes, no se puede entender en su sentido ordinario y civilista en la materia que nos ocupa, toda vez que los intereses en pugna son distintos, pues como lo mencionamos en líneas anteriores, en materia penal, lo que se persigue es la prevalencia de la verdad real y no únicamente las afirmaciones de las partes, como sucede en materia civil.

En estricto rigor, en un proceso penal el deber de probar lo tiene la parte que sustenta la acusación y ésta es representada por el Ministerio Público, toda vez que éste no es una parte con interés similar al de los particulares, pues el que representa es el interés colectivo, social y estatal de actuar correctamente conforme a la legislación penal y, de esa forma, contribuir a la vigencia del Estado de Derecho.

Si bien, la carga de la prueba representa el gravamen que recae sobre las partes para facilitar el material probatorio necesario al juez

¹ E/CN.4/2003/8/Add.3 de 17 de diciembre de 2002.

² *Cfr. Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional*. Consultado en <http://web.amnesty.org/library/index/esj3000021998>.

para formar su convicción sobre los hechos alegados por las mismas, este gravamen, en relación con el Ministerio Público no constituye realmente una carga, sino una obligación de la que no puede licitamente desatenderse dados los motivos de su intervención en el proceso penal. Por tanto, en virtud del interés público que supone la materia penal, buena parte de esa actividad se encuentra a cargo de los órganos públicos —en este caso al Ministerio Público—, que de modo imparcial debe procurar la reconstrucción del hecho histórico investigado.

De ahí que consideremos que, a diferencia del criterio sostenido en esta resolución, en materia penal corresponde al Estado, a través del Ministerio Público, aportar en el proceso las pruebas para demostrar la existencia del delito y la responsabilidad penal, las de las calificativas y las relativas al respeto de las garantías constitucionales consagradas en nuestra legislación penal y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país.

En este sentido, debemos puntualizar que en el proceso penal el principio de la carga de la prueba no tiene mayor aplicación en relación con el inculpaado, porque éste goza de un estado jurídico de inocencia que la propia Constitución le reconoce. De ello se deriva la no exigencia u obligación de probar su inculpabilidad o desvirtuar que la autoridad investigadora, efectivamente, no le hizo saber sobre su derecho a la 'defensa adecuada' consistente en la asistencia de un defensor. En nuestra opinión, es entonces el Estado —por medio de sus órganos públicos— el que debe acreditar que efectivamente le hizo saber al inculpaado que tenía derecho a la asistencia, de manera previa y privada, de un defensor y que éste último no ejerció esta garantía constitucional. Esta afirmación encuentra sustento en lo dispuesto en el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues dicho numeral señala que, el Ministerio Público, cuando el inculpaado fuese detenido o se presentare voluntariamente procederá de inmediato en la siguiente manera:

11

"[...]
III.- Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la averiguación previa, de los siguientes:
a) No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor.

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

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

[...]

Para efectos de los incisos b) y c) se le permitirá al inculpaado comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer, o personalmente, si ellas se hallaren presentes.

De la información al inculpaado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en las actuaciones.

[...]"

Así, con base en la fracción III, inciso b), el Ministerio Público debe informar al inculpaado su derecho a una 'defensa adecuada' por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio. Para tales efectos, se le permitirá comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer, o personalmente, si ellas se hallaren presentes, de manera que la información proporcionada al inculpaado sobre los derechos antes mencionados, el Ministerio Público dejará constancia de sus actuaciones en el acta ministerial correspondiente. De manera que, con base en las constancias mencionadas, es la autoridad investigadora la que debe probar que, efectivamente, hizo saber el derecho de defensa adecuada al

12

inculpado, consistente en la asistencia, de manera previa y privada, de su defensor antes de presentar la declaración ministerial, ello en términos de la garantía consagrada en el artículo 20, apartado A) de la Constitución.

Lo anterior también se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 248 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que establece que "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." Esto es, la carga de la prueba—*onus probandi*—recae sobre la parte que afirma, entonces como las únicas partes en el proceso penal son el Ministerio Público y el procesado, se desprende que los hechos afirmados por el ofendido por el delito, no deben ser probados por éste, sino por el Ministerio Público.

