

712
24



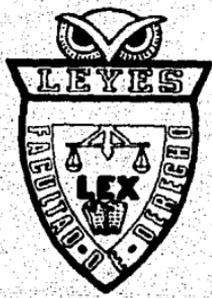
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**EL DERECHO DE DEFENSA DURANTE LA
AVERIGUACION PREVIA**

**TESIS CON
FALIA DE ORIGEN**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
ROSALINDA RIVERA CASTREJON





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

Prólogo	I
---------------	---

CAPITULO PRIMERO

El derecho de defensa

1. Concepto	1
2. Antecedentes históricos:	4
a) En el derecho griego	4
b) En el derecho romano	6
c) En la época medieval	9
d) En el derecho español	10
e) En México	12

CAPITULO SEGUNDO

El defensor

1. Noción	15
2. Naturaleza jurídica	18
a) desde el punto de vista de la representación	18
b) El defensor como asesor del procesado	19
c) El defensor como auxiliar de la administración de -- justicia	20

d) El defensor como colaborador del proceso	22
e) ¿El defensor actúa por cuenta propia?	24

CAPITULO TERCERO

La averiguación previa

1. Concepto	26
2. Preceptos que la regulan	32
3. Aspectos que comprende:	35
a) La denuncia, acusación y querrela	35
b) funciones de policía judicial	44
c) funciones del ministerio público	48
d) La consignación	51

CAPITULO CUARTO

El derecho de defensa durante la averiguación previa

1. El derecho de defensa como garantía individual	53
2. carácter obligatorio de la defensa en el procedimiento penal	60
3. El artículo 134 bis fracción IV del C. P. P. del D. P..	63
4. Sujetos que realizan los actos de defensa en la averiguación previa	65
a) El indiciado	66
b) La persona o personas de su confianza	67
c) El defensor	70

d) El defensor de oficio	74
5. La necesidad de reformar el artículo 134 bis párrafo -- cuarto del Código de Procedimientos Penales para el Dis- trito Federal	82
Conclusiones	85
Bibliografía	88

P R O L O G O

El derecho de defensa es un tema apasionante para el - que hace de la profesión de abogado su medio de vida, situación con la que me identifico plenamente puesto que mi trayecto laboral me permite en forma cotidiana luchar por hacer válido ese derecho de defensa.

por la razón anteriormente enunciada me permito presentar al lector la presente investigación referida a los antecedentes, situación contemporánea y perspectivas de lo que ha sido y es el derecho de defensa.

El tema resulta interesante en cuanto a su evolución - en los diversos acontecimientos históricos hasta nuestros días, e incluso se observa un desarrollo en el procedimiento penal mexicano en lo que se refiere específicamente a la intervención del defensor durante la etapa de averiguación previa, sin embargo, cabe destacar que aún falta instrumentar muchas de las actuaciones de este órgano de defensa, con el propósito de que sus actuaciones sean respetadas conforme a la norma jurídica respectiva.

por ello, en la presente investigación se pretende hacer notar la ausencia de dicha normatividad durante la etapa pre procesal.

Espero la modesta investigación cubra el objetivo ante riormente planteado.

CAPITULO I

EL DERECHO DE DEFENSA

La defensa es una institución reconocida y garantizada legalmente en la mayoría de los regimenes en donde prevalezcan las garantías individuales.

El no admitir que el inculpado sea asistido por un defensor o impedirle a éste el cumplimiento de sus funciones, sería atentar en contra de la libertad del hombre, en virtud de que sustrae al individuo de lo que es justo o de lo que tiende a preservar los derechos que le otorgan las leyes.

1. CONCEPTO

Atendiendo a su sentido etimológico, "la palabra de - fensa se deriva del latín y significa, toda acción de defender; a su vez defender, que proviene del latín defendere, que tiene el significado de amparar y; defensor que tiene su origen del - latín defensor soris, que es quien defiende." ¹

[1] Enciclopedia salvat Diccionario. Salvat Editores. V. 4. Mé- xico. 1983. P. 1015.

El concepto de defensor, que se deriva de la palabra defensa será objeto posterior de estudio.

El maestro de Pina Vara, define a la defensa de la siguiente manera: "Actividad encaminada a la tutela de los intereses legítimos implicados en un proceso (Civil, Penal, etc.)..."²

Podría pensarse que en la definición dada por el maestro de Pina, se está enfocando la intervención del defensor exclusivamente dentro del proceso, sin tomar en cuenta la etapa de la averiguación previa.

Para los fines del presente estudio, no obstante existir gran diversidad de conceptos doctrinales alusivos a la defensa, nos referiremos exclusivamente a los conceptos que más se adecúan a éste y que son los que a continuación se mencionan:

El jurista Guillermo Colín Sánchez, en su libro denominado El Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, considera a la defensa "un derecho natural e indispensable para la conservación de la persona, de sus bienes, de su honor y de su propia vida..."³

(2) De Pina Vara, Rafael. diccionario de derecho. México, Ed. - Porrúa, S. A. 1975. P. 175.

(3) Colín Sánchez, Guillermo. derecho Mexicano de Procedimientos penales. México. Porrúa, S. A. 1980. P. 179.

considera además el maestro Colín Sánchez, que la defensa dentro del proceso penal, es una institución indispensable, que ha sido objeto de una reglamentación especial.

siguiendo con la idea expuesta por el mismo autor, - las funciones específicas de la defensa son: coadyuvar a la obtención de la verdad y proporcionar la asistencia técnica al -- procesado para evitar todo acto arbitrario de los demás órganos del proceso, con lo cual cumple una importantísima función social.

Para el procesalista italiano Carnelutti "el concepto de defensa es opuesto y complementario del de acusación..."⁴

Del concepto expuesto se deduce que no puede haber acusación sin defensa. La calidad de contrario de la defensa le otorga igualdad respecto de la acusación, para hacer posible la búsqueda de razones y pruebas que valoren la verdad.

(4) Carnelutti, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. Buenos Aires, Argentina. Ed. Bosch y Cía. 1950. P. 232.

2. ANTECEDENTES HISTORICOS

Ya desde épocas muy remotas ha quedado plasmado el derecho de defensa, como se puede apreciar en la legislación israelita.

El jurista mexicano Juan José González Bustamante manifiesta que: "En el viejo Testamento se expresa que Isaías y Job, dieron normas a los defensores para que por su intervención, tuvieran éxito las gestiones en favor de los mentecatos, de los ignorantes, de los menores, de las viudas y de los pobres cuando sus derechos hubiesen sido quebrantados."⁵

a) En el derecho Griego no se admitía la intervención de terceros en el proceso, en virtud de que el acusador y el acusado comparecían personalmente ante el tribunal del pueblo para alegar lo que conviniera a sus intereses.

Posteriormente se autorizó al procesado, para que su defensa la hiciera un tercero.

El maestro Guillermo Colín Sánchez, señala que "en el derecho Griego, aunque en forma incipiente, hubo noción de la -

(5) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Mexicano. México. Porrúa, S. A. P. 86.

defensa, se permitió al acusado durante el juicio defenderse - por sí mismo o por tercero.⁶

Afirma la idea antes expuesta, el jurista Sergio García Ramírez, señalando que durante el proceso se permitía que - el orador asistiese al litigante ante el Areópago (tribunal superior de la Antigua Atenas), previo el informe que elaboraba - el logógrafo.

Agrega el jurista García Ramírez, que el acusado estaba facultado para presentar dictamen de peritos jurídicos especiales.⁷

Para complementar las ideas que sobre los antecedentes históricos de la defensa, han vertido los juristas mencionados en páginas anteriores respecto de la legislación griega, cabe incluir lo que sobre el tema ha expuesto el maestro Rafael Bielsa en su obra denominada la Abogacía; señala que los acusados y litigantes en general, tenían su defensor natural - en el amigo y que las aptitudes para la defensa eran más que - el conocimiento del derecho, la fuerza persuasiva de su elocuencia. De ahí la necesidad de un orador que redactara la alegación.

(6) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. P. 180.

(7) García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Civil. México. Porrúa, S. A. P. 264.

gación: el logógrafo.*

Añade el maestro Bielsa, que la profesión del logógrafo fué parcialmente reglamentada y que en la defensa ateniense el arte del buen hablar prevalecía sobre el respeto a la verdad en algunas ocasiones, anulando en estos casos la virtud de su - justicia.⁸

b) En el Derecho Romano

Es en roma en donde la profesión de abogado adquiere la individualidad y el carácter que ha conservado en sus líneas generales hasta nuestros días.

En Roma la abogacía tuvo desde sus orígenes un carácter más técnico en lo que respecta al derecho. Más que la elocuencia fué la ciencia lo que distinguió al abogado.

La defensa del acusado en el derecho romano primitivo según González Bustamante, estaba a cargo de un sacerdote, instruido en la doctrina jurídica, designado anualmente por el Colegio de los pontífices, para asesorar a los plebeyos que deman

(*) logógrafo.- Retórico griego que componía discursos o defensas para otros.
(8) Bielsa, Rafael. La Abogacía. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot. 1960. Pp. 51, 52.

daban la reparación de algún daño.

En el siglo V de la fundación de Roma, se facultó a los plebeyos para que preparasen su defensa.

Con el progreso institucional del Derecho, aparece la institución del patronato. En el proceso penal, la ley permitía que la defensa del acusado estuviera a cargo de un orador; el patronus o causidicus, orador defensor asesorado por un jurispru-rito, el advocatus. Correspondía al patrono, la carga de representar y proteger a su cliente.⁹

La defensa tenía generalmente cierto carácter de función protectora; de ahí el oficio de patrono que no fué función propia de jurisconsultos, al decir de Bielsa, quien agrega que los patronos fueron llamados así como si ocupasen el lugar de padres de sus clientes.