Evidentemente, la expresión "debidas garantías" no implica, únicamente, que el juicio se lleve a cabo ante la autoridad competente o ante un tribunal independiente e imparcial; es necesario que la autoridad administrativa o jurisdiccional dé a las partes la posibilidad de presentar su caso sin ningún tipo de obstáculo, lo que implica tener, en todo tipo de juicio o procedimiento un defensor, tiempo y las facilidades de presentar las pruebas en apoyo a sus peticiones, una evaluación razonable de las pruebas por parte de la autoridad competente, así como decisiones razonadas por parte de la misma, aunque esto último no debe confundirse con la función que cumplen las partes en la incorporación de la prueba al juicio penal, pues el inculpado, en el debido proceso sólo tiene derechos en relación con la prueba, amparado por una "presunción" que lo libera de la carga probatoria durante el proceso penal.

Por ello, consideramos que quien tiene el deber de investigar la verdad y hacer lo que esté a su alcance por conseguirla, en primera y en última instancia sea la autoridad investigadora, de ahí que cualquier

interpretación contraria a la anterior, puede conducir a la violación de garantías constitucionales, desvirtuando así los fines del proceso penal.

Cabe mencionar que el criterio sostenido en el presente voto ha sido desarrollado en diversas resoluciones de la Corte Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, respectivamente; el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Tribunal Constitucional Español.

En este sentido, para estar en posibilidad de analizar las resoluciones de los tribunales de derechos humanos mencionados, es necesario transcribir lo dispuesto en los ordenamientos internacionales mencionados:

"El artículo 8º de la **Convención Americana de Derechos Humanos** establece que: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. **Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.** Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) **derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.** e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar

a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y h) derecho de recurrir del fallo ante Juez o Tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

El artículo 6º del **Convenio Europeo de Derechos Humanos** señala que: 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. **Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.** 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) **a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la Justicia lo exijan;** d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.³

15

De este modo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sostenido que, de acuerdo con un principio firmemente establecido, el peso de la prueba corresponde a quien afirma y no al que niega. Por ello, siguiendo los razonamientos de la Corte Interamericana, consideramos que en los procesos en los que se analiza la violación a los derechos fundamentales de un individuo, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegarse de pruebas que, en muchos casos, no podrían obtenerse sin la cooperación del mismo, a través de sus órganos públicos. Así, en el caso *Durand y Ugarte contra Perú*³ señaló lo siguiente:

"[...] 65. En cuanto a la alegación del Estado sobre la carga de la prueba, esta Corte ha dicho que "en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado" y, en particular, ha señalado que "lejos el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio". En ese sentido, la Corte considera que en el presente caso no corresponde a la Comisión Interamericana demostrar el paradero de los señores Durand Ugarte y Ugarte Rivera, porque los penales y las investigaciones estuvieron bajo el exclusivo control del Estado. En consecuencia, sobre éste recae la carga de la prueba. [...]"

Igualmente, la Corte Interamericana al pronunciarse sobre las medidas adoptadas por el gobierno peruano para reprimir un motín en uno de sus penales, sostuvo que la carga de la prueba de los acontecimientos surgidos en Perú recaía sobre propio Estado, pues al estar las investigaciones de los hechos bajo su control, se desprendía que las pruebas estuvieron a su disposición o que éstas deberían

16

³ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 16 de agosto de 2000.

haberlo estado, si éste hubiera procedido con diligencia. Este criterio fue expresado en el caso *Neira Alegria y otros*⁴:

"[...] 65. La Corte considera que no corresponde a la Comisión demostrar el paradero de las tres personas a que se refiere este proceso, sino que, por la circunstancia de que, en su momento, los penales y luego las investigaciones estuvieron bajo el control exclusivo del Gobierno, la carga de la prueba recae sobre el Estado demandado. Estas pruebas estuvieron a disposición del Gobierno o deberían haberlo estado si éste hubiera procedido con la necesaria diligencia. La Corte en casos anteriores ha dicho:

[...] en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado.

[...] Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que le proporcione el Gobierno (*Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* párr. 135-136 y *Caso Godínez Cruz*, *supra* párr. 141-142)."

Asimismo, en los casos *Bulacio contra Argentina*⁵ y *Juan Humberto Sánchez contra Honduras*⁶, la Corte sostuvo que la condición de garante del Estado con respecto a estos derechos le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión a la afectación de esos derechos; en consecuencia si una persona fue detenida en buen estado de salud y posteriormente murió—señaló la Corte—, recalca en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido, de manera que a través de aquella, pudiera desvirtuar las alegaciones sobre su

⁴ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 19 de enero de 1995.

⁵ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 18 de septiembre de 2003.

⁶ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 7 de junio de 2003.

responsabilidad, mediante elementos probatorios válidos. Por lo anterior, consideró que el Estado tenía la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia y la obligación de proveer la información y las pruebas relacionadas con lo que le sucediera al detenido.

En cuanto al Sistema Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al resolver el caso *Hutchinson Reid v. The United Kingdom*⁷, sostuvo en el apartado a), punto 65, bajo el rubro "la carga de la prueba"—*Burden of Proof*— que no se podía sostener el argumento del Gobierno Inglés en cuanto a que la carga probatoria correspondía al inculpado, de ahí que considerara la construcción de sus argumentos incompatibles con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en la Observación General No. 13 determinó que "en virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso".

En este mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos al resolver el caso *Lonei Bochaton v. France*⁸, expresó que:

"[...] 5.3. Teniendo en cuenta las reclamaciones basadas en la imprecisión del acta de acusación, el no respeto de la presunción de inocencia y la ilegalidad de la condena, el autor estima que se reconoce unánimemente el

⁷ *Cfr.* Application no. 5027/2199, Judgment, Strasbourg, 20 February 2003.

⁸ *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 7.

⁹ Comunicación No. 1084/2002, U.N. Doc. CCPR/C/80/D/1084/2002 (2004)

derecho que tiene el acusado en materia penal a ser informado con todo detalle de los hechos que se le imputan y en los que se basa la acusación. Según el autor, es arbitrario condenar a una persona por actos cometidos en una fecha sin determinar, como en este caso concreto. Habida cuenta de las graves consecuencias que pueden derivarse de una condena penal, el autor subraya que es deber de los Estados velar por que las actas de acusación sean muy precisas. De lo contrario, la persona acusada se ve obligada a demostrar que no participó en los hechos. Esta inversión de la carga de la prueba constituye asimismo, según el autor, una vulneración arbitraria de la Presunción de inocencia. [...]¹⁹

Finalmente, el Tribunal Constitucional Español al pronunciarse sobre el derecho que tienen los individuos a no declarar contra sí mismos, sostuvo lo siguiente:

"[...] Hemos de señalar también que el derecho a no declarar contra sí mismo (o a no autoincriminarse o autoincriminarse) entronca, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, con «una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar fácilmente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación [...]»²⁰

Por tanto, con base en lo dispuesto en nuestra legislación y de acuerdo con los estándares internacionales mencionados, podemos concluir que el Ministerio Público, como órgano de Estado, no puede trasladar la carga de la prueba al inculcado, a fin de que éste desvirtúe el dicho de la autoridad ministerial, en relación con el conocimiento de su derecho a la defensa adecuada. Es decir, no podemos compartir el criterio que pretende trasladar al inculcado la obligación de probar que el Ministerio Público no le hizo efectivo su derecho a entrevistarse con un defensor de manera previa y privada antes de presentar su declaración ministerial, pues en términos del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, es el Ministerio Público quien

¹⁹ Cfr. Sentencia 16/1/1997, de 2 de octubre de 1997.

debe notificarle al inculcado sus derechos, entre los que se encuentra el de 'defensa adecuada', notificación que, en términos de la fracción III, inciso b) de dicho numeral, deberá asentarse en el acta correspondiente.

Por tanto, consideramos que en el supuesto de que el inculcado alegue que la autoridad ministerial no le hizo efectivo su derecho a la "asistencia" de su defensor, la carga de la prueba no puede recaer en éste, pues es el Ministerio Público, como autoridad investigadora, el que debe probar que "efectivamente" le hizo saber de este derecho y que el inculcado no lo ejerció, todo ello con base en el acta ministerial y demás elementos que se allegue para tal efecto.

Así, de acuerdo con las anteriores aseveraciones, en nuestra opinión se desprende que, si por principio general, toda persona es inocente hasta que se pruebe lo contrario, la carga de la prueba de delito, imputabilidad, culpabilidad y demás circunstancias relacionadas con la situación procesal del inculcado, descansa en el Ministerio Público.

Por todas las consideraciones mencionadas, no compartimos los razonamientos expresados en esta resolución.

Ministro José Ramón Cossío Díaz.

Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo.

Lic. Manuel de Jesús Santizo Rincón.
Secretario de Acuerdos de la Primera Sala

MESF/MCA.



BIBLIOGRAFIA

1. LIBROS

Bustos Ramírez, Juan. Lecciones de Derecho Penal, Ed. Trota.

Cámara de diputados-LVII Legislatura. Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones. Tomo III- Artículos 12-23. Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa. México 2000.