La calidad o función de los patronos envolvía un deber muy extenso señala Bielsa citando a Wilwart; "era propiamente un oficio de protección. Desde que el patrono aceptaba a alguno como cliente, y éste le prometía fidelidad, el patrono estaba obligado a sostenerle en toda ocasión, y a emplear en su

(9) González Bustamante, Juan José. Op. cit. p. 86.

favor, todo su poder y crédito; era su consejero en todos sus negocios contenciosos o asuntos civiles, y su defensor en juicio."¹⁰

Mientras algunos asignaban la función de la defensa al patronus o causidicus, otros consideraban que ella era la del advocatus.

El jurisconsulto llegó a ser en Roma, una figura central, algo así como el oráculo de la ciudad, según Cicerón.

La autoridad profesional del jurista aunada a su autoridad moral daba tal fuerza a sus respuestas o pareceres que llegaron a constituir una importante fuente del derecho, que incluso el rescripto de Adriano dio fuerza de ley a las respuestas coincidentes.¹¹

El jurista Sergio García Ramírez, al tratar el tema de la defensa en el derecho romano señala que en el transcurso del tiempo los patronus y los advocati se unificaron en una sola figura.¹² Fundiéndose entonces en una sola persona el conocimiento del derecho y el arte de la palabra.

(10) Bielsa, Rafael. Op. cit. P. 58.

(11) Ibid. Pp. 57-61.

(12) García Ramírez, Sergio. Op. cit. P. 265.

c) En la Epoca Medieval

En la Enciclopedia Jurídica Omeba se señala que en el derecho medieval predominaban las prácticas de las ordalfas, -- también conocidas con el nombre de juicios de Dios.¹³

En los juicios de Dios los acusados eran sometidos, - en la edad media, a pruebas que servían para averiguar su inocencia o culpabilidad.

Las pruebas a que se sujetaba a los acusados eran las del fuego, las del hierro candente, del agua caliente etc.

"Lo que significó un proceso, donde la defensa de los derechos o las defensas procesales en particular quedaban substituidas por esas pruebas del azar y de la fe."¹⁴

(13) Enciclopedia Jurídica Omeba. Manuel Osorio, et al. V. IV. Buenos Aires. 1979. P. 22

(14) Ibid. P. 22.

d) En el derecho Español

En general puede afirmarse que la antigua legislación europea reconoce y reglamenta el derecho de defensa.¹⁵

En el derecho español no se conocieron en el foro abogados ni voceros de oficio, hasta los tiempos de Alfonso el Sabio (rey de Castilla y León, 1221-1284); señala Bielsa citando a Dupin, que antiguamente la legislación española era breve y concisa, de modo que nadie podía ignorar las leyes, y a cualquiera le era fácil defender su causa.¹⁶

Posteriormente en el Fuero Juzgo y en la Novísima Recopilación, incluyendo otros cuerpos legales, se dictaron una serie de disposiciones que establecían que el procesado debería estar asistido por un defensor.¹⁷

Para garantizar la presencia del defensor en el proceso penal, agrega González Bustamante, se impuso a los profesores de derecho y abogados del foro, el deber de destinar parte de su tiempo laborable para la defensa de los humildes y desamparados, e inclusive la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de

(15) Franco Godi, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. México. Porrúa. S. A. 1957. P. 107.

(16) Bielsa, Rafael. Op. cit. Pp. 61, 62.

(17) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. P. 180.

septiembre de 1882, dispuso que los defensores de pobres no podrían excusarse de la defensa de pobres sin un motivo personal y justo.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal También señalaba el procedimiento para obtener este beneficio de pobreza.¹⁸

Cabe señalar que en las leyes españolas, según lo expone González Bustamante, se considera imprescindible la actuación del abogado defensor para la validez del juicio.

Dispone la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español que: en el caso de que el procesado no hubiere designado defensor, - se le requerirá para que lo verifique o se le nombrará de oficio.

Las leyes expedidas con posterioridad reconocen la defensa gratuita, destinada a los procesados que carezcan de recursos económicos para costear los honorarios de los defensores.

En esta forma el estado procura la igualdad de las partes.

Al referirse a otros ordenamientos legales españoles,

(18) González Bustamante, Juan José. Op. cit. Pp. 87, 88.

el jurista García Ramírez señala que: el régimen de voceros - (de defender con voces u oralmente), y personeros, abogados y - procuradores respectivamente se fijó tanto en el Fuero Real como en las Partidas. ¹⁹

e) En México

La defensa es un derecho inalienable del individuo, - ligado íntimamente a su derecho de libertad. Este criterio ha - sido aceptado y predomina en la legislación mexicana.

Se tienen referencias de que en el antiguo imperio me xicano, los aztecas o mexicas (una de las grandes culturas meso americanas) reconocían el derecho de defensa.

Señala el maestro Guillermo Colín Sánchez que: "en el derecho azteca existía el derecho a favor del acusado para nombrar defensor o defenderse por sí mismo." ²⁰

Parece que el acusador y el acusado, en los asuntos - penales, hacían su acusación o su defensa por sí mismos, señala el maestro Mendieta y Núñez, ²¹ ya que no se tienen noticias de que hayan existido abogados.

(19) García Ramírez, Sergio. Op. cit. P. 265.

(20) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. P. 24.

Sea que el acusado se defendiera personalmente, o que su defensa, como refiere el maestro Colín Sánchez, estuviera a cargo de un tercero; lo cierto es que con base en lo escrito, - se puede sostener que el pueblo azteca reconoció el derecho que asiste a todo inculpaado de defenderse.

En la época de la colonia la abogacía es blanco de - descrédito; se considera a los abogados como de influencia per turbadora. Esto ocurre en los siglos XV y XVI.

Señala además Bielsa que, los conquistadores y después los funcionarios reales oponían resistencias naturales a los abogados, pues los procedimientos ilegales y de tortura de éstos tienen un dique en el sentido de justicia y de derecho de los - letrados, que incitan a la defensa.

La resistencia a los abogados (que eran considerados defensores del oprimido, del agraviado o del despojado), se re suelve poco menos en la negativa a permitirles el ejercicio de su profesión, pero ella va cediendo luego gradualmente, median te una reglamentación profesional.

Los abogados podían actuar dentro de un sistema de -

(21) Mendieta Núñez, Lucio. El Derecho Precolonial. Porrúa, S. A. P. 56.

reglas limitadas, en la cual tenían intervención directa y responsable en los pleitos y la defensa obligatoria de los pobres.²²

Después de consumada la independencia, refiere el jurista Guillermo Colín Sánchez, se dictaron algunas disposiciones respecto al derecho de defensa. Sin embargo fue hasta la constitución de 17 cuando se dio verdadera importancia a esta cuestión,²³ consagrándose en el artículo 20 constitucional (que será objeto posterior de estudio) como garantía individual, el derecho que asiste a todo acusado para defenderse por sí mismo o por medio de persona de su confianza.

(22) Bielsa, Rafael. Op. cit. Pp. 65-67.

(23) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. P. 180.

CAPITULO II

EL DEFENSOR

1. NOCION

Al abordar el tema de la defensa, en el capítulo correspondiente,²⁴ quedó asentado de acuerdo a lo señalado por el maestro de Pina Vara que: "la defensa es una actividad encaminada a la tutela de los intereses legítimos implicados en un proceso (civil, penal, etc.)..."

Deliberadamente se dejó inconclusa la definición que dio el maestro de Pina, para completarla en este capítulo correspondiente al defensor, ya que agrega el jurista en cuestión que: "la defensa es una actividad ... realizada por abogado, por persona no titulada (en aquellos regímenes procesales que permiten la intervención de personas no tituladas en esta función) o por el propio interesado."

En los conceptos relativos al defensor, vertidos por -

(24) Supra. Cap. I.

los tratadistas (de los cuales solamente transcribimos algunos), excluyendo de éstos la definición que atiende a su sentido etimológico (la palabra defensor tiene su origen del latín defensor - soris; que es quien defiende) se observó que coinciden en que el inculpado debe ser asistido en su defensa por un perito en derecho.

Incluso en el diccionario Escriche se define al defensor como "el abogado que defiende y patrocina en juicio a cualquiera de las partes..."²⁵

A su vez el maestro de Pina Vara, en su diccionario de derecho define el vocablo defensor como "persona que toma a su cargo la defensa en juicio de otra u otras."²⁶ y agrega que -- cuando la defensa constituye una actividad profesional el defensor es denominado abogado.

La anterior observación se incluyó en el presente trabajo, por demás modesto, por considerar que si bien es cierto -- que la defensa está integrada por dos sujetos fundamentales: el probable autor del delito y el asesor jurídico; también lo es -- que la doctrina en el procedimiento penal obliga a distinguir en

(25) Escriche, Joaquín, diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Madrid 1951. P. 531.

(26) De Pina Vara Rafael. Op. cit. P. 173.

tre la defensa material y la defensa técnica.

Y que si la defensa material es la que corresponde exclusivamente al acusado, quien tendrá que confesar su participación en el delito o negarla; explicar las circunstancias en que haya participado, justificar su actividad, exponiendo las razones o los motivos que lo hayan inducido a delinquir, o expresando el lugar diverso en que se hubiere encontrado.

Es decir que el acusado, aunque generalmente tiene conocimiento completo y preciso de los hechos que motivan el proceso, desconoce la situación legal que lo rodea, puesto que no está capacitado para entender la naturaleza de la acusación, ni para apreciar el derecho aplicable en su beneficio, ni el procedimiento a seguir para conseguir su absolución o la disminución de la pena, además la autodefensa resulta irrealizable en la práctica, pues al privarse al reo de su libertad se ve impedido para activar el proceso y realizar las gestiones tendientes a recuperar ésta.

Suplir esas deficiencias en el acusado, es precisamente el objeto y la justificación de la defensa técnica.

2. NATURALEZA JURIDICA

Existen diversas opiniones vertidas por los tratadistas respecto a la naturaleza jurídica del defensor, pero las más importantes son las que a continuación se exponen:

a) Desde el punto de vista de la representación

En esta corriente se considera que el defensor desempeña el papel de un simple mandatario del inculpado, de tal suerte que tiene que ajustar todos los actos que realice apegándose estrictamente a las disposiciones que se hayan establecido en el mandato.

En los códigos de procedimientos penales de 1880 y de 1894, señala el maestro González Bustamante que en estas leyes procesales invocadas, se consideraba al defensor como un simple mandatario, porque todas las promociones que realizaba quedaban subordinadas al arbitrio del mandante.

Se ha criticado esta posición doctrinaria con plena justificación argumentando que: El mandato es un contrato por virtud del cual una persona llamada mandante da a otra, llamada mandatario, el poder de ejecutar en su nombre uno o muchos actos jurídicos.

si el defensor fuese un mandatario, tendría que regirse por las reglas del mandato y ajustar consecuentemente todos sus actos a la voluntad expresa del mandante, imposibilitando los medios de defensa que consagra la ley para impugnar las resoluciones judiciales, pues necesitaría contar con el consentimiento expreso del mandante, que es el acusado y que en cualquier momento podría contrariar las peticiones del mandatario.

Con fundamento en la anterior argumentación, seguida por la mayoría de los autores, se puede concluir que no es posible situar al defensor dentro de esta posición doctrinaria pues resulta notorio que la actividad del defensor no se rige en forma total por la voluntad del procesado.

El defensor goza de libertad para el ejercicio de sus funciones, sin que sea indispensable la consulta previa con su defenso, tal es el caso cuando se trata de impugnar alguna resolución judicial.

b) El defensor como asesor del procesado.

Esta corriente considera que el defensor es un asesor técnico que por sus conocimientos en la ciencia jurídica, tiene solamente la misión de dirigir al inculcado en el ejercicio de sus derechos procesales.

En cuanto a que al defensor se le considere como un simple asesor, que está destinado a prestar asistencia técnica a su defenso y a aconsejarlo en aquellos puntos en que por su conocimiento de la ley reclame su intervención, se ha criticado esta corriente señalando el jurista González Bustamante que tan estrecho concepto le resta vigor a sus gestiones, convirtiéndole en un órgano de consulta en lugar de que sea un fiel vigilante en el cuidado de los intereses que confiadamente le han sido depositados.

Por otra parte la naturaleza propia de la institución se encarga de demostrar que las actividades del defensor no se limitan a la simple consulta técnica del procesado, sino a la realización de un conjunto de actividades que no sólo se refieren a aquél sino al juez y al ministerio público.

El defensor dentro del procedimiento penal tiene deberes y derechos que hacer cumplir de tal manera que otorgarle un carácter de mero asesor jurídico desvirtuaría su esencia.

c) El defensor como auxiliar de la administración de justicia.

La intervención del defensor en el proceso considerado como auxiliar de la administración de justicia plantea la siguiente controversia:

Si el defensor es un órgano auxiliar de la administración de justicia ¿debe por consiguiente comunicar a las autoridades los secretos que le hayan sido confiados en el ejercicio de su cargo?

Esta idea fue imperante en algunos países de tipo totalitario. En Alemania el abogado defensor era concebido en primer término como mandatario de la comunidad, y sólo en segundo lugar como mandatario de su cliente.

De esta suerte el defensor por encima de todo interés de orden personal está obligado a comunicar los secretos que le han sido confiados.

Observamos una completa oposición con los principios jurídicos que privan en la doctrina liberal democrática para el ejercicio de la abogacía.

Por más repugnante que parezca la conducta del presunto responsable, siempre debe ser protegido por las leyes y contar con la más amplia libertad en la preparación de su de-

fensa.

Renombrados tratadistas como los maestros Guillermo Colín Sánchez y González Bustamante sostienen que no debe concebirse al defensor como auxiliar de la administración de justicia, porque si así fuera estaría obligado a romper con el secreto profesional y a hacer del conocimiento de los jueces todos los informes que confidencialmente le hubiese proporcionado el inculcado; violando así uno de los principales deberes que tiene para con su defenso.

Sin dejar de reconocer la validéz y acierto de la postura anteriormente expuesta, cabe señalar que, aunque en forma parcial, el defensor es un auxiliar de la administración de justicia en tanto su asistencia jurídica consiste en la aportación de pruebas y en la interposición de los recursos procedentes.

El defensor de oficio igualmente puede ser considerado en forma parcial como auxiliar de la administración de justicia en tanto satisface su requisito "pronta expedita y gratuita."

d) El defensor como colaborador del proceso, o mejor dicho como colaborador del procedimiento:

Los tratadistas Claría Olmedo y Frosali entre otros exponentes de esta corriente, sitúan al defensor dentro de lo que llaman colaboradores del proceso.

Es decir incluyen al defensor dentro de los auxiliares de las personas del proceso penal.

El procesalista Claría Olmedo citado por el maestro Guillermo Colín Sánchez sostiene que al lado y en representación, según los casos, de los sujetos privados del proceso - sean principales o secundarios, en general actúan los defensores.

La crítica que han hecho los tratadistas a esta corriente queda resumida en lo señalado por el maestro Guillermo Colín Sánchez: la personalidad del defensor en el derecho mexicano es clara y definida; el defensor no actúa con el simple carácter de un representante del indiciado o acusado; su presencia en el proceso y los actos que en el mismo desarrolla obedecen en todo, al principio de legalidad que gobierna al proceso penal mexicano y a su carácter acusatorio en el que destacan en forma principal, la acusación, la defensa y la decisión. 28

e) ¿El defensor actúa por cuenta propia?

Al abordar el tema de la naturaleza jurídica del defensor, fue posible establecer que el defensor dentro del procedimiento penal tiene una serie de deberes y derechos que hacer cumplir, de tal manera que no puede otorgársele un carácter de mero mandatario; asesor del indiciado; auxiliar de la administración de justicia; colaborador del proceso o mejor dicho del procedimiento penal ya que de hacerlo así se estaría desvirtuando su esencia.

El defensor goza además de libertad para el ejercicio de sus funciones sin que sea indispensable la consulta previa con su defenso, tal es el caso cuando se trata de impugnar alguna resolución.

En el derecho mexicano renombrados tratadistas como Franco Sodi, González Bustamante, García Ramírez etc., estiman que el defensor actúa por cuenta propia.

El maestro Franco Sodi seguido por el jurista Sergio García Ramírez, estima que el defensor tiene propia personalidad. Obra por cuenta propia y siempre en interés de su defenso, como resultado del reconocimiento de su gestión por la garantía constitucional consagrada en el artículo 20 en su frag

ción IX. El defensor puede y debe obrar con toda libertad - siempre, naturalmente en provecho de su defendido y sin más - limitaciones que las que le impone la ley penal. ²⁹

Agrega al respecto el procesalista González Bustamante que el defensor en la actualidad posee una situación - sui generis y que su voluntad ha de prevalecer inclusive sobre la del inculpado, ya que actúa siempre en beneficio de éste. ³⁰

El razonamiento antes expuesto es fácilmente explicable toda vez que el defensor está mejor capacitado por sus conocimientos técnicos para resolver lo que mejor conviene a su defenso en el curso del procedimiento penal y para poder aprovechar todos los medios legales que tenga a su alcance.

(29) Franco Sedi, Carlos. Op. cit. P. 107.

(30) González Bustamante, Juan José. Op. cit. P. 93.

CAPITULO III

LA AVERIGUACION PREVIA

El período de preparación del ejercicio de la acción penal, que las leyes del procedimiento acostumbra denominar de averiguación previa, se inicia en el momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho presumiblemente constitutivo de delito, e incluye todas y cada una de las actuaciones que practica el Representante Social, ya sea a través de la Policía Judicial, otras autoridades, o incluso archivos e interrogatorios de particulares, tendientes a la investigación de tales hechos, y concluyen con la consignación o ejercicio de la acción penal, o la abstención de la misma.

1. CONCEPTO

El procesalista Guillermo Colín Sánchez define la averiguación previa como "la etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permiten estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo in

tegrar para esos, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad." (31)

Es conveniente señalar que en la definición vertida por el procesalista Guillermo Colín Sánchez, respecto a la averiguación previa, señala que todas las diligencias que practica el Ministerio Público (durante la fase indagatoria) para estar en aptitud de ejercitar la acción penal, las realiza en ejercicio de la facultad de policía judicial.

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que: "la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél."

Del texto literal de la ley se puede concluir que el Ministerio Público, desempeñará las funciones de director de la policía judicial, en la persecución de los delitos y que dicha persecución vale tanto como actuación de policía judicial; es decir, la actuación del Ministerio Público debe consistir en averiguar dónde se cometió el delito, qué personas pudieron presenciarlo etc. mandar a sus agentes, quienes van al lugar de los hechos y allí averiguan a qué horas, etc. inmediatamente el Ministerio Público debe consignar el caso al juez.

(31) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. P. 233.

En la obra denominada Prontuario del Proceso Penal - Mexicano, el jurista Sergio García Ramírez al referirse a la averiguación previa la define como "una especie de instrucción administrativa, que procura el establecimiento de hechos -corpus criminis y de participación en el delito- probable responsabilidad. Se desarrolla ante la autoridad del Ministerio Público, que sólo después deviene parte procesal. Comienza con la noticia del crimen obtenida por la denuncia o la querrela y, culmina con el ejercicio de la acción penal o la resolución del archivo." (32)

Por su parte el jurista César Augusto Osorio y Nieto define la averiguación previa de la siguiente manera: "Etapa -procedimental durante la cual el órgano investigador realiza -todas aquellas diligencias necesarias para comprobar en su caso el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal." (33)

Existen gran cantidad de conceptos alusivos a la averiguación previa, sin embargo solamente se ha hecho referencia a las anteriores definiciones por considerar que resumen el -ensamamiento de la generalidad de los procesalistas.

(32) García Ramírez, Sergio. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. México. Porrúa, S. A. 1984. Pp. 21, 22.

(33) Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. México. Porrúa, S. A. 1983. P. 17.

No obstante lo anterior, algunos autores difieren de los conceptos expuestos en el presente trabajo; al considerar que la averiguación previa no forma parte del procedimiento penal y al respecto señalan que: el período de averiguación previa no forma parte del proceso penal judicial, puesto que sirve precisamente para preparar el ejercicio de la acción penal, sin la cual no puede existir el procedimiento." (34)

En la doctrina renombrados tratadistas reconocen la etapa de averiguación previa como el inicio del procedimiento penal, el maestro Rivera Silva señala que el primer período del procedimiento corresponde al de preparación de la acción penal, que se inicia con la averiguación previa y termina con la consignación. Considera que el procedimiento penal abarca exclusivamente tres etapas que son la averiguación previa, la instrucción y el juicio excluyendo del procedimiento penal el período ejecutivo; argumentando que el procedimiento penal tiene como finalidad la aplicación de la ley y por lo tanto debe terminar con la sentencia y no abarcar la ejecución de la misma. (35)

El maestro Rivera Silva define el procedimiento pe-

(34) Franco Sodi, Carlos. Op. cit. P. 202.

(35) Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. México. Porrúa, S. A. 1977. Pp. 40, 44 y 45.

nal como: "el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente." (36)

El maestro Arilla Bas, sostiene que: "los períodos - del procedimiento penal propiamente dichos son los que corren a cargo de los órganos persecutor (averiguación previa) y jurisdiccional (preparación del proceso y juicio)." (37)

En el artículo 10 del Código Federal de Procedimientos penales se fijan los períodos que abarca el procedimiento penal federal; señalándose uno de averiguación previa, otro de instrucción, el tercero de juicio y el último de ejecución.

En el código de Procedimientos Penales para el Distrito, no hay artículo que haga una división de los períodos - del procedimiento sin embargo con base en un examen global del mismo el maestro Manuel Rivera Silva distingue como fases del procedimiento:

1) El período de diligencias de policía judicial que propiamente termina con la consignación.

(36) Ibid. P. 23.

(37) Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. México, Porrúa, S. A. 1976. P. 10.

2) El período de instrucción, que principia cuando - el detenido queda a disposición de la autoridad judicial y termina con la resolución dictada en el plazo de 72 horas.

3) El período de juicio, que va desde el auto de formal prisión o sujeción a proceso, hasta que se dicte sentencia.

De acuerdo a lo expuesto se deduce: que el período de averiguación previa, que es el objeto de este estudio, sí forma parte del procedimiento penal; en virtud de que los códigos de procedimientos penales común y federal lo aceptan como tal y - además así se desprende de los conceptos que sobre el procedimiento penal han vertido la generalidad de los autores.

2. PRECEPTOS QUE LA REGULAN

Durante la fase indagatoria, el Ministerio Público debe reunir una serie de requisitos para poder ejercitar la acción penal en contra del presunto responsable de la comisión de un delito.

Los preceptos legales que regulan la fase de averiguación previa son: los artículos 16 constitucional; 10, fracción 1 del Código de Procedimientos Penales en materia federal, 30, fracción 1 y 94 del Código de Procedimientos Penales en el Distrito Federal.

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece 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. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la respuesta

bilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos, sin demora, a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, - cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial..."

De acuerdo con esta disposición constitucional, para que la acción penal tenga plena validez, señala el maestro Guillermo Colín Sánchez, deberán concurrir los siguientes requisitos: la comisión u omisión de un hecho considerado por la ley - como delito; que tal hecho haya sido realizado por persona física, que se haya dado consentimiento del ofendido a su legítimo representante, si el delito se persigue a petición de parte agraviada; que lo dicho por el denunciante o querellante esté - apoyado por declaración de persona digna de fe y de crédito o - por otros elementos de prueba que hagan presumir la responsabilidad del inculpado.
(38)

El artículo 10, fracción 1 del Código de Procedimientos Penales en materia federal, también se refiere a la averi-

guación previa.

"Art. 10.- El procedimiento penal federal tiene cuatro períodos:

1. El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que comprende las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita la acción penal."

Otra disposición legal que regula la averiguación previa, es la que establece el artículo 30, fracción I del Código de Procedimientos Penales en el Distrito Federal, que a la letra dice:

"Corresponde al Ministerio Público:

I. Dirigir a la policía judicial en la investigación que ésta haga para comprobar el cuerpo del delito, ordenándole la práctica de las diligencias que, a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, o practicando él mismo aquellas diligencias;"

El artículo 94 del Código de Procedimientos Penales en el Distrito Federal, establece que: "Cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la policía judicial lo hará constar en el acta que levante, recogidos si fuere posible."

3. ASPECTOS QUE COMPRENDE

A) La denuncia, acusación y querrela

La averiguación previa se inicia al manifestarse al Ministerio Público que se ha afectado un bien penalmente tutelado; es decir cuando se ha realizado una conducta típica.

El Ministerio público está impedido para investigar sin previa noticia, si los particulares cometen o no delitos (pesquisa); pero está obligado a practicar diligencias en averiguación previa, cuando se le hace saber la realización de hechos posiblemente constitutivos de delito; los autores señalan como medios para proporcionar esta noticia, los requisitos de procedibilidad.

Los requisitos de procedibilidad, según lo expuesto por el jurista César Augusto Osorio y Nieto son: "... las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra la probable responsable de la conducta típica." ³⁹

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexica

(39) Osorio y Nieto, César Augusto. Op. cit. P. 21.

canos alude en su artículo 16 como requisitos de procedibilidad: la denuncia, la acusación y la querrela.

La denuncia es la declaración que cualquier persona formula ante el Ministerio Público, haciendo de su conocimiento la posible comisión de un delito perseguible por oficio.

Cierto sector de la doctrina distingue a la denuncia como medio informativo en general, a la cual correspondería el concepto que antecede, y la denuncia como requisito de procedibilidad a cargo del Ministerio Público.

La denuncia como noticia criminis puede ser hecha verbalmente o por escrito ante el Ministerio Público, en cambio la denuncia como requisito de procedibilidad es función del Ministerio Público y la realiza a través del ejercicio de la acción penal, es el requisito que se traduce en el ejercicio de la acción penal, ya que ningún juez puede proceder de oficio (art. 16 constitucional).

La denuncia como requisito de procedibilidad, es definida por el maestro Guillermo Colón Sánchez como: "... el hecho jurídico a cargo del Ministerio Público de ejercitar la acción penal para que el juez tome conocimiento de los hechos

(previa satisfacción de las exigencias legales)." 40

Señala acertadamente el maestro Guillermo Colín Sánchez, que denunciar los delitos no es una obligación; tampoco es una facultad potestativa; la denuncia es un deber de toda persona, y su justificación está en el interés general para conservar la paz social.

Otra de las formas que motivan y ponen en movimiento la actividad del Ministerio Público es la acusación. El jurista César Augusto Osorio y Nieto, en su obra denominada La Averiguación Previa, define a la acusación de la siguiente manera: "... es la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido." 41

La acusación es una imputación o cargo que se formula contra una persona a la que se considera autor de un delito o infracción legal de cualquier especie.

Una acusación hecha sin prueba, no es tal, justamente por falta de operancia en el elemento formal.

(40) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. 236, 237.

(41) Osorio y Nieto, César Augusto. Op. cit. P. 22.

Otra forma de iniciar la fase indagatoria es cuando el representante social recibe una querrela, es decir, cuando la persona directamente agraviada, o su legítimo representante, ponen en conocimiento del Ministerio Público, la comisión de un hecho posiblemente delictivo, para que éste sea perseguido y sancionado en su oportunidad.

El maestro Guillermo Colín Sánchez, define la querrela como "...un derecho potestativo que tiene el ofendido - por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido." ⁴²

Para el jurista César Augusto Osorio y Nieto, la querrela se define de la siguiente manera: "...manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal." ⁴³

La querrela puede formularla cualquier ofendido por el ilícito aun cuando sea menor (art. 246 del Código de Proce

(42) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. P. 241.

(43) Osorio y Nieto, César Augusto. Op. cit. P. 22.

dimientos penales).

En cuanto a los incapaces, pueden presentar la querella. los ascendientes, hermanos o representantes legales.

Las personas físicas pueden presentar querellas mediante poder general con cláusula especial, excepto en los casos de rapto, estupro y adulterio.

El derecho de querella, atribuido a las personas morales, podrá ser formulado por apoderado investido de poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo o ratificación previa de los órganos sociales o poder especial para el caso específico.

La querella puede presentarse verbalmente por comparecencia directa ante el agente del Ministerio Público o por escrito.

La querella es divisible en virtud de que esta institución tiene el carácter de derecho potestativo y como tal, el titular de ese derecho puede ejercitarlo con la libertad, espontaneidad y discrecionalidad propias de tal tipo de facultades (44)

(44) Ibid. Pp. 25, 26.

En materia de querrela la regla es la divisibilidad, y la excepción la indivisibilidad.

El art. 274 del Código Penal, establece: "No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido; pero cuando éste formule su querrela contra uno solo de los culpables, se procederá contra los dos y los que - aparezcan como delincuentes."

La abstención de presentar querrela no implica un - perdón, no produce efectos jurídicos, es inoperante como causa extintiva de la acción penal, en virtud de que el Código - Penal no regula tal abstención como causa de extinción de la responsabilidad penal.

La voluntad de perdonar debe quedar expresamente - asentada, ya que en caso contrario subsiste el derecho de que - rrellarse en tanto no transcurra el término de la prescrip - ción.

El derecho de querrela se extingue: por muerte del agraviado; por perdón; por consentimiento; por muerte del res - ponsable y por prescripción.

Cabe señalar, que para la investigación de los deli - tos, en donde la ley exige la anuencia del ofendido, el Minis - terio Público, faltando dicho requisito, no debe tener en nin

gún momento ingerencia alguna.

Al respecto el maestro Sergio García Ramírez, citando al procesalista Carnelutti señala: "Que una ofensa no sea punible sino a querrela de parte significa que depende en primer lugar del juicio del ofendido su castigo, no en el sentido de que tal juicio sea suficiente, sino en el de que es necesario; no obstante la querrela, un hecho puede ser no castigado, pero sin ella no puede ser castigado..." (45)

Los tratadistas y los legisladores al tratar los distintos aspectos que comprende el estudio de la averiguación previa, sostienen distintas y encontradas posturas y al igual que al referirse a la clasificación de las fases del procedimiento, al tratar ahora el tema relativo a los requisitos de procedibilidad, nuevamente la doctrina difiere de la legislación; y mientras que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se señalan como requisitos de procedibilidad únicamente la denuncia, la acusación y la querrela, connotados procesalistas como el maestro Guillermo Colín Sánchez en su obra denominada Derecho Mexicano de Procedimientos Penales menciona como requisitos de procedibilidad en el derecho mexi-

(45) García Ramírez, Sergio. Op. cit. P. 25.

no los siguientes: la querrela, la excitativa y la autorización. (46)

La excitativa que es una especie de querrela exclusiva para los delitos de injurias, difamación y calumnia, cuando son cometidos en contra de una nación o gobierno extranjeros, o en contra de sus agentes diplomáticos que se encuentran en la República Mexicana, según lo establecido en el artículo 360 en la fracción II del Código Penal para el Distrito Federal, es definida por el procesalista Guillermo Colín Sánchez de la siguiente manera: "La excitativa, es la petición que hace el representante de un país extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha proferido injurias al gobierno que representa o a sus agentes diplomáticos." (47)

Agrega el procesalista en mención, que el Código de Procedimientos Penales en materia federal no prevé el procedimiento para llevar a cabo la excitativa, sin embargo en la práctica, el embajador o el agente del gobierno ofendido pueden solicitar al Ministerio Público Federal se avoque a la investigación y persecución de los hechos. También es factible que a solicitud del interesado, sea la Secretaría de Relaciones Exteriores la que haga la excitativa ante la Procuraduría General de la República.

(46) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. P. 241.

(47) Ibid. P. 255.

La autorización ha sido definida como la anuencia manifestada por organismos o autoridades competentes, en los casos expresamente previstos por los ordenamientos legales, para el ejercicio de la acción penal.

Agrega el maestro Guillermo Colín Sánchez, que es necesario satisfacer este requisito de procedibilidad en - contra del presunto responsable de un ilícito, cuando se trate de una cualidad o especial situación de éste; tal es el - caso del desafuero de los diputados, del permiso del superior para proceder en contra de un juez, un agente del Ministerio Público, un tesorero etcétera.⁴⁸

La autorización tan sólo constituye un requisito cuyo incumplimiento impide la lícita aprehensión de una persona encargada de la prestación de un servicio público o de interés social.

B) Funciones de policía judicial

Una vez que el Ministerio Público ha tomado conocimiento de los hechos delictuosos, se efectúa la función de policía judicial.

Se le ha denominado función de la policía judicial, porque toda la actividad por realizar tiene características netamente policiales.

La función de policía judicial consiste en realizar las investigaciones encaminadas a precisar si se ha constituido un delito y siendo así quien es su probable autor, para que en su caso, previa satisfacción de las exigencias legales se ejercite la acción penal.

La función de policía judicial se manifiesta durante la averiguación previa y está a cargo del Ministerio Público, quien actuando como autoridad en la investigación de los hechos, es ayudado por el ofendido, por los peritos y terceros.

En la actualidad, el Ministerio Público del Distrito Federal, para lograr eficiencia en su función investigadora cuenta con la Dirección de Averiguaciones Previas, la Dirección General de Servicios Periciales y la Dirección Gene-

ral de la policía judicial.

Específicamente, de la Dirección General de Averiguaciones Previas de la Procuraduría de Justicia, investigadores de delitos llevan a cabo la función que nos ocupa, comisionando personal correspondiente en las diversas agencias - del Ministerio Público.

Toda la actividad procedimental llevada a cabo se - hace constar en el acta comúnmente denominada de averiguación previa, o acta de policía judicial, documento que contendrá - todas las actividades, las experiencias y las verdades de la averiguación.⁴⁹

El acta de policía judicial debe ser el producto de una labor dinámica y técnico-legal en torno a los hechos y al probable autor de los mismos.

Toda acta consta de los siguientes elementos esenciales:

- Lugar y hora de inicio de la averiguación.
- El nombre de la persona que denuncie los hechos, sus datos generales.
- La relación de los hechos.
- La inspección.
- La declaración de testigos.

- Fe de lugares y objetos.
- Fe de lesiones, de cadáver u otros aspectos relacionados con los hechos.
- documentos relacionados.
- Informaciones de otras autoridades, peritaciones, etc.

Durante esta etapa, el Ministerio Público dirigirá y ordenará a la policía judicial lo conducente, en cuantas diligencias deban de llevarse a cabo, sin delegar necesariamente sus atribuciones, pues si residen en él podrá practicarlas él mismo.

El sistema a seguir variará de acuerdo con el tipo del delito denunciado y con las circunstancias que rodeen el caso, razón por la cual, no sería posible en un estudio de este tipo, abarcar todos los innumerables casos que puedan darse.

Cuando se ha llevado a cabo todo ese conjunto de diligencias, el Ministerio Público estará en aptitud de dictar la resolución en el acta de policía judicial, cuyo contenido se expresa en lo que se conoce con el nombre de determinación.

La determinación es la resolución que precisa el -

trámite que corresponde a la averiguación o que decide a nivel de averiguación previa, la situación jurídica planteada en la misma.

Si están satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional y existe detenido, lo pondrá a disposición del Ministerio Público en turno, junto con las diligencias, para que éste realice la consignación.

En caso contrario, solamente le remitirá las diligencias para que solicite la orden de aprehensión o la orden de comparecencia.

La reserva tiene lugar, cuando existe imposibilidad de cualquier naturaleza para proseguir la averiguación previa y practicar más diligencias y no se ha integrado el cuerpo del delito y por ende la presunta responsabilidad a persona determinada.

Se ordena el archivo, por no existir elementos para proceder en contra del indiciado, o porque de los hechos claramente se desprende que no configura ningún delito.

El artículo 286 del Código de Procedimientos Penales le concede valor probatorio pleno al acta de policía judicial cuando se ha ajustado a las prescripciones legales.

C) Funciones del Ministerio Público

El Ministerio Público en México, es una institución dependiente del estado que representa a la sociedad ofendida por los delitos, actuando como autoridad administrativa durante la fase preparatoria del ejercicio de la acción penal, como sujeto procesal, en general colabora para que la función -jurisdiccional pueda cumplirse y por último, representa al estado protegiendo sus intereses y ejerce tutela sobre menores e incapaces dentro de los lineamientos que le marcan las leyes respectivas.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos indica que estará a cargo del Ministerio Público de la Federación, la persecución ante los tribunales de todos los delitos del orden federal, la investigación y persecución de los delitos del fuero común dentro de este ámbito estará a cargo del Ministerio Público del Distrito Federal, del Ministerio Público Militar para la investigación de los delitos -que se cometan en contra de la disciplina militar, Ministerio Público de las entidades federativas para la investigación de los delitos del fuero común en cada una de ellas.

El artículo 21 constitucional establece la función fundamental del Ministerio Público:

"...la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando de aquel...".

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, establece las atribuciones del Ministerio Público en la averiguación previa:

"Art. 3o-En la persecución de los delitos del orden común, al Ministerio Público le corresponde:

A. En la averiguación previa:

I. Recibir denuncias, acusaciones o querrelas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito;

II. Investigar los delitos del orden común con el auxilio de la policía judicial, de los servicios periciales y de la policía preventiva;

III. Practicar las diligencias necesarias, para la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de quienes en ellos hubieren intervenido, para fundamentar, en su caso, el ejercicio de la acción penal;

IV. Restituir al ofendido en el goce de sus derechos, provisional e inmediatamente, de oficio o a petición del interesado, cuando esté comprobado el cuerpo del delito

de que se trate en la averiguación previa, ordenando que el - bien se mantenga a disposición del Ministerio Público, si se estimare necesario; y en su caso, exigiendo se otorgue garantía, la que se pondrá a disposición del órgano jurisdiccional, si se ejercita acción penal;

V. Solicitar la aplicación de la medida precautoria de arraigo y las órdenes de cateo, en los términos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

VI. No ejercitar la acción penal;

a) Cuando los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal;

b) Cuando se acredite plenamente que el inculcado - no tuvo intervención en los hechos punibles y sólo por lo que respecta a él;

c) Cuando la responsabilidad penal se hubiere extinguido legalmente, en los términos del Código Penal;

d) Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculcado actuó en circunstancias que - excluyen la responsabilidad penal;

e) Cuando, aun pudiendo ser delictivos los hechos - de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable..."

D) La consignación

La consignación es el acto del ministerio público - en virtud del cual se inicia el ejercicio de la acción penal, poniendo a disposición del juez todo lo actuado en la mencionada averiguación, así como las personas y cosas relacionadas con la averiguación previa.⁵⁰

La consignación sin detenido es el acto procedimental, mediante el cual el ministerio público pone a disposición del juez las diligencias de averiguación previa y solicita a través de las mismas, que por tratarse de un delito que se sanciona con pena corporal se libre orden de aprehensión - en contra de persona determinada, por estar satisfechas las exigencias del artículo 16 constitucional.

Cuando se trata de delitos que se sancionan con pena alternativa, la consignación se traduce en el acto procedimental mediante el cual el ministerio público pone a disposición del juez competente las diligencias de averiguación previa, con pedimento de citación o de orden de comparecencia - del indiciado para que rinda su declaración preparatoria y - con esa y otras diligencias pueda instrumentarse debidamente el proceso.

(50) Osorio y Nieto, César Augusto. Op. cit. P. 40.

Consignación con detenido es el acto procedimental mediante el cual el ministerio público pone a disposición - del juez competente las diligencias y al presunto responsable de la conducta o hecho por considerar que están satisfechas las exigencias del artículo 16 de nuestro máximo ordenamiento legal.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece las bases o fundamentos legales de la consignación en los artículos 16 y 21 del citado ordenamiento legal; el artículo 16 respecto a los requisitos para el ejercicio de la acción penal y el artículo 21 por lo que se refiere a la atribución del ministerio público de ejercitar acción penal.

El jurista César Augusto Osorio y Nieto señala que los únicos requisitos que deberán preceder a la consignación son los establecidos en el artículo 16 constitucional.⁵¹

(51) Ibid. P. 45.

CAPITULO IV

EL DERECHO DE DEFENSA DURANTE LA AVERIGUACION PREVIA

I. EL DERECHO DE DEFENSA COMO GARANTIA INDIVIDUAL

A las garantías individuales se les denomina en forma muy variada, con las expresiones siguientes: derechos fundamentales del hombre, derechos naturales del hombre, derechos del hombre, derechos o garantías constitucionales, etc.

Las garantías individuales constituyen el derecho sustantivo, el derecho tutelado por la constitución, el derecho a proteger por el juicio de amparo; esta última institución sirve de instrumento para garantizarlas.

El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es quizá el de más rico contenido entre los preceptos que ubicados dentro del capítulo I de su título primero, otorgan derechos cuyo objeto es proteger a las personas sujetas a un proceso criminal.

En efecto, señala este precepto los derechos que puede ejercer todo acusado para probar su inocencia ante los órganos competentes, así como para defender con eficiencia su vida, su libertad y su patrimonio, ante el peligro que entraña la imposición de una pena correspondiente a la comisión de un delito.

El texto y el espíritu de la disposición constitucional descansa en el principio de que toda persona es inocente en tanto no se pruebe lo contrario con estricto apego a las leyes aplicables.

Este conjunto de derechos y garantías persigue humanizar la impartición de la justicia penal, tradicionalmente rigurosa y en muchas épocas excesiva; pugna contra la preconcepción de los hechos, los prejuicios, el ocultamiento de la denuncia y del denunciante, la compulsión moral y el tormento físico para obtener la declaración o la confesión del inculgado o de los testigos, el secreto del proceso, la denegación de pruebas y de defensas favorables al acusado, y demás procedimientos inútiles e inhumanos.

Por virtud de lo dispuesto en el artículo 20 constitucional el acusado tiene derecho en un juicio penal a obtener libertad bajo fianza, a que no se le obligue a deponer en su

contra, a conocer dentro de las 48 horas siguientes a la consignación, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, así como a declarar públicamente acerca de ello; a ser careado con los testigos que comparezcan en su contra, a que se le reciban las pruebas que ofrezca y se le auxilie en su obtención, a ser juzgado públicamente, según el caso por un tribunal o por un jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir y vecinos del lugar; a que se le faciliten todos los datos procesales necesarios para su defensa, a que el juicio no exceda de determinado lapso y dentro de él se pronuncie la sentencia que lo absuelva o lo condene, a nombrar defensores o a que se le proporcione defensa gratuita y, en fin, a que su prisión no se prolongue por falta de pago de prestaciones pecuniarias y a que la prisión preventiva no dure más tiempo del máximo fijado por la ley como pena correspondiente al delito que motiva re el proceso.

Transcripción del texto constitucional:

"ART. 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

"I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo

sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectivo, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo responsabilidad del juzgador en su aceptación.

" La caución no excedera de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

" Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

" Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores.

" II. No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto;

" 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 al cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;

" IV. Será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia, si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa;

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

" VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que é

te pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación.

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

"VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima no excediera de ese tiempo;

"IX. Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite, y

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

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

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

El derecho de defensa está íntimamente asociado al concepto de libertad, razón por la cual a un ámbito mayor de libertad corresponderá necesariamente un amplísimo concepto y regulación de la defensa.

En todo régimen de garantías, como el nuestro, al nacer la pretensión punitiva, simultáneamente surge el derecho de defensa.

La última parte de la fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que "...El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación

de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite..."

Una correcta interpretación del texto constitucional transcrito, considera que el principio de defensa en juicio - que el mismo consagra, debe ser garantizado desde el momento - en que inicia una averiguación previa el agente investigador - del ministerio público.

2. CARACTER OBLIGATORIO DE LA DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO - PENAL

En todos los regimenes en donde prevalezcan las ga-- rantías individuales, la defensa está considerada como una --- institución reconocida y garantizada legalmente.

El no admitir que el inculpado sea asistido por un - defensor o impedirle a éste el cumplimiento de sus funciones, sería atentar en contra de la libertad del hombre, en virtud - de que sustrae al individuo de lo que es justo o de lo que --- tiende a preservar los derechos que le han sido otorgados por las leyes.

La primera parte de la fracción IX del artículo 20 - de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es - tablece: "...En todo juicio del orden criminal tendrá el acusa

do las siguientes garantías:

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

Una correcta interpretación del texto transcrito, considera que lo instituido por el constituyente de 1917 fue la obligatoriedad de la defensa durante el proceso, estableciendo con ello una garantía de seguridad jurídica.

En el derecho mexicano, los actos de defensa están regidos por un sistema amplísimo de libertad, los puede realizar: el sujeto activo del delito, la persona o personas de su confianza, ambos y el defensor de oficio.

De acuerdo con lo establecido en el multicitado precepto constitucional, si la defensa dentro del procedimiento penal es obligatoria, el indiciado siempre será oído por sí o por persona de su confianza, de manera que, cuando el indiciado no opta por defenderse él mismo, (situación difícil de realizar en la práctica, pues por su propia situación no sería po

sible que el indiciado realizara los actos correspondientes a una auténtica defensa) o no señala persona o personas de su confianza, que lo defiendan, el juez de la causa o el agente del ministerio público, en la fase preprocesal, le presentarán la lista de los defensores de oficio, para que elija el que o los que le convengan; mas, si el presunto responsable no procede a ello, queda obligado el agente investigador del ministerio público (en la averiguación previa) o el juez de la causa a nombrarle uno de oficio.

El ilustre jurista José R. Padilla, al abordar el tema relativo al estudio del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al referirse a la fracción IX del citado ordenamiento legal, señala: el supuesto autor del delito puede nombrar defensor libremente, si no lo hiciere el juez le nombrará uno de oficio.

Lo anterior indica que el acusado siempre tendrá defensor, so pena de nulidad del procedimiento.⁵²

(52) R. Padilla, José. Sinopsis de Amparo. México. Cárdenas, 1978. P. 154.

3. EL ARTICULO 134 BIS FRACCION IV DEL CODIGO DE PROCEDIMIEN--
TOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL.

La última parte de la fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que "...El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho de que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite,..."

Una correcta interpretación del texto constitucional transcrito, considera que el principio de defensa en juicio - que el mismo consagra, debe ser garantizado desde el momento en que se inicia una averiguación previa ante el ministerio público.

El artículo 134 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, incluido en las reformas y adiciones hechas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicadas en el diario oficial el 29 de diciembre de 1981, ha reglamentado el precepto constitucional estableciendo en la fracción IV del citado precepto legal que "Los detenidos desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado o - persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta

de uno u otro, el Ministerio público le nombrará uno de oficio."

La disposición legal indicada, de reciente vigencia, incorpora en forma expresa a nuestro sistema jurídico, una norma que robustece el derecho de defensa durante el procedimiento penal, uno de los principios fundamentales que caracteriza a todo ordenamiento procesal democrático, orientado en las pautas que son propias del estado de derecho.

La reforma de nuestro ordenamiento procesal en este aspecto, establece que en toda circunstancia los presuntos responsables de un delito, involucrados en una averiguación previa, estén asistidos por defensor.

El contenido de la fracción IV del artículo 134 bis del Código de Procedimientos Penales, se relaciona directamente con el respeto a la garantía constitucional de defensa por sí mismo o por medio de otro durante la averiguación previa, su objetivo fundamental fue el de evitar las diligencias secretas y procedimientos ocultos que constituyen una situación desventajosa para quien se encuentra detenido y sometido a investigación por el ministerio público.

4. SUJETOS QUE REALIZAN LOS ACTOS DE DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA

La defensa del inculgado está garantizada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la fracción - IX del artículo 20 constitucional establece un principio de libertad, que se traduce en la posibilidad en que se halla el inculgado de designar a cualquier persona de su confianza para que le defienda, o en defenderse por sí mismo o por ambos según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará la lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan.

En el derecho mexicano, la defensa constituye una garantía constitucional, que da origen a organismos auxiliares de la justicia; la defensoría de oficio.

El artículo 134 bis del Código de Procedimientos Penales, ha reglamentado el precepto constitucional estableciendo en la fracción IV del citado precepto legal que "Los detenidos desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de uno u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio."

En el derecho mexicano, los actos de defensa se rigen

por un sistema amplísimo de defensa, los pueden realizar el sujeto activo del delito, la persona o personas de su confianza, ambos y el defensor de oficio.

a) El indiciado

En razón de las distintas etapas del procedimiento penal, el supuesto sujeto activo del delito se va colocando en situaciones jurídicas diversas; de tal manera que a ello obedece el que reciba una denominación específica, correspondiente al momento procedimental de que se trate.

No se justifica el otorgarle un solo nombre durante todo el procedimiento debido a que su situación jurídica es variable; por lo tanto nos parece correcto llamarle indiciado durante la averiguación previa, porque tal nombre deriva de indicio (dedo que señala) y como existen indicios de que cometió el delito, será objeto de tal averiguación.

De acuerdo con lo establecido por la ley, el indiciado puede por sí mismo llevar a cabo los actos de defensa.

El indiciado por regla general, tiene conocimiento completo y preciso de los hechos que motivan el procedimiento, y a través de sus diversas intervenciones, siempre está llevando a ca

bo actos de defensa, pero tiene también un desconocimiento total de la situación legal que lo rodea, puesto que no está en principio, capacitado para entender la naturaleza de la acusación, ni para apreciar el derecho aplicable en su beneficio ni el procedimiento a seguir para conseguir su absolución o la disminución de la pena. Para suplir esas deficiencias en el indiciado, lo usual es que sea el técnico en la materia quien realice los actos de defensa.

La autodefensa postulada por el constituyente, es aplicable como un deseo de protección hacia el indiciado, pero de difícil realización en la práctica, salvo que el indiciado se encuentre gozando de libertad, puesto que por la pérdida de ésta, se verá impedido para activar el proceso.

b) La persona o personas de su confianza

La fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la fracción IV del numeral 134 bis del Código de Procedimientos Penales para el distrito federal facultan al indiciado para designar a la persona o personas de su confianza que se encarguen de su defensa, durante la etapa de averiguación previa.

La fracción IX del artículo 20 de nuestro máximo ordena

miento legal, dentro de las garantías establecidas para el acusado, indica: "Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos según su voluntad..."

La fracción IV del artículo 134 bis del Código de Procedimientos Penales establece:

"Los detenidos, desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa..."

Una correcta interpretación de los textos transcritos, conceden al indiciado la facultad de designar a la persona o personas de su confianza que se encarguen de su defensa, desde que se inicia la averiguación previa. Pero pudiera suceder que dicha designación recayera en una persona que no fuera abogado y que al desconocer el empleo de los medios legales de defensa, ocasionara con ello defensas deficientes, en detrimento del propio indiciado, debido al desconocimiento técnico de la materia de quien en esas condiciones ha sido designado.

El defecto o la ineficacia del nombramiento de confianza, no perjudica a la defensa en el procedimiento penal porque su ple a él el nombramiento de oficio.

El artículo 28 de la Ley Reglamentaria de los artículos 4o y 5o constitucionales, relativos al ejercicio de las profesiones en el Distrito y Territorios Federales, indica:

"En materia penal el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por medio de persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. Cuando la persona o personas de la confianza del acusado, designados como defensores, no sean abogados, se le invitará para que designe además, un defensor con título. En caso de -- que no hiciera uso de este derecho, se le nombrará el defensor de oficio.

La ley establece también la posibilidad de que la defensa se realice en forma mancomunada por el interesado y el defensor; esto aún cuando no estuviera establecido, es natural que así sea, pues los actos llevados a cabo durante el procedimiento penal, y en los cuales interviene el indiciado son, por sí solos, - actos de defensa de tal manera que los promovidos por el defensor serán consecuencia necesaria de aquéllos porque no pueden independizarse unos de otros.

En la práctica es muy frecuente que haciendo caso omiso de los preceptos legales citados, el agente investigador del ministerio público haga por iniciativa propia la designación de confianza, recayendo en personas que desconocen los medios de defen-

sa, en detrimento del indiciado, no obstante estar adscrito a la agencia en cuestión un defensor de oficio.

c) El defensor

La fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la fracción IV del numeral 134 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, facultan al indiciado para designar defensor que se encargue de su defensa, desde que se inicia la etapa de averiguación previa.

La fracción IX del artículo 20 de nuestro máximo ordenamiento legal, dentro de las garantías establecidas para el acusado, indica: "... El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho de que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite..."

La fracción IV del artículo 134 bis del Código de Procedimientos penales establece:

"los detenidos desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de uno u otro el Ministerio Público le --

nombrará uno de oficio."

Una correcta interpretación de los textos transcritos, conceden al indiciado la facultad de designar defensor que se encargue de su defensa, desde que se inicia la averiguación previa.

Señala el maestro Rafael de Pina Vara, que el defensor es la persona que toma a su cargo la defensa en juicio de otra u otras, y que cuando la defensa constituye una actividad profesional, el defensor es denominado abogado.⁵³

El ilustre procesalista, doctor en derecho, Cipriano Gómez Lara sostiene que: "...el abogado es, en nuestro sistema, desde luego un licenciado en derecho, que se dedica a asesorar, a patrocinar y a representar ante los tribunales, a sus clientes. Es decir, en vigor no todo licenciado en derecho viene a ser abogado, aunque todo abogado, en nuestro sistema, debe de ser licenciado en derecho, es decir debe de tener el título respectivo."⁵⁴

La institución de la defensa representa en el procedi

(53) De Pina Vara, Rafael. Op.cit. P 173.

(54) Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. México. Ed Textos Universitarios. 1976. P. 191.

miento penal moderno una función de altísimo interés, sea que se le considere como un órgano encargado de prestar gratuitamente asistencia técnica a las partes o como la persona que, a cambio de retribución, pone los conocimientos profesionales que posee al servicio del inculpado.

Su función es compleja pues comprende la asistencia técnica que el acusado requiere, la representación de éste en el proceso, en los recursos, incluyendo el juicio de amparo.

La aceptación del cargo de defensor debe hacerse ante el órgano o autoridad correspondiente, tan pronto como se le dé a conocer su designación al defensor, haciendo constar dicha aceptación en autos para que surta sus efectos legales y los actos de defensa principien a tener vigencia.

Cuando el procesado no está asistido por su defensor, se incurre en violación a las garantías que ha establecido la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a favor del procesado. Lo mismo sucede cuando el indiciado no está asistido por su defensor y da lugar a la nulidad de todo lo actuado, y en consecuencia, a la reposición del procedimiento según lo establecido en la fracción III del artículo 431 del Código de Procedimientos Penales.

"Art. 431.- Habrá lugar a la reposición del procedimiento por alguna de las causas siguientes:

"III. Por no haberse permitido al acusado nombrar defensor, en los términos que establece la ley, ..."

Ahora bien, cuando el defensor no cumple el cargo que se le ha conferido incurre en la comisión de un delito, según se desprende de lo establecido por el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 232 fracción III.

"Art. 232...se podrá imponer de tres meses a tres años de prisión:

"III. Al defensor de un reo, sea particular o de oficio, que sólo se concrete a aceptar el cargo y a solicitar la libertad caucional que menciona la fracción I del artículo 20 de la Constitución, sin promover más pruebas ni dirigirlo en su defensa."

El artículo 296 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece que todo acusado tendrá derecho a ser asistido en su defensa por un defensor o todos los que convengan a sus intereses. Si fueren varios los defensores, estarán obligados a nombrar un representante común, o en su defecto lo hará el juez.

"Art. 296.- Todo acusado tendrá derecho a ser asistido en su defensa por sí o por la persona o personas de su confianza. Si fueren varios los defensores, estarán obligados a nombrar un representante común, o, en su defecto, lo hará el juez."

d) El defensor de oficio

La fracción IX del artículo 20 constitucional, no sólo consagra la facultad, sino también la obligatoriedad de la defensa, al instituir la defensoría de oficio e imponerla para el caso de que el reo carezca de defensor.

"Art. 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

"IX. Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio;..."

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en diciembre de 1981, en el párrafo cuarto del artículo 134 bis, quedó establecida la intervención del defensor de oficio desde la etapa pre procesal:

"Los detenidos, desde el momento de su aprehensión, - podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otro, el Ministerio Público nombrará uno de oficio."

Una correcta interpretación de la fracción IX del artículo 20 constitucional, en relación con la fracción IV del artículo 134 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, considera la intervención del defensor de oficio desde el momento en que se inicia una averiguación previa.

La defensoría de oficio ha sido instituida por nuestras leyes en razón del carácter obligatorio que tiene la defensa dentro del procedimiento penal, de tal manera que como el indiciado siempre será oído por sí o por persona de su confianza, cuando aquél no señale persona que lo defienda, el ministerio público, durante la averiguación previa, le nombrará uno de oficio.

En la justicia del fuero común, el estado ha instituf

do patrocinio gratuito en beneficio de quienes estando involucrados en un asunto penal, carecen de medios económicos para pagar a un defensor particular, o aún teniéndolo, no lo designan.

El 9 de diciembre de 1987, fué decretada por el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley de la Defensoría e Oficio del Fuero Común del Distrito Federal. Las disposiciones de este ordenamiento, tienen por objeto: regular la institución de la defensoría de oficio del fuero común en el Distrito Federal, la cual tendrá como fin el de proporcionar obligatoria y gratuitamente, los servicios de asesoría, patrocinio o defensa en materia penal, civil, familiar y del arrendamiento inmobiliario.

El artículo 80 de la Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal establece que:

"Por defensor de oficio se entiende al servidor público que posea tal designación, y que tiene a su cargo la asistencia jurídica de aquellas personas que no tienen una defensa legal particular,..."

Las funciones de los defensores de oficio, en el área de averiguaciones previas, están previstas en el artículo 18 del citado ordenamiento legal.

"Art. 18.- Los defensores de Oficio en el área de Ariguaciones Previas y Juzgados Calificadores, se ubicarán físicamente en el local de las Agencias Investigadoras del Ministerio Público en el Distrito Federal, realizando las siguientes - funciones prioritarias:

"I. Atender las solicitudes de Defensoría de Oficio, que le sean requeridas por el indiciado o infractor, agente de Ministerio Público o Juez Calificador.

"II. Estar presente en el momento en que su defendido rinda su declaración ante la autoridad correspondiente.

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

"IV. Asesorar y auxiliar a su defenso en cualquier - otra diligencia que sea requerido por la autoridad correspon- - diente.

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

"VI. Solicitar al Ministerio Público del conocimien-

to, el no ejercicio de la acción penal para su defenso, cuando no existan datos suficientes para su consignación;

"VII. Vigilar que se respeten las garantías individuales de su representación.

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

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

El artículo 514 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece las causas por las cuales podrá excusarse el defensor de oficio.

"Art. 514.- Los defensores de oficio podrán excusarse:

"I. Cuando intervenga un defensor particular, y

"II. Cuando el ofendido o el perjudicado por el delito sea el mismo defensor, su cónyuge, sus parientes en línea --

recta sin limitación de grado, o los colaterales consanguíneos o afines dentro del cuarto grado."

El artículo 35 de la Ley de la Defensoría de Oficio del Puerto Común del Distrito Federal establece que:

"Los defensores de Oficio pondrán en conocimiento de su superior jerárquico las quejas de los detenidos o internos por falta de atención médica, vejaciones, malos tratos y golpes que sufran en las agencias del Ministerio Público, en el reclusorio preventivo o en penitenciarías correspondientes, a efecto de que se tomen las medidas conducentes, enviándosele copia de lo anterior al Procurador General de Justicia del Distrito Federal o en su caso al Procurador General de la República y al Director General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del departamento."

El artículo 37 de la Defensoría de Oficio del Puerto Común del Distrito Federal, establece las causas por las cuales los defensores de oficio incurrirán en responsabilidad oficial.

"Art. 37.- Los defensores de oficio incurrirán en responsabilidad oficial, por las siguientes causas:

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

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

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

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

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

"V.- Por dejar de cumplir con las demás obligacio—nes que le imponen esta ley y las demás disposiciones jurídicas aplicables."

Dentro de los deberes inherentes al defensor, adquiere singular relevancia, tanto jurídica como moral, el secreto profesional.

El indiciado, al solicitar los servicios del defen—sor, y confiarle la forma como sucedieron los hechos, está de

positando en él toda su confianza, por ello la revelación del secreto profesional constituye un delito.

El Código Penal no menciona específicamente al abogado, pero castiga específicamente en su artículo 210 con multa de cinco a cincuenta pesos o prisión de dos meses a un año al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

El artículo 211 del citado ordenamiento punitivo establece que:

"La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión, en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que preste servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial."

5. LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 134 BIS PARRAFO CUARTO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

El artículo 134 bis párrafo cuarto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece que la designación de defensor, debe hacerse desde la etapa preprocesal de la averiguación previa:

"Los detenidos, desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otro el Ministerio Público le nombrará uno de oficio."

Sin dejar de reconocer el acierto que significa el haber adicionado al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal el artículo 134 bis, en virtud de que esta disposición legal incorporó a nuestro sistema jurídico una norma que robustece el derecho de defensa durante el procedimiento penal, sin embargo no cumple con el objetivo fundamental para el cual fue creado; evitar las diligencias secretas y procedimientos ocultos que pudieran constituir una situación desventajosa para quien se encuentra detenido y sometido a investigación por el ministerio público.

La anterior afirmación encuentra su fundamento, en la circunstancia de que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en relación con la designación de defensor, no hace indicación alguna respecto a su actuación, omisión que se traduce en la práctica, simplemente en un nombramiento sin repercusión, en cuanto a los actos procedimentales durante la averiguación previa, pasando a ser considerado dicho nombramiento como un formalismo sin relevancia, y propiciando con dicha omisión que continúe prevaleciendo la misma situación desventajosa que tenía el indiciado ante el C. agente investigador del ministerio público, hasta antes de que se adicionara al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal el artículo 134 bis y consecuentemente quedando el indiciado en un total estado de indefensión.

Por otra parte es conveniente señalar que en las diligencias realizadas por el C. agente investigador del Ministerio público, asentadas en la averiguación previa, es frecuente observar que en la parte relativa al nombramiento y cargo de defensor, aparece como defensor del indiciado una persona de su confianza que no es abogado y que desconoce los medios legales de defensa, ocasionando con ello defensas deficientes en detrimento del propio indiciado debido al desconocimiento técnico de la materia de quien en esas condiciones ha sido designado, por lo que para evitar que el nombramiento de defensor recaiga en -

personas que no sean peritos en derecho, es necesario suprimir del artículo 134 bis párrafo cuarto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal la parte relativa a la frase "o persona de su confianza" pues su inclusión da pauta al ministerio público para dejar al indiciado en estado de indefensión al hacer la designación de confianza, aún recayendo el cargo en personas que desconocen los medios legales de defensa, sin indicarle al indiciado que en este supuesto, designe además un defensor con título o en caso de que no hiciere uso de este derecho, se le nombrará el defensor de oficio, como lo establece el artículo 28 de la Ley Reglamentaria de los artículos 40 y 50 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al ejercicio de las profesiones en el Distrito y Territorios Federales.

CONCLUSIONES

- PRIMERA.** El devenir histórico de las comunidades, manifiesta un proceso evolutivo de lo que hoy conocemos como derecho de defensa del inculpado, este aspecto evolutivo radica fundamentalmente en eliminar en todo procedimiento penal la indefensión del inculpado.
- SEGUNDA.** La figura del defensor ha surgido aparejada a la propia historia del derecho de defensa, esta figura es un bien necesario que juega un papel relevante al constituirse en fiel vigilante de los intereses que confiadamente le han sido depositados.
- TERCERA.** En México a toda pretensión punitiva corresponde el derecho de defensa, el cual da inicio en el propio período de averiguación previa, etapa que forma parte del procedimiento penal conforme a lo tutelado por los códigos de procedimientos común y federal.
- CUARTA.** Las funciones propias del ministerio público quedan específicamente integradas en el texto legal, sin em-

bargo se observa una laguna jurídica importante en -- cuanto a que no existen lineamientos específicos para el defensor, en cuanto a su actuación desde la averiguación previa, propiciando con ello una situación -- desventajosa para quien se encuentra detenido y sometido a investigación por el ministerio público.

QUINTA. La fracción IX del artículo 20 constitucional, en relación con la fracción IV del numeral 134 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, facultan al indiciado para designar abogado o -- persona de su confianza que se encargue de su defensa, durante la etapa de la averiguación previa. A falta -- de uno u otro el ministerio público le nombrará uno -- de oficio.

SEXTA. El nombramiento de confianza queda limitado por el artículo 28 de la Ley Reglamentaria de los artículos 4o y 5o constitucionales, en el cual se contempla el hecho de que el ministerio público queda obligado en el supuesto de que el inculpado nombre a un defensor no perito en la materia a nombrar un defensor de oficio.

SEPTIMA. Es evidente el esfuerzo legislativo por instrumentar el derecho de defensa para el indiciado en la etapa

de la averiguación previa, sin embargo, la realidad - imperante muestra la inobservancia cotidiana al conjunto normativo, lo que hace de él letra muerta, es decir, lo convierte en norma positiva mas no vigente.

OCTAVA. Las alternativas viables para la observancia del conjunto normativo, relativas al derecho de defensa, comprenden desde una revisión legislativa que parte del propio precepto constitucional del artículo 20 fracción IX, hasta una campaña ideologizadora respecto de las funciones que les han sido conferidas tanto al ministerio público como al defensor en la etapa de averiguación previa, para no hacer del uso del derecho - el abuso del que es objeto en forma cotidiana.

BIBLIOGRAFIA

Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. México. Porrúa. S. A. 1976.

Bielsa, Rafael. La Abogacía. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot. 1960.

Carnelutti, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. Buenos Aires, Argentina. Ed. Bosh y Cía. 1950.

Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. México. Porrúa, S. A. 1980.

Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. México. Porrúa. S. A. 1957.

García Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal. México. Porrúa, S. A. 1974.

García Ramírez, Sergio. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. México. Porrúa, S. A. 1984.

Gómez Lara, Cipriano. teoría General del Proceso. México. Ed. Textos Universitarios. 1976.

González Bustamante, Juan José. Principios de derecho Procesal Mexicano. México. Porrúa, S. A. 1971.

Mendieta Núñez, Lucio. El Derecho Precolonial. México. Porrúa, S. A. 1973.

Oscorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. México. Porrúa, S. A. 1983.

R. Padilla, José. sinópsis de Amparo. México. Cárdenas. 1978.

Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. México. Porrúa, S. A. 1977.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

De Pina Vara, Rafael. diccionario de derecho. México, Ed. Porrúa, S. A.. 1975.

Enciclopedia Jurídica Omeba. V. IV. Buenos Aires. 1979.

Enciclopedia salvat diccionario. salvat editores V.4 México 1983

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México. -

Ed. Porrúa, S. A. 1988.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Méxi-

co. Ed. Porrúa, S. A. 1989.