Carvajal, Juan Alberto Tratado de Derecho Constitucional, Porrúa, México, 2000.

Castillo del Valle Alberto, Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal, Editorial Duero, S.A. de C.V., México 1992.

Del Castillo Velasco, José María, Apuntamientos para el Estudio del Derecho Constitucional Mexicano. Gobierno de México, 1870.

Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. Derecho Constitucional Mexicano y Comparado. Editorial Porrúa. México, 1999.

Guillen López Raúl, Las Garantías Individuales en la Etapa de Averiguación Previa, Ed. Porrúa, México 2003.

Herrera Ortiz Margarita; Manual de Derechos Humanos, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 2003.

Izquierdo Muciño, Martha Elba, Garantías individuales, Oxford University Press Mexico, S.A de C.V. México, 2001.

Lara Espinoza, Saúl, Las Garantías Constitucionales en Materia Penal, Editorial Porrúa, México 1998.

López Betancourt, Eduardo, Introducción al Derecho Penal, Octava Edición, Ed. Porrúa, México 2000.

Montiel y Duarte, Isidro; Estudio sobre Garantías Individuales, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 1998.

Ovalle Favela, José; Garantías constitucionales del proceso, segunda edición, Ed. Oxford University Press; UNAM, México 2002.

Valdés S. Clemente. La Constitución como instrumento de dominio. Dialogo Abierto 78, Política. Ed. Coyoacán, S.A. de C.V. México, 2000.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Segunda edición, Cárdenas Editor Distribuidor, México 1988.

Zamora – Pierce, Jesús, Garantías y Proceso Penal, Ed. Porrúa, Novena Edición, México 1998.

2. REVISTAS

Garza Alejandro, María del Rosario, El Juicio Oral Penal en el Estado de Nuevo León, Quid Juis, Revista Jurídica del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Colima, No. 10, 2ª Época, año 2006.

3. FUENTES ELECTRONICAS:

A) ARTICULOS

Alvarado Martínez, Israel, ¿Qué debemos entender por “garantías constitucionales”?
<http://www.inacipe.gob.mx/hm/QuienEsQuien/Invesigacion/Opiniones/Garantias.html>

Borges Frias, Jorge Luis, Universidad de Cuba, “El Habeas Corpus: garantía de Libertad”
<http://www.monografias.com/trabajos15hbeas-corporus/habeas-corporus.shtml>

Canales, Ernesto; Los juicios orales ante el sistema actual. Metrópoli 2025, Octubre 2006, Año I Número 10. www.metropoli.org.mx

Carbonell, Miguel “Proteger la libertad: Una propuesta de reforma Constitucional”
<http://www.bibliojuridicas.org/libros/5/2264/6.pdf>

Carbonell Miguel y Ocho Reza Enrique, Enfoque Reforma, Juicios Orales: ¿Por dónde empezar?
http://enriqueochoareza.com/articulos/uploads/1/juicios_orales_por_donde_empezar_-_miguel_carbonell_y_enrique_ochoa_reza_-_10_dic_06.pdf

Cárdenas Ruíz, Marco. La presunción de Inocencia. Revista electrónica de derecho penal, derecho procesal penal y criminología/procesal/presunción de inocencia. Derecho Penal Online. <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,206,0,0,1,0>

Carrancá y Rivas, Raúl, Introducción al estudio del derecho penal, proyecto PAPIME La enseñanza del Derecho Penal a través de la nuevas tecnologías, Las ideas penales a través de la historia, <http://www.derecho.unam.mx/papime/IntroduccionalDerechoPenalVol.I>

Carrancá y Rivas, Raúl, “La Averiguación Previa”.
<http://www.derecho.unam.mx/papime/TemasSelectosdeDerechoPenalVol.III/tema6-1.htm>

Cifuentes, Eduardo (Ministro Corte Constitucional de Colombia), “Libertad Personal” Ius et praxis, año/vol.5, número 001, Universidad de Talca, Talca, Chile. pp. 121-63.
<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19750105.pdf>

De González Mariscal, Olga Islas, El Ministerio Público ante la Delincuencia Organizada, Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado Número 120. Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/inf/inf21.htm>

López Garelli, Mario; Derecho a la Libertad Personal y al Debido Proceso: Algunos casos recientes en el sistema Interamericano de Derechos Humanos.
<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19750111.pdf>

Martínez Cruz, Edgar; El abogado defensor en la propuesta del Ejecutivo Federal
<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/040726165446.html>

Montano, Pedro J., Profesor Agregado de Derecho Penal en la Universidad de la República – Uruguay, “La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal”.
<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Montano2.pdf>

Reyes Vera, Ramón “Los derechos humanos y la seguridad jurídica”
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/37/pr/pr24.pdf>

Salas Beteta, Christian “El Proceso Penal-Garantías Constitucionales”,
<http://www.websjuridicas.com/modules/news/article.php?storyid=228>.

San Martín Castro, César, Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Perú, “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos”
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20042/pr/pr9.pdf>

Solórzano Alfaro, Norman José, “Crítica del principio de legalidad... de su inversión ideológica y algunas vías para su recuperación”. Crítica Jurídica: Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho, ISSN 0188-3968, No. 19, Pág. 33-66. Sevilla 16 de marzo de 2001. http://www.unibrasil.com.br/arquivos/publicacoes/txt/critica_jurídica19.pdf

Treviño López, Ernesto, Acciones y retos en materia de seguridad pública.
<http://www.fundar.org.mx/pdfavancesyretrocesos/09.pdf>

Valdez Delgadillo, Daniel Octavio, “Análisis de la fracción VIII del artículo 20 Constitucional sus antecedentes algunos criterios jurisprudenciales”
http://www.poder-judicial-bc.gob.mx/admonjus/n28/AJ28_002.htm

Vázquez Olcese, César “Psicoterapia Gestalt: Conceptos, Principios y Técnicas”,
<http://www.psicologia-online.com/colaboradores/cvasquez/gestalt.shtml>

B) DICCIONARIOS

Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda edición <http://buscon.rae.es>

Diccionario Jurídico del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, campus Estado de México,
<http://www.cem.itesm.mx/derecho/referencia/diccionario>

El diccionario jurídico del Estado de Guerrero
<http://www.guerrero.gob.mx/?P=readart&ArtOrder=ReadArt&Article=301>

La enciclopedia libre <http://es.wikipedia.org>

C) OTROS

Iniciativa de Reforma Constitucional 29 de marzo de 2004.
http://fox.presidencia.gob.mx/docs/reformas_ssp.pdf

La Sociedad Española de Cuidados Paliativos <http://www.secpal.com/guiacp/index.php?acc>

Monografías
<http://www.monografias.com>

Primer Foro de Análisis, Estudio y Capacitación del Nuevo Sistema de Justicia Penal, a cargo del Instituto Nacional de Ciencias Penales. En la Ciudad de Yucatán. Procuraduría General de Justicia del Estado de Yucatán.
<http://www.pgj.yucatan.gob.mx/cgis/news.cgi?folio=80>

Radio Universal
<http://www.radiouniversal.com.mx/mexicana/>

Secretaría de Relaciones Exteriores: <http://www.sre.gob.mx/derechoshumanos/docs/15.pdf>

Semanario No. 19 de la Fiscalía General de la Nación. Bogotá, D.C., 31 de Enero de 2005
<http://www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Semanario/sem19.htm>

Suprema Corte de Justicia de la Nación: <http://www.scjn.gob.mx>

Voto de Minoría:
http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/ministrocossio/INTE-PON/MTRO/TEXTOS-JRCD/VOTOS_D_JRCD/Votos%20de%20minor%C3%ADa/SALA/10VOTO%20MINORITARIO%20-%20ADR%20150%20carga%20de%20la%20prueba%20en%20penal.pdf

D) PERIODICOS

Diario Electrónico El Economista <http://eleconomista.com.mx/>

El Heraldo de Aguascalientes <http://www.heraldoags.com/>

El Hidrócalido <http://www.hidrocalidodigital.com/>

El Sol del Centro <http://www.oem.com.mx/elsoldelcentro>

La Jornada <http://www.jornada.unam.mx>

Organización Editorial Mexicana, Periódico El Sol del Bajío <http://www.oem.com.mx/oem/>

4. LEGISLACION

Código Civil del Estado de Aguascalientes

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Diario Oficial de la Federación <http://dof.gob.mx/>

Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes

5. OTRAS FUENTES DE INFORMACION

Apuntes de Filosofía del Derecho, Maestría en Derecho, Universidad Autónoma de Aguascalientes, Diciembre 2005

Apuntes de Teoría del Delito I, en la Maestría en Derecho, Enero 2004.

Apuntes de Teoría del Delito II, y de Criminología, Maestría en Derecho, Universidad Autónoma de Aguascalientes, Enero 2005.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI)