

153
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

"LA INTERVERCION DE LA DEFENSA EN LA
DILIGENCIA DE AVERIGUACION PREVIA"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A I
FRANCISCO GONZALEZ MORENO



ARAGON, MEX

NOVIEMBRE DE 1960

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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

pág.

INTRODUCCION	I
------------------------	---

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS.

EN EL DERECHO ROMANO	1
EN EL DERECHO ESPAÑOL.	9
EN EL DERECHO MEXICANO	14

CAPITULO SEGUNDO

NATURALEZA JURIDICA DEL ORGANO DE LA DEFENSA

CONCEPTO DE DEFENSA.	20
EL DEFENSOR EN NUESTRA CONSTITUCION.	27
EL DEFENSOR EN LA DOCTRINA MODERNA	36
a) COMO PARTE EN EL PROCESO.	37
b) COMO REPRESENTANTE O ASESOR	41
c) COMO AUXILIAR EN LA ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA	46

CAPITULO TERCERO

LA AVERIGUACION PREVIA

CONCEPTO	53
REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD	59
a) DENUNCIA.	60
b) QUERRELA	64

LOS FINES DE LA AVERIGUACION PREVIA	71
a) COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO	73
b) LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.	79
TERMINO DE ESTA ETAPA PREMOCESAL	82
a) CONSIGNACION	83
b) ARCHIVO.	87
c) RESERVA.	91

CAPITULO CUARTO

DERECHO A LA DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA.

DERECHO A LA DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA.	92
EL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL	97
LA DEFENSORIA DE OFICIO Y SU REGLAMENTACION	101
REGLAMENTO DE LA DEFENSORIA DE OFICIO DEL FUERO FEDERAL .	103
REGLAMENTO DE LA DEFENSORIA DE OFICIO DEL FUERO COMUN . .	106
MOMENTO DE DESIGNAR DEFENSOR.	109
JURISPRUDENCIA.	118
CONCLUSIONES.	123
BIBLIOGRAFIA.	128

INTRODUCCION

El Derecho a la defensa dentro de nuestro régimen jurídico es indispensable, más aún que está asociado al concepto de libertad en virtud de que sustraer al individuo de lo que es arbitrario o de lo que tiende a destruir los derechos que le otorgan las leyes ya que a medida de que el concepto de libertad se fué ampliando dentro de la evolución del derecho, en la misma proporción lo ha sido el derecho a la defensa que como sabemos está contemplado en nuestra Ley fundamental en su artículo 29, fracción IX, precepto que consagra la garantía constitucional de defenderse por sí o por persona de su confianza o por ambos, según su voluntad, manifestando también que, "el acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que es aprehendido".

Ahora bien, al que suscribe le preocupa y con razón el momento en que nace el derecho a la designación del defensor por la persona que haya sido detenida o aprehendida y de que aquél entre a la misma Averiguación Previa al desempeño de su cometido y a intervenir directamente en la defensa del indiciado aportando pruebas que estime convenientes, e incluso desahogándolas también podría observar, dentro de esta etapa preprocesal la -- insatisfacción de algún requisito de procedibilidad; falta de algún elemento necesario para la configuración del delito que se le impute a su defensa o bien la acción ilegalmente ejercida, así como defectos en la comprobación del cuerpo del delito, y otras circunstancias que pudieran presentarse dentro de la -- Averiguación Previa.

Por lo anteriormente manifestado, en el presente trabajo expongo argumentos que considero convincentes para apoyar el particular criterio en el sentido de que el defensor debe intervenir dentro de la averiguación Previa, ya que tal derecho es una garantía consagrada en nuestra Constitución, en el Código Procesal Penal así como en el Código Federal de la misma materia, aceptado además por la Jurisprudencia.

El precepto constitucional al que se hace referencia, consagra como garantía el derecho de que el acusado sea oído en su defensa, derecho que puede usar desde el momento mismo en que es aprehendido o detenido, y no de aquí, como ordinariamente se piensa y se hace, en que comparece ante el juez a rendir su declaración preparatoria.

En el Capítulo I, Sección Segunda del Código de Procedimientos Penales, el artículo 279 previene que, una vez lograda la detención o aprehensión, aún dentro de la averiguación previa que realice el Ministerio Público, se debe hacer saber al indiciado el derecho que tiene para nombrar defensor, que, una vez aceptado el cargo ante los funcionarios de ese ministerio o de la Policía Judicial, estará facultado para intervenir en el desempeño de su cargo; pero sin embargo en la práctica, el Ministerio Público Investigador ante el temor fundado de que el defensor ponga obstáculos a la averiguación o se entere de detalles de la investigación, no permite la intervención de defensor alguno, violando así una garantía constitucional y dejando al indiciado en completo estado de indefensión, situación ésta que nos orilló a analizar lo que aquí se presenta.

Así pues, creemos en la intención constructiva de nuestros legisladores para crear un mejor derecho y obviamente, no habrá persona que se oponga a que se otorgue el derecho a la defensa en la averiguación previa porque, solo podrán no darse cuenta del valor social de la defensa quienes ignoren las tremendas -- tragedias del procedimiento penal que en forma irremediable -- ahogan a un inocente. Así no es una exageración el pensar que, con la relevante medida de la garantía de defensa en la etapa -- preprocesal, se alcance en gran proporción la aspiración del -- Constituyente de 1917 que es la de libertad y seguridad jurídica de los ciudadanos.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA DEFENSA

EN EN DERECHO ROMANO

Para comenzar este análisis sistemático de la intervención de la defensa en la averiguación previa, necesario es recurrir al aspecto histórico y como consecuencia de ello, acudir a la investigación de las instituciones jurídicas creadas en su mayoría en el Derecho Romano, y más aún, como señala el maestro Magadant en su obra, (1), a sus fuentes jurídicas, siendo éstas - las siguientes: "Las fuentes formales del derecho", que consisten en las manifestaciones del derecho a través de la ley, la costumbre y la jurisprudencia (2), esto es, se refiere a la forma de creación jurídica de las normas, es decir, cuando se habla de fuente formal se hace referencia de la mecánica de creación estructural de las normas e instituciones jurídicas, para averiguar como llegan éstas a ser formalmente válidas y vigentes; Las Fuentes Históricas del derecho que son donde está escrita la documentación, como los manuscritos de la Institución de Goyo, el manuscrito de Florencia del Digesto, (3) esta fuente indaga el contenido de la norma, es decir, lo que éste ordena, dispone o prohíbe, o sea, la conducta; y por último tenemos las fuentes Reales del derecho, que son las situaciones y acontecimientos psicológicos que han dado lugar a determinadas medidas de carácter jurídico.

(1) Magadant S. Guillermo F. Derecho Romano. México, Editorial Esfinge, S.A., Novena Edición, 1974, pág. 43

(2) Gómez Lara Cipriano. Teoría General del Proceso. México, Textos Universitarios. Segunda edición, 1981, pág. 91

(3) Gómez Lara Cipriano. OB. cit. pág. 93

Al pueblo romano le toco en suerte llevar la evolución del derecho a alturas jamás alcanzadas por otros pueblos de la antigüedad y es por ello que buscamos en él la fuente y el origen de la defensa porque es aquí mismo donde comienza el litigio en sus diversas formas y donde nace el defensor aunque aún de manera muy rudimentaria, pero donde se puede descubrir el real espíritu de una legítima defensa.

Veamos pues el por qué el motivo de estudiar la legislación romana *magis* todavía en nuestro derecho y en consecuencia, dicha legislación tiene, desde luego, una utilidad histórica ya que nuestro derecho tiene por orígenes la costumbre, y el derecho romano es vigente aún en algunas disposiciones de nuestros códigos, es por ello que para comprender el estudio que realizamos de la actuación e intervención de la defensa es necesario analizar sus disposiciones, conocer las disposiciones antiguas -- así como el procedimiento, luego entonces éste será el medio -- más eficaz de poder apreciar el verdadero espíritu y estimar su valor que todavía existe en nuestra legislación.

Es por ello que el maestro Bravo González nos dice: "que el derecho romano en su duración y extensión refleja en su evolución grandes y profundas crisis que han cambiado el curso de la historia antigua" (4), además el Derecho Romano se nos presenta como un derecho común del cual puede hacer uso todo jurista del mundo. Esto nos indica pues, que no solo nuestro derecho, sino casi todo el derecho tiene que partir de una de las fuentes -- históricas más remotas como lo es el Derecho Romano lo que moti

(4) Bravo González Agustín y Bravo González Beatriz. Primer curso de Derecho Romano, México, edit. Pax, 1941, pag. 19 y

va el estudio histórico de este derecho en virtud de ser antecedente de casi toda la legislación y en particular también de la nuestra: Desde otro punto de vista, el conocimiento del derecho Romano es además, para este estudio un poderoso auxiliar, porque constituye el fondo de las principales legislaciones.

Los romanos fueron elaborando su derecho con sencillas resolviendo con ello problemas prácticos que se les iban presentando, haciéndolo con mayor simplicidad, donde luego sin dejar de contemplar la costumbre que prevaleció y ha prevalecido en cada época como a continuación mencionaremos en relación al tema que nos ocupa, es decir, la defensa y el defensor, cuya figura jurídica es de vital importancia en el gran ámbito legal y procesal de nuestro derecho.

En la institución del patronato y la clientela antigua es donde surgió, en la vieja Roma, la función del abogado.

Los patricios, que con los pontífices eran los únicos que conocían las fórmulas sacramentales para poner en práctica las acciones de la ley, eran los patronos y defensores de los plebeyos. En cuanto un patroso había aceptado que uno de ellos se volviese su cliente, y éste le había prometido fidelidad, el patrono quedaba obligado a sustentarle en toda ocasión y a emplear en ello todo su poder y todo su crédito, era su consejero en todos sus asuntos contenciosos y su defensor ante la justicia: esta era la carga más pesada, pero al mismo tiempo la más honrosa del patronato, daba renombre, popularidad y honores.(5)

(5) Petit Eugène. Tratado elemental de Derecho Romano. México. - Edit. Nacional, S.A., Novena Edición, 1980 pág. 19 y 19.

El vínculo que unía al patrono con su cliente se fue poco a poco relajando, los plebeyos quedaron en libertad de escoger su defensor; el abogado ocupó el lugar del patrono, conservando su título y de ahí la expresión "patronus" en el que por largo tiempo se designó a los abogados, y la de "cliente", que ha perdurado a través de los siglos y hasta nuestros días.

En cuanto al nombre de abogado, ha cambiado desde su origen: los "advocati" de los tiempos de Graco y Cicerón, eran -- los testigos de los consejeros llamados por cada una de las partes, (ad auxilium vocati) la defensa ante la justicia se había convertido en una verdadera profesión, a pesar de que la ley -- prohibía que el abogado recibiera cosa alguna sea a título de regalo o a título de honorarios.

Raul Lemus al referirse a las acciones de la ley nos manifiesta que el recurso que la ley otorga a la persona para hacer valer sus derechos ante los tribunales es la misma acción que se entiende como el conjunto de reglas y actuaciones que la ley establece para hacer prevalecer el derecho violado o desconocido. (16)

Pero el oficio que el abogado desempeñaba, le abrió el camino de otras funciones en la república, los romanos, al igual que los griegos, profesaban una verdadera idolatría por la palabra, a tal grado que la casa de los abogados se señalaba plantando palmeras. Cicerón no llegó a ser cónsul sino porque había sido abogado, el mismo César antes de conquistar las Galias

(16) Lemus García Raul. Compendio de Derecho Romano. México. --- Editorial Limusa. 1979. Cuarta Edición pág. 294.

había ilustrado al foro de Roma mediante la palabra.

En Roma donde la elocuencia judicial alcanzó su apogeo --- bajo la República, presa de la corrupción y de la violencia que causaron su ruina, los abogados tenían los mayores clientes del mundo, reyes, provincias dolientes bajo las exacciones de los gobernadores que venían a Roma en demanda de justicia. Como los Registrados de todas las clases ya fuese en Roma o en las provincias, no eran responsables de su conducta sino ante el pueblo, la acusación era libre, todos los ciudadanos podían someterse a los tribunales criminales que impartían justicia en la Plaza Pública, todas las responsabilidades políticas y administrativas, civiles o militares, los abogados litigaban al aire libre ante los bellos monumentos de Roma y ante todo el pueblo, toda Roma estaba en la audiencia.

Ante tal espectáculo, el abogado tendía a convertirse en tribuno, no tenía apartarse de su causa para elevar su discurso hacia esas ideas generales que tan fácilmente se apoderan de -- multitudes; la elocuencia, es una manifestación de arte popular, el abogado no persigue solamente ganar su causa, pretende también conquistar los sufragios de los oyentes.

Numerosos abogados honraron la tribuna romana desde Catón, Padre de la elocuencia latina, que con sus virtudes ilustra la definición de orador: " hombre de bien, hábil en el bien decir y en el bien hablar ". (7).

La palabra abogado deriva del latín " advocatus ", que significa " el llamado " en virtud de que en Roma los patronos tenían obligación de defender a quienes dependían de él por la --

(7) J. Mollereau, Introducción a la Abogacía, Edic. Forcos, Mexico 1961, Segunda Edición, Págs. 118 y 119

institución de la clientela; pero con los casos difíciles cuando se requería de mayor conocimiento del derecho llamaban a persona especializada para que la auxiliara, de ahí el nombre de "advocati".

Los historiadores señalan en Grecia y Roma donde la abogacía se convirtió en una verdadera profesión y señalan a Pericles como el primer abogado profesional. En Grecia tuvo especial auge la abogacía pues los atenienses se dedicaban a ella por que les daba oportunidad practicar la oratoria y hacer gala de sus conocimientos. Salomón reglamentó la abogacía a la que le daba un carácter meramente religioso.

En Roma, al lado de los patricios, surgieron los jurisconsultos que se especializaron en la ciencia del derecho adquiriendo un gran prestigio que algunas leyes se expedieron durante la República y ordenaban que los pontífices, fueran escogidos entre los abogados. Estos, en principio fueron llamados "patroni" y durante el Imperio fueron llamados "advocatio".

El ejercicio de la abogacía requiere de interés y gusto,-- el abogado no debe de interponer sus intereses propios por ante el cliente, su actuación debe tener como finalidad el imperio de la justicia. VICENTE COMEL nos dice que la intervención del abogado en el proceso nivela al rico con el pobre, al débil con el poderoso, a quien tiene poca capacidad mental con el inteligente y aún mas, el abogado constituye para el cliente su consuelo y su esperanza.

Los primeros colegios de abogados surgieron desde el año 1359, bajo el Imperio, se vió a los abogados organizarse en collegios; los que ejercían esta profesión habían de acometerse a ---

a ciertas normas y reglas. Es imposible sin embargo, precisar la fecha en que estos colegios adquirieron existencia legal; las constituciones imperiales hablan en un momento dado del "corpus toptorum", pero la transición de la profesión organizada fuera del tiempo, se debe quizá al emperador Justino que se le haya dado la denominación de "Orden" de modo general. Los abogados romanos observaban las reglas profesionales que actualmente son las nuestras. Pero lo que realmente caracterizaba la profesión de abogado era el "alegato"; el papel del abogado consiste en exponer oralmente y en forma jurídica lo que su cliente pretende sobre el asunto a tratar, ya que los derechos pertenecían a las personas mismas, mismas que se debían de hacer valer ante los tribunales por una persona conocedora del derecho ya que todo aquel que fuese víctima de violaciones de sus derechos debía hacer defensa y hacer sancionar la legitimidad de sus derechos.

En toda sociedad civilizada hay tribunales organizados encaminados a examinar las pretensiones de la parte que se cree lesionada y ranjar la contienda, pues solo en tiempos de la barbarie se cuando se podía hacer justicia por sí mismo, es decir era la ley del talión que consiste en hacer justicia por propia mano sin la intervención de alguien que mediara la situación imperante. Con los avances de la civilización va desapareciendo la justicia por propia mano, la venganza privada, para dar paso a órganos de poder público como instrumentos de impartición de justicia.

González Bustamante nos dice al respecto del defensor que en el derecho romano primitivo el acusado es atendido por el asesor. El colegio de pontífices designaba anualmente a un

sacerdote para responder a los plebeyos que demandaban la reparación de algún derecho ante el Magistrado pero cuidando de revelar los secretos del Consejo, en virtud de que el sacerdote - de doctrina jurídica era para el patricio, arma política que - garantizaba su supremacía. En el siglo V de la fundación de Roma, se rompen los velos del derecho tradicional y estotérico: es accesible para los plebeyos prepara su propia defensa y con el procedimiento formalista, aparece la institución del patronato - mismo que fue fundamental en esa época. (8)

La costumbre, que como ya dijimos, es una fuente del derecho, admitió que en proceso penal, pudiera presentarse un orador que defendiera los intereses de su cliente. Era el Patronus o Causidicus, experto en el gran arte de la oratoria, que deba - ser instruido en sus recursos legales. Corresponía al patronus y de un modo facultativo, la carga de representar y proteger a - su cliente. En Roma, nos dice Mercader, alienta un orador ventajosamente diestro en los recursos dialécticos, de la palabra y - de la oratoria.

(8) González Bastante Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1981, Séptima Edición, págs. 87 y 88

EN EL DERECHO ESPAÑOL

El derecho Español es otro pilar del derecho histórico que hizo grandes aportaciones en relación a la defensa y en especial en nuestro derecho mexicano en virtud de su poderosa influencia motivada por la conquista que fué realizada a nuestros antepasados y por lo cual nos infundieron, lenguaje, religión - costumbre y leyes, las cuales fueron establecidas en la Nueva España para regular la vida cotidiana.

El maestro González Bustamante nos dice al respecto de la defensa en el derecho español, "que las leyes españolas se ocuparon, preferentemente, prever que el inculpado tuviera defensor para que estuviera presente en todos los aspectos del proceso", aquí observamos muy claramente un antecedente de lo que es actualmente una garantía y un derecho para todo individuo en nuestra legislación positiva y en nuestra Constitución Política mediante el artículo 20 del mismo ordenamiento.

En el viejo Derecho Español, nos menciona el maestro Guillermo Colín Sánchez, también existió la defensa: El Fuero Juzgo, la Novísima Recopilación y otros cuerpos legales señalaron que el procesado debería de estar asistido por un defensor, e inclusive la Ley de enjuiciamiento criminal del 14 de septiembre de 1882 impuso a los abogados integrantes de Colegios, la obligación de avocarse a la defensa de aquellas personas carentes de recursos para el patrocinio de un defensor particular" (19), antecedente directo de lo que en nuestra legislación es la Defensoría de Oficio.

19) Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, México 1986, 10 Ed. pág. 189

Apoyando lo manifestado anteriormente, el maestro González Bustamante nos dice que, "en el Fuero Juzgo y en la nueva -- recopilación también se facultaba a los jueces para apremiar a -- los profesores de derecho y abogados del foro, a fin de que dedicasen parte de sus horas de trabajo diario, en defensa de los pobres y desvalidos", a su vez la ley de enjuiciamiento criminal del 14 de septiembre de 1882, disponía que los abogados a quienes corresponde la defensa de los pobres, no podrá excusarse de ella sin un motivo personal y justo que clasificaran, según su prudente arbitrio, los decaídos de los colegios donde los tuviesen, o en su defecto, el juez o tribunal hubiera de desempeñar su cometido.

Las organizaciones y colegios de abogados, tenían la obligación de señalar periódicamente a alguno de sus miembros para que se ocupase de la asistencia gratuita a los menesterosos y desde entonces se les llamó defensores de los pobres y se reconocía el beneficio de pobreza, señalándose el procedimiento --- para obtenerlo". (10)

Existe una distinción en las leyes españolas en lo que se refiere al abogado defensor; se le reconoce el derecho de defensa, sin señalar diferencias entre ricos y pobres por considerarse imprescindible su actuación para la validez del juicio. La ley de enjuiciamiento criminal español, disponía que los procesados debían ser representados por procurador y defendidos por letrados que podían nombrar desde que se les notificase el auto de formal prisión, y si no los nombrasen por sí mismos o tuviese -

(10) González Bustamante Juan José. Ob. Cit. pág. 87

aptitud legal para verificarlo, se le designaba de oficio cuando lo solicitaran, y nos sigue diciendo el maestro Bustamante, "se criticó en la ley de enjuiciamiento criminal de 1882, que se empleara el término derecho de defensa", siendo que es mas bien una garantía que tienen todos los procesados a defenderse por si o por tercero hasta el extremo de no poder renunciar a ser oídos y de que si nombras procuradores letrados, se les asegura el de oficio. Las leyes expedidas con posterioridad, reconocen la gratitud de la defensa, cuando se trata de personas que por sus circunstancias económicas no se encuentran en posibilidad de sufragar gastos para pagar honorarios de los abogados defensores. (11)

Creo que aquí es importante observar que de lo anterior, lo relevante es el interés que tiene el Estado a través de los legisladores en procurar un mejor derecho a la defensa y así mismo establecer mayores garantías dentro del régimen jurídico --- para todo individuo, no obstante la época donde se perfeccionaba el derecho de defensa del procesado es de vital importancia, y además es un antecedente de las instituciones de defensa en nuestro derecho actual.

La Ley española consagra el principio de que "nadie puede ser condenado sin ser oído antes", pero se permite en los juicios, por faltas, llegar hasta la condena, así como seguir con la secuela del proceso y fallarlo en rebeldía.

En el Fuero Viejo de Castilla, se permite a los individuos elegir abogado, y en el Fuero Real se dá el nombre de Voceros a

(11) González Bustamante Juan José. Ob. Cit. páq. 88

los abogados cuya intervención es indispensable en el proceso.

El principio de que la defensa es obligatoria y la consagración de que el acusado debe de disfrutar de toda clase de libertades para prepararla, tuvieron su origen en la Asamblea Constituyente de Francia al expedirse las leyes que regían el procedimiento penal, el 29 de septiembre de 1791.

Desde el interrogatorio el acusado tenía derecho a nombrar defensor, y si se negaba, entonces el juez debía de proveerlo - al nombrarle un defensor, bajo de pena de nulidad de lo actuado si el acusado careciera de defensor. Estas ideas se condensaron en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, - mismas que son las siguientes:

- 1a. Libertad ilimitada en la expresión de la defensa
- 2a. Obligación impuesta a los jueces, para proveer al acusado de defensor, en caso de que éste se rehusara a nombrarlo por sí
- 3a. Obligación impuesta a los profesores de derecho y abogados - para dedicar parte de sus horas de trabajo a la atención de la defensa de los pobres de solemnidad y falta de recursos.
- 4.a Prohibición absoluta a las autoridades judiciales para compeler de algun modo a los acusados a declarar en su contra.
- 5a. Derecho reconocido al inculcado para la designación de defensor desde el mismo momento en que es detenido por autoridad.
- 6a. Derecho del defensor de estar presente en todos los actos procesales sin que pueda vedarse el conocimiento de las actuaciones practicadas y a partir de la iniciación del procedimiento.
- 7a. Obligación impuesta a las autoridades judiciales de recibir pruebas que ofrezca el demandado dentro de los términos señala-

dos para su admisión.

La Obligación de las autoridades de auxiliar al inculcado para obtener la declaración de personas cuyo examen se cita.

El juez debe proveer el nombramiento de defensor en caso de que el inculcado se negare a hacerlo, tan luego como éste -- haya rendido su declaración preparatoria ante las autoridades -- jurisdiccionales.

En la ley de 17 de enero de 1853, se prevía que el acusado podía nombrar defensor después de haber producido su declara--- ción, y en caso de no hacerlo se encargaría de su defensa a -- los abogados de los pobres. Al declararse la ley de jurados de - 15 de junio de 1869, disponía el artículo 11 que después de ha-- ber dictado auto de formal prisión, se notificase el mandamien-- to al reo y se le requiriese para que nombrase defensor, o el -- procurador de la defensa, como órgano auxiliar del acusado, lo -- proveera de un experto en derecho para que lo aconsejara.

Estos principios comprendidos en las leyes procesales y -- que tienen su antecedente en el viejo derecho español se han -- robustecido para quedar definitivamente consagrados y plasmados -- en la carta fundamental de la República en 1871, además aquí se -- pensaba a quien se dase datos al procesado para su defensa. (12)

Por lo manifestado anteriormente tenemos que es obvio que -- el derecho de defensa se ha ido perfeccionando através del tie -- po y garantizando cada vez más esa garantía jurídica inherente -- al individuo en particular.

(12) García Núñez Sergio. Derecho Procesal Penal. Editorial -- Porrúa. México, 1983. Cuarta Edición, págs. 270 y 276

EN EL DERECHO MEXICANO

Por lo que respecta al derecho de defensa en nuestra legislación, es importante dar un panorama histórico, ya que desde épocas inmemorables, como la prehispánica ya existía rúgula de defensa muy rudimentario, y al respecto Clavijero nos dice: "en los juicios de los mexicanos hacían su causa sin intervención de abogados relatores, sin embargo, Fray Bartolome de Sahagún en el Código Florentino que concluyó en 1579, Libro Décimo, en el capítulo de los hechiceros y trampistas, relata pormenorizadamente la actividad del procurador, típica del ejercicio profesional cuya versión original dice: "Tepantlatl, cuya traducción significa interceder o abogar, Tepán: sobre-alguno-por otro, y Tlatol tepani: abogar o rogar por otro, además de las representaciones gráficas ad hoc que contiene al respecto y son muy --- ilustrativas; ya que si bien es cierto que la organización judicial fué sencilla, también es verdad que se necesitaban ya conocimientos y procedimientos tales que requerían del abogado, - figura claramente corporizada en el Tepantlatl.

Mas adelante y al inicio del Virreinato de la Nueva España expresa don Antonio Pérez Vardía Fernández, sin duda los primeros abogados que ejercieron en México fueron quienes no tenían título profesional, los apostólicos frailes en los que figuraron Fray Bartolome de Benavente, alias Motolinia y el Padre --- Casa, no combatieron en el foro, fueron mas allá hasta la sequedad y de esas quejas hay que suponer un origen especial de las --- Indias; la abogacía fue ejercida entonces por los españoles que a la Metrópoli venían, aunque años después se permitió a los --- criollos ejercerla, descendientes de españoles.

La Real y Pontificia Universidad de México, instalada el 25 de enero de 1511, inauguró sus cursos el 3 de junio siguiente y dos días después don Pedro Morones pronunció la primer lección-jurídica en América, fecha que recuerda la Facultad de Derecho, fué poco tiempo después cuando el 12 de julio del mismo año el señor licenciado Don Bartolomé Frías y Albaracoz impartió la primera cátedra de derecho en América Latina, fecha que celebra su aniversario la Institución el día del abogado fundada en 1960 - por el periódico Diario de México.

Las Universidades de México y de Guadalajara, proveyeron - de abogados a la audiencia, el Foro, las Alcaldías de Corte y - ya no fueron solamente los muy magníficos señores venidos de la Metrópoli, la práctica de la abogacía se hacía ciertamente con-austeridad sin faltar, por su puesto, pícaros y areñadores. Nos indica don José Soberanes que en la época de la Colonia los abg-gados formaban parte de la Real audiencia y para tener el títu-lo se bastaba ser letrado o ser egresado de la Universidad, se-debía también trabajar cuatro años en un bufete de abogado recog- nocido y pasar otro exámen ante una comisión ad hoc de los ciúg- ras y posteriormente matricularse en el registro correspondien- te.

Los abogados cobraban sus honorarios de acuerdo a un aran- cel aprobado por la audiencia que residía en el Real Palacio. -

Los principales Tribunales en dicha época Colonial y ante- los que litigaban los letrados fueron la Real Audiencia, una - México y otra en Guadalajara.

El tribunal de la Inquisición, integrado por el Estado y - la Iglesia que se estableció en México en 1571, quedando los --

indígenas fuera de su jurisdicción. Los consulados que fungieron como tribunales mercantiles, establecidos en las ciudades de México, Veracruz y Guadalajara. El Tribunal de la Acordada en 1719 de índole penal, sancionado por la Corte, además éstos se crearon para ejercer una mejor justicia haciendo después otros tribunales inferiores, aumentando así los juicios y complicando las competencias judiciales.

En México Independiente se originó un fuerte cambio, pues el abogado dejó la solemnidad del profesionista togado para convertirse en republicano hombre de ley, durante la breve aparición del Segundo Imperio, impuesto por la intervención francesa los letrados no abandonaron su sencilla práctica democrática ante los tribunales y oficinas, por cuanto al ejercicio profesional, desde el 4 de diciembre de 1824, el Congreso Constituyente Republicano, declaró que todos los juicios podían litigarse en todos los tribunales de la federación, disposición que permitió la libre circulación de abogados cuyo ejercicio antes se circunscribía a ciertos límites del Distrito de la audiencia donde se examinaba al aspirante o letrado, y más tarde, el 18 de enero de 1834, Valentín Gómez Farías, promulgó otra sobre examen de abogados que finiquitó los últimos dos obstáculos para el libre ejercicio profesional; la prueba ante los tribunales y la incorporación al Colegio de abogados, subsistiendo el examen profesional ante presentado ante el establecimiento de jurisprudencia respectivo.

En realidad donde se comienza a reglamentar la defensoría en la Constitución de 1857, precisamente al establecer la figura del defensor como una garantía del individuo, precedida

en el artículo 24 de esa Ley fundamental; pero con mayor claridad se establece la Defensa como una garantía constitucional en el artículo 20 fracción IX de la Constitución de 1917. (12)

Es menester mencionar que también en nuestro medio se crearon Defensorías de Oficio, del Fuero Común y del Fuero Federal cada una debidamente reglamentada por su propia legislación.(13)

En términos generales, debido a que esta tema se tocara -- mas adelante en un inciso especial, la defensoría de oficio es una institución que tiene como base el principio jurídico de -- que ningún individuo se quede dentro de un proceso en estado de indefensión, es decir, el principio que consagra nuestra Constitución General de la República de que todo individuo debe ser -- oído y vencido en juicio, pero además, institucionalmente, la -- defensa es una garantía para el individuo y una obligación para el Estado quien debe los medios de esta naturaleza para que el inculcado se vea asesorado en forma gratuita.

La Defensoría de Oficio del Fuero Común esta precedida por el reglamento del 7 de mayo de 1940 que en el único considerando introductorio del ordenamiento indica a la letra: "es conveniente hacer definido el funcionamiento del cuerpo de defensores de oficio dependientes del D.D.F. persiguiendo mayor eficacia en las labores, así como una forma de divulgación fácil y precisa, a fin de que las personas favorecidas puedan recurrir a los servicios de dichos defensores con oportunidad.

Por lo que respecta a la defensoría de oficio del Fuero ---

(12) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa, 2a. Edición págs. 13,14,15.
(13) García Ramírez Sergio. Ob. Cit. pág. 376

Federal, esta regida por la ley del 14 de enero de 1922, desarrollada en el reglamento del 25 de septiembre del mismo año. ---
Aqui la defensa se confia, bajo la dependencia de la Suprema --
Corte de Justicia de la Nacion a un jefe de Defensores y al número de tales defensores que según las circunstancias determine la misma corte.

Los servicios de la Defensoria de Oficio Federal, que deban ser gratuitos, se refieren solo a los asuntos penales de --
tipo federal, y se circunscriben solo en los casos en que el --
inculcado no tenga defensor particular, este es en términos generales un breve panorama de lo que son las defensorias de oficio, estado y federal, ya que como se dijo anteriormente son materia de un inciso en especial mas amplio.

La defensoria, tiene como sinónimo la abogacia, porque ---
significa abogar o defender a alguien y como hemos visto durante el desarrollo del presente capítulo tienen sus antecedentes mas remotos a partir del viejo testamento o derecho arcaico, --
pasando por el ius postulandi y el advocatus, así como las defensorias instituidas por el derecho español, mismas que fueron trasladadas a la Colonia y que se conservan a principios del México independiente, reflejado en nuestro derecho positivo, y a --
traves de las distintas disposiciones juridicas que señalan el derecho y la garantia de defenderse, teniendo como principal --
base lo dispuesto por nuestro artículo 20 en su fracción IX de la Ley Fundamental en el que se plasma el derecho que tiene el individuo de defenderse por si o por persona de su confianza y al mismo tiempo se instituye la defensoria de oficio para el caso de que el inculcado carezca de recursos economicos para --

contratar un defensor particular , así las cosas puede entre --
nosotros la defensa ser ejercida, constitucionalmente, por el --
inculpaado, por persona de su confianza, o bien por defensor de --
Oficio. (14);

(14) Ferrás Palma Rafael. Fundamentos constitucionales del Proce-
dimiento Penal. Cárdenas Editor. Edición 1980. pág. III y-
119

CAPITULO SEGUNDO

NATURALEZA JURIDICA DEL ORGANISMO DE LA DEFENSA

CONCEPTO DE DEFENSA

Cuando un sujeto en nuestra sociedad cae dentro de los postulados jurídicos previstos por la ley penal en nuestro derecho positivo, se hace acreedor a una sanción o pena impuesta por el órgano jurisdiccional, pero, no obstante haber cometido un acto criminal, el individuo cuenta con la garantía de la defensa -- por sí mismo o por persona de su confianza, así es como lo dispone nuestro artículo 20 Constitucional en su fracción IX, mismo donde emana la institución jurídica y social de la defensa.

Dada su vital importancia en nuestra legislación moderna -- mencionaremos algunos conceptos de defensa comenzando por el siguiente: "La intervención del abogado defensor en el proceso penal, es la misma del imputado como parte, esto es, por que todos los actos procesales que realiza necesita la asistencia de defensor", el defensor es una persona que, obrando al lado del imputado, y no en su lugar, debe de defenderlo de pretensiones punitivas y de actos procesales injustificados. (15)

Por otro lado, Silvestro Graciano considera a la defensa -- como una institución judicial que comprende al imputado y al defensor, llama al primero elemento individual y al segundo elemento social, los cuales en la defensa del derecho constituyen el instituto, el uno presupone al otro y la unidad de la función es una de sus características, aunque puede cambiarse de defensor, esto es transitorio y no destruye la unidad de la defensa, que -

(15) Helling Ernest, Derecho Procesal Penal, Editorial Labor. -- Buenos Aires, 1943 pág. 113

es la esencia del instituto.

Indudablemente la institución de la defensa es un producto de la civilización, es signo inconfundible del sistema procesal acusatorio y del progreso obtenido en el orden jurídico procesal en nuestra legislación.

Guarneri nos dice que el concepto de defensa "es correlativo al de acusación y constituye, en la dialéctica procesal de los contrarios, el momento de la antítesis". Igual que la acusación representa en el proceso penal una institución del Estado, pues el legislador la considera indispensable para la consecución de la verdad de los hechos. (16)

La defensa en su connotación mas amplia, ha sido considerada como un derecho natural e indispensable para la conservación de la persona, de sus bienes de su honor y de su vida: ha sido objeto de una reglamentación especial de los diversos campos -- en donde puede darse, dentro de todo proceso penal es indispensable.

Caraculutti nos dice: el concepto de defensa es opuesto y complementario del de acusación, no se puede dar acusación sin defensa, a una pasión es necesario contraponer otra pasión para alcanzar la seriedad y la serenidad, el que va a ser juzgado -- esta por lo general privado de la fuerza y habilidad necesaria para expresar sus razones y mientras progresa la técnica del -- juicio mas se agrava esta incapacidad. (17)

(16) Guarneri. La Defensa Penal. Segunda Edición, Colonia 1970 pág. 138

(17) Alcalá Zamora y Lavandero. Curso Procesal Penal. Cit. Tomo II. Edit. Kraft. Buenos Aires, 1945, pág. 47

En relación al abogado defensor, el Doctor Alcalá Zamora - hace el siguiente razonamiento: "La intervención del abogado --- defensor resulta indispensable, de tal manera que los ensayos - de libertad de defensa y prohibición de la abogacía han fracasado de profundamente:

El abogado es una garantía para lograr una recta administración de la justicia, no solo porque en la inmensa mayoría de -- los casos los interesados son incapaces de de efectuar una ---- orientación clara, sistemática y concienzuda de los hechos. (18)

Miguel Fenoch nos dice: "se entiende por defensa en sentido amplio toda actividad de las partes encaminada a hacer valer en el proceso penal sus derechos e intereses, en orden de la actuación de la pretensión punitiva y la de su resarcimiento en su caso, o para impedirlo, según su posición procesal". (19)

El maestro M. Ortolan, al hablarnos del concepto de defensa, manifiesta que: " es un derecho que por su propia naturaleza no necesita estar escrito en ninguna parte, esto es, porque --- pertenece a todos. Sin ese derecho, ejercido amplia y libremente, la justicia penal no es justicia, es opresión. Ese derecho, no es solamente del acusado, sino que también es un derecho de la sociedad, porque a él van unidos sus intereses, la condición del inocente es para ella una desgracia mucho mayor que para el mismo condenado". (20)

(18) González Bustamante Juan José. Derecho Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., México, 1988, págs. 89 y 90.

(19) Fenoch Miguel. Derecho Procesal Penal. Edit. Labor. Tomo 1, Barcelona, Madrid, 1952, pág. 459

(20) M. Ortolan. Tratado de Derecho Penal. Madrid, Imprenta de Agustín, 1859, pág. 242

Vicenzo Manzini nos comenta al respecto de la defensa que se puede considerar en sentido lato y en sentido estricto, al razar que: "La defensa en sentido lato es la actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos subjetivos y los demás intereses jurídicos del imputado. La defensa en sentido estricto, o sea en cuanto se contraponen a la pena ejercida por el Ministerio Público se efectúa mediante actos del imputado, o -- del defensor, que suelen distinguirse en defensas propiamente dichas y excepciones. (21)

Nuevamente citando a Carasolutti, nos dice: "por defensa se entienden las simples negaciones o deducciones circunstanciadas que tienden a destruir las deducciones del hecho, o la ejecución de él, o en el concurso en él por parte del imputado, así mismo también nos menciona que la defensa puede ser explícita -- (mediante negaciones), que son acompañadas o no por pruebas, e implícitas (negaciones derivadas de la producción de elementos que quiten o disminuyan el valor de las pruebas de acusación.

Ahora veamos una definición de Defensa Social: "Es una doctrina que atribuye a la justicia penal la finalidad de preservar a la sociedad de los efectos de la delincuencia por medio de una acción preventiva y represiva inteligentemente dirigidas

Defensa: Es una actividad encaminada a la tutela de los -- intereses legítimos aplicados en un proceso (civil o penal) --- realizado por abogado, por persona no titulada (solo en aquellos regímenes procesales que permiten la intervención de parágr

(21) Vicenzo Manzini. Tratado de Derecho Procesal Penal. Edición de las jurídicas europa-américa, Buenos Aires, 1951, pág.

nas no tituladas o bien por el propio inculpa-do) .(22)

El defensor es una persona que toma a su cargo la defensa - en un juicio de otro, cuando esta defensa constituye una actividad profesional, el defensor se denomina abogado.

La defensoria de oficio es un servicio público que tiene - a su cargo la asistencia jurídica de aquellas personas que no - se encuentran en condiciones económicas de atender por su cuenta los gastos de un proceso.

Defensa en juicio.- Puede hacerse por uno mismo o bien por letrado y se asume ante una pretensión o acusación ajena, planteada judicialmente, para intentar la absolución de uno u otra parte.

Esta defensa integra un derecho, aún en los casos de mayor flagrancia en lo penal y de mayor iniquidad en lo civil, por la posibilidad de que las apariencias queden desvirtuadas o los -- hechos encuentren alguna justificación. Si en lo personal, garantiza desde la integridad física, al arsenal de los derechos individuales, se concreta también en lo patrimonial y en las -- demás esferas jurídicas.

En la práctica, la defensa se deduce en el derecho de las partes o el reo, según se trate de asuntos civiles o penales, - para elegir con toda libertad la asistencia profesional que --- desee. Como garantía se proclama en todas las Constituciones y también se regula en todos los ordenamientos procesales penales a grado tal que contra la pasividad y negativa del inculpa-do, -

(22) Véase Rafael de. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. Décima Edición, México 1983, págs. 207 y 208

en lo penal se nombra defensor de oficio.(21)

De las definiciones anteriores podemos deducir que el derecho a la defensa nace y se dirige a la satisfacción de los intereses y aspectos trascendentales de la sociedad y del individuo en cuanto a lo que se refiere a las garantías individuales, ya que frente a un conflicto social, el ordenamiento jurídico es quien lo equilibra, adoptando entre otras medidas, la institución del derecho a la defensa, mismo que está íntimamente asociado al concepto de libertad, en virtud de que sustraer al individuo de lo que es arbitrario o de lo que tiende a destruir los derechos que le otorgan las leyes.

A sí mismo podemos considerar que a medida de que el concepto de libertad fue ampliándose dentro de la evolución del derecho, en la misma proporción se fué ampliando el derecho de defensa, mismo que ha sido considerado como un derecho natural e indispensable para la conservación de la garantía de legalidad y de seguridad jurídica de la persona en sus bienes, posesiones derechos y de su vida misma, por lo anterior se puede afirmar que dentro de la iniciación de un asunto de índole judicial donde cualquier individuo se encuentre inmiscuido, la Defensa es una institución indispensable, ya que la sociedad tiene un interés directo en favor de sus integrantes y de su mismo ámbito jurídico, porque, necesita, no una pena que caiga sobre una cabeza cualquiera, sino el castigo del verdadero culpable y de ese modo la defensa no solo es de orden público secundario,-

(21) Cabanellas Guillermo. Diccionario Enciclopédico de derecho Usual. Editorial Heliasta S. P.L., Buenos Aires, Argentina
pág. 44

sino de orden público primario conservando el espíritu del Constituyente de 1917.

Indudablemente la Institución de la Defensa es producto de la civilización y de las conquistas libertarias de toda sociedad, sigue inconfundible de un orden jurídico, de un verdadero estado de derecho donde el individuo tiene, mas que un derecho, una garantía de defenderse por sí mismo o por persona de su confianza, esto es, una amplia libertad de defensa desde el momento en que es privado de su libertad y puesto a disposición del órgano investigador.

EL DEFENSOR EN NUESTRA CONSTITUCION

La institucion de la defensa en nuestra legislacion es mas que un derecho, es una garantia constitucional, es por ello de gran importancia realizar un analisis de las constituciones que han imperado en nuestro pais a traves de su historia ya que es aqui donde queda plasmada la garantia que todo individuo tiene al encontrarse inmiscuido en un problema de índole judicial con motivo de un acto presuntamente delictivo. Asi pues en este apartado comentaremos el contenido de dichos documentos y en especial señalar en que constitucion es donde queda como garantia para los integrantes de la sociedad al ser parte de un estado de derecho como lo es el nuestro.

A).- ELEMENTOS CONSTITUCIONALES DE IGNACIO LOPEZ RAYON.

Documento con antecedentes donde se resalta la inquietud de una libertad para la nacion y en el cual no encontramos aún en ninguno de sus articulos legislacion sobre la defensa en el procedimiento, por ello no se hace comentario alguno respecto del tema en cuestion.

B).- CONSTITUCION DE 1814 y 1824.- Al igual que en los elementos constitucionales de Ignacio López Rayon, en estas no se hace mención aún de un derecho de defensa en el procedimiento penal ya que el pais se encontraba en plena formacion y organizacion por lo que el interes es aqui es el de la distribucion del poder de los tres organos que forman la columna vertebral del Estado.

CONSTITUCION DE 1857.- Es en esta Constitucion donde el Congreso Constituyente habla ya sobre el derecho a la Defensa y respecto tenemos que el maestro Pérez de Leon nos comenta que:-

cional, conocido como " Garantía de Procesos criminales. Dicho artículo se divide en cinco partes como hemos visto. Ahora ---- bien, en este artículo se consagra ya el derecho a la defensa - por sí o por letrado, es decir, surge el defensor en esta Constitución de 1857, y al respecto tenemos que don Francisco Larco aporta para la historia jurídica sus debates y sesiones que se efectuaron para discutir el surgimiento de la figura del Defensor en nuestra Constitución y las cuales para su mejor comprensión reproducimos aquí:

"En la sesión del 14 de agosto de 1856, siguen los debates del artículo 24 (que corresponde al artículo 20 de la Constitución de 1857), dividido el artículo 20 en 5 partes, se puso a discusión la primera de ellas de la siguiente manera: "El señor Fuentes desea que se exprese que además de poder ser el acusado defensor de sí mismo, se le nombre otro defensor y pide que se suprima al palabra prisionero. El señor Mata opina que lo que pide el proponente está consignado en el artículo, ya que no solo el acusado puede defenderse así mismo, sino que se le da también un prisionero. El señor Fuentes insiste en sus observaciones y las presenta con mas claridad diciendo que prisionero no es lo mismo que defensor. El señor Arriaga se encuentra dispuesto a aceptar la palabra defensor. "

"El señor Barrera propone que se diga que el acusado puede ser oído por sí, por defensor o prisionero. El Defensor es un representante de la Sociedad en beneficio del reo, mientras el -- prisionero solo presenta al acusado.

Después de estas discusiones en la sesión del 18 de agosto de 1856 la comisión de la Constitución presentó, reformada, la-

pueda ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él por el tribunal que previamente haya establecido la ley.

Artículo 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y todos los requisitos que establezca la ley. El solo lapso de ese término, constituye a la autoridad que la ordena o consiere a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten. "todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las carceles es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades.

Artículo 20.- En todo juicio de orden criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías:

I.- Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere.

II.- Que se le tome su declaración preparatoria dentro de 48 horas contadas desde que esta a disposición de su juez.

III.- Que se le caree con los testigos que depongan en su contra.

IV.- Que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso para preparar sus descargos.

V.- "QUE SE OIGA EN DEFENSA POR SI O POR PERSONA DE SU COM FIANZA O POR AMBOS. EN CASO DE NO TENER QUIEN LO DEFIENDA SE LE PRESENTARA LISTA DE DEFENSORES DE OFICIO PARA QUE ELIJA EL QUE LE CONVENGA"

Este artículo constitucional que consagra la garantía del derecho a la defensa, era el artículo 24 del proyecto constitu-

"Al triunfo de la revolución llegó a la presidencia don Ignacio Comonfort, que en 1855 expidió la ley Juárez, por lo que se suprimían los fueros eclesiásticos y militar en los asuntos civiles. Bajo la presidencia de Ponciano Arriaga, el 5 de febrero de 1857 fue promulgada la Constitución, la cual dentro de su contenido fueron suprimidos en lo absoluto los fueros eclesiásticos y se negó capacidad para adquirir o administrar bienes raíces a las corporaciones civiles y eclesiásticas se le atribuye el error de haber basado su mecanismo político sobre la irreal capacidad del pueblo para el ejercicio del sufragio. Se le censura también de la entrega que hizo del ejecutivo en manos del legislativo.

En la Constitución de 1857 se implantó el juicio de amparo como institución nacional.(124)

Algunos de los artículos que se esusucian en las garantías individuales y en especial el derecho a la defensa en esta constitución son los siguientes a saber:"Artículo 13.-En la República mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona ni corporación puede tener fueros, ni gozar de eximentos que no sea compensación de un servicio público, y estos fijados por la ley. Subsista el fuero de guerra unicamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de esta excepción.

Artículo 14.- No se puede expedir ley retroactiva. Nadie -

[124] Pérez de León E. Enrique. Notas de Derecho Constitucional, Administrativo. Quinta Edición, México, 1968, pág. 13

primera parte del artículo 24 del proyecto, siendo éste en los siguientes términos: "En todo juicio de orden criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías".

I.- Que se le oiga 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 la lista de defensores de oficio para que elija a los que le convenga.

Esto fué aprobado sin mayor discusión por los 86 diputados presentes. (25).

A pesar de la época, podemos observar que esta Constitución tiene adelantos jurídicos no concedidos en otros países, poniendo así a México a la vanguardia, y como ejemplo a seguir, siendo además un antecedente fundamental de lo dispuesto por el artículo 20 Constitucional de la actualidad.

Así mismo y tocando el tema que tenemos en estudio (art. 20 Cons.) tenemos que al acusado podrá saber quien y de que lo acusan, se instituye la declaración preparatoria con un término de 48 horas a partir de que se encuentra a disposición de su juez, se instituye el careo, se le facilitan datos al acusado y en su última fracción se instituye el derecho a la defensa, que es el antecedente jurídico del tema en estudio, y es aquí donde se inicia un nuevo panorama para el procedimiento, ésto es, que el acusado podrá defenderse por sí o por persona de su confianza y lo mas importante es que se le da una lista de defensores para

(25) Sr. Francisco. Historia del Congreso Constituyente de 1857. Imprenta Escalante, 1914. México, P'ag. 192.

elejir uno, y además de que ya en esta Constitución de 1857 se fortalecen las garantías constitucionales y así el presunto responsable en la comisión de un ilícito no quedaba a expensas de su propia defensa, sino que ya contaba con asesoría legal gratuita y perfectamente reconocida por las leyes penales.

Siguiendo con el somero análisis que se hace de las constituciones que han imperado en nuestro país y en especial del estudio que se hace del defensor y la defensa, comentaremos ahora la constitución que nos rige actualmente, es decir, la de 1917.

DI.- CONSTITUCIÓN DE 1917.- En la que el Maestro Pérez de León nos manifiesta que: "En noviembre de 1910 Don Francisco I. Madero iniciaba la revolución que después obligaría a Porfirio Díaz a renunciar. Posteriormente Don Francisco I. Madero asumiría la presidencia por elección del pueblo, pero la traición de al general Huerta al jefe del ejecutivo y su renuncia y muerte, llevaron a Venustiano Carranza a iniciar la rebelión en contra del gobierno. Al tiempo del triunfo de Venustiano Carranza se convocó a un nuevo Congreso Constituyente que promulgó y expidió la constitución que actualmente nos rige.

Nuestra actual Constitución política firmada en la Ciudad de Queretaro el día 31 de enero de 1917, promulgada el 5 de febrero del mismo año y en vigor a partir del primero de mayo siguiente, como todas las constituciones escritas y regidas consta de dos partes; la dogmática, parte contenida en sus primeros 29 artículos que plasma en sus normas y conceptos los derechos y las garantías de las personas; y la parte orgánica que se refiere a la estructura del Estado y organización de las autoridad

des así como a la competencia que a cada una corresponda. Del artículo 19 al 207, norma la organización y competencia de los poderes federales, así como la responsabilidad de los funcionarios públicos.(26)

Pero sin embargo, a lo largo de la historia, nuestra carta magna de 1917, ha venido sufriendo considerables reformas, la mayoría debido a cambios políticos, sociales, culturales y económicos de la época, sin embargo, esta constitución consagra -- las garantías de seguridad jurídica como una parte de la declaración de los derechos humanos concediendo singular importancia a las garantías de libertad del individuo.

Los debates que se realizaron entre los constituyentes de 1917, respecto al artículo 20 constitucional se llevaron a cabo en el teatro de Iturbide el jueves 4 de enero del mismo año con la asistencia de ciudadanos diputados, pero en realidad la discusión fué en torno a las fracciones I, VI, VII, quedando en -- los mismos términos las siguientes fracciones, entre ellas la -- IX, que es la que nos interesa y es motivo del presente análisis, es decir, lo referente a la defensa y el defensor, pero -- por la trascendencia de dicha garantía, aquí se transcribe el -- dictamen de dicha sesión por el C. Secretario Lizardi: "El artículo 20 del proyecto de la constitución contiene innovaciones -- trascendentales que transformaran por completo el sistema de enjuiciamiento penal haciéndose mas libre y mas humano. En virtud de estas reformas, quedará destruido el secreto con que se siguen todos los procesos en los tribunales, privándose así al --

(26) Pérez de León E. Enrique. Notas de Derecho Constitucional Administrativo. Quinta edición, México, pág 19

acusado de los elementos para defenderse ampliamente. Si el acusador, sea la sociedad por medio de su representante o sea el Ministerio Público, o un particular tiene la libertad completa para acumular datos que haya contra el acusado, es la mayor injusticia que a éste se le pongan trabas para su defensa, cuando ya la privación de su libertad lo coloca en una situación muy desventajosa respecto de la parte acusadora.

El artículo 30 establece la publicidad para las diligencias en un proceso, autoriza al al acusado a presenciarias, con la asistencia de su defensor, y obliga al juez a recibir toda clase de pruebas y facilita todos los datos que necesita el acusado.

Por lo que se refiere al tema en estudio es importante resaltar que para la creación de la defensoría de oficio que debe existir en materia penal a nivel averiguación previa, que el presunto responsable debe estar asistido de abogado desde el momento en que es detenido, el Estado deberá tener obligación mediante defensor que asigne desde esta etapa preprocesal ya que hay personas que son detenidas y carecen de medios económicos para contratar los servicios de un defensor particular, pero sus funciones deberas iniciar desde el mismo momento en que el agente del ministerio público investigador efectua sus funciones de perseguidor de los delitos y la policía judicial haga la detención del ciudadano y así como ellos se allegan de todos los elementos y pruebas para ejercer la acción penal, el defensor aporte los elementos necesarios que estime pertinentes para comprobar que la persona detenida es inocente. Así mismo se propone que ninguna diligencia en la averiguación previa tenga

validez jurídica, en caso de que haya detenido y éste no tenga abogado defensor en ese momento o el Ministerio Público no le nombre uno de oficio, dichas diligencias deben considerarse inconstitucionales toda vez que la presencia del defensor debe -- se considerada como obligatoria dentro de esta etapa preproce-- sal.

Y como hemos visto ya con anterioridad, es en la Constitu-- ción de 1917 donde la defensa nace como una garantía de seguri-- dad jurídica, ya que el presunto responsable en la comisión de -- un delito podrá nombrar defensor desde el momento mismo en que es detenido, tal y como lo señala el artículo 20 en -- fracción-- IX de nuestra Carta Magna, mismo que se transcribe a continua-- ción:

"Artículo 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá -- al acusado las siguientes garantías:..., fracción IX.- Se le -- oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por --- amos, 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 ESTE SE HALLA PRE-- SENTE EN TODOS LOS ACTOS DEL JUICIO; pero tendrá obligación de -- hacerlo comparecer cuantas veces se necesite, y ..."(27)

(27) Constitución Política. Editorial Trillas. Sexta Edición, - México, 1988, págs. 23 y 24

EL DEFENSOR EN LA DOCTRINA MODERNA

El proceso criminal se encuentra enmarcado en un triángulo en el cual en uno de los vértices se encuentra el órgano jurisdiccional que se encarga de la regulación del procedimiento; en otro, el Ministerio Público, que lleva a cabo la acusación y la persecución de los delitos, rodeado de su capacidad técnica, de su experiencia y apoyado por un cuerpo numeroso de peritos, laboratorios, archivos de policía; y por último, el imputado o el probable responsable en la comisión de un delito, cuya personalidad frecuentemente se encuentra afectada psíquica y moralmente por la detención, por el encarcelamiento, por el ejercicio de la acción penal y al que habrá que prestarle auxilio para si valar la contienda jurisdiccional en lo posible, y es aquí donde la figura del defensor se hace presente en nuestra doctrina y en la práctica al crearse esta Institución de gran importancia dentro de nuestra legislación penal.

Però la naturaleza jurídica del defensor dentro de nuestra doctrina moderna es conceptuada de diversas opiniones y conviene aclarar cual es la denominación del defensor ya que se plantean las siguientes interrogantes: El defensor desempeña el papel de un simple mandatario del procesado?, de tal manera que no puede salirse de los límites del mandato; Es un simple auxiliar de la administración de la justicia?, y por consiguiente comunicar a las autoridades los secretos que se le han confiado Es un asesor técnico que por sus conocimientos en la ciencia jurídica tiene solamente la misión de dirigir al procesado en el ejercicio de sus derechos procesales?, ¿Es simplemente un órgano imparcial de la administración de la justicia?; o bien es el

defensor parte misma del proceso penal?

Pero demos contestación a cada una de las interrogantes - antes planteadas de la siguiente manera:

a).-COMO PARTE EN EL PROCESO.- La parte, desde un punto de vista jurídico, se refiere a los sujetos de derecho, es decir, a los que son susceptibles de derechos y obligaciones.

El concepto de sujeto procesal es más amplio que el de parte, y a su vez el concepto de parte formal es más amplio que el de parte material. Así pues sujetos del proceso son: El Juez, - Los Peritos, los testigos así como otra serie de auxiliares de la función jurisdiccional, y desde luego las propias partes.

Las partes en sentido formal lo pueden ser las mismas partes en sentido material en cuanto están capacitadas para, por sí, actuar en el proceso siguiendo una resolución jurisdiccional que podrá afectarlos directamente y en forma particular su esfera jurídica, pero son además partes formales aquellos sujetos del proceso, que sin verse afectados concretamente y en forma particular su esfera jurídica por la resolución jurisdiccional que define la controversia o conflicto, cuenta con atribuciones dadas por la ley para impulsar la actividad procesal, -- con objeto de obtener la resolución jurisdiccional que vendrá a afectar la esfera jurídica de otras personas, o sea las partes materiales.

Todo proceso civil o penal, supone tres sujetos fundamentales, dos que sostienen y un tercero que decide la controversia

En principio, por parte debemos entender "los sujetos de acción", en contraste con "el sujeto del juicio", o sea, el JUEZ..., partes son los sujetos que reclaman una acción y deci-

ción jurídica respecto a la pretensión que en proceso se debate

Si bien pues, son tres los sujetos fundamentales de todo proceso, dos que contienden y uno que decide, esto de ninguna manera entraña que tales tres sujetos sean los únicos, sino por el contrario es necesario aceptar la participación de otros sujetos extraños a la relación substancial, pero no a la relación procesal formal, tal es el caso de los peritos, testigos, y también lo es el de las partes en sentido puramente formal.

Lo esencial a la parte en sentido procesal, es que ésta sea un sujeto que reclame o insista, para sí o para otro que esté en posibilidades de reclamar una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate. Pero se debe distinguir a la parte formal y a la parte material, y al respecto tenemos que la doctrina manifiesta lo siguiente: "Si se alude a la parte afirmando que aquella que en nombre propio solicita la actuación de la ley, indudablemente se está haciendo referencia al mero aspecto material, porque formalmente lo será según ya lo hemos manifestado no solo aquel que solicita la actuación de la ley a nombre propio, sino también a nombre y representación de otro, proviniendo tal carácter de alguna disposición legal o de acto contractual por lo que se refiere a la representación procesal, o por algún tipo de designación o nombramiento.

Limitar la designación de parte, a las personas que son sujetos del mero substancial, es ignorar el sentido de la parte procesal, que es por esencia formal.

Pensemos que los titulares del carácter de parte formal, si pueden ser los representantes de todos aquellos que tengan -

la atribución relativa al impulso del proceso afectando con ---
ello sus propias esferas jurídicas o las ajenas. De aquí que --
sea sumamente útil e importante precisar la distinción entre --
los conceptos tratados, es decir, los relativos a la parte for-
mal y parte material.

Esta distinción ha sido aplicada y estudiada por la doctri-
na. El concepto de parte, "es de carácter formal", ya que las -
partes no han de ser necesariamente los sujetos del derecho o -
de la obligación controvertida.

El concepto de parte material, se refiere al sujeto del ag-
no material o de fondo que está por debajo o atrás del proceso,
aquella persona a la cual el resultado del proceso, la probable
sentencia, estará en posibilidad de afectarle su ámbito jurídi-
co en forma particular. La parte en sentido material es aquella
para la cual la acción es su acción, el proceso su proceso, la
sentencia su sentencia.

Una serie de conceptos relacionados entre sí y que aclarar
más la distinción entre parte formal y parte material se puede
apreciar en el siguiente cuadro:

PARTE MATERIAL	PARTE FORMAL
Capacidad para ser parte	Capacidad procesal
Interés	Voluntad
Litis	Acción
Sentencia	Proceso

Se ha querido ver como sujetos principales de la relación-
procesal penal, al Ministerio Público y al juez y como partes -
de la relación procesal, a los primeros. Junto al Ministerio --
Público y al procesado, nosotros opinamos que, desde un ángulo-

estrictamente procesal, "el Defensor también tiene el carácter de parte".(28)

En cuanto a los aspectos de parte material que el procesado tiene, así como parte formal, se ha dicho que es "...équel - frente al cual se promueve la acción penal, que como es visto - con relación a él se presenta como un derecho potestativo, del cual nace para el imputado no ya una obligación, o el deber de una determinada prestación, sino un estado de sujeción a los -- efectos producidos por el ejercicio de la acción penal?"

Sin embargo, es claro que con la promoción de la acción -- penal, también el imputado viene a ser titular de un derecho, - el derecho a la decisión frente a juez, en este aspecto se acepta la dualidad material del imputado como parte.

El estado material radica en el estado de sujeción a los - efectos producidos por el ejercicio de la acción penal, por el contrario, el aspecto formal radica en la "posición del imputado como titular de un derecho, el derecho de la decisión frente al juez", derecho que se traduce en una serie de actos que pueda el imputado realizar, y que tendrán todos ellos a impulsar - el proceso.

En cuanto a la figura del Defensor, aunque un sector am--- plio de la doctrina rechaza el considerarlo como parte formal, - nosotros si le admitimos tal carácter, descartando, desde luego, la idea de considerarlo como un representante del procesado ya que su posición en el proceso, no es de un mero mandatario, - pues puede llegar a tener funciones autónomas, de ahí que consi

(28) Gómez Lara Cipriano. Ob. Cit. págs. 218 y 221

derechos que es "parte formal" del proceso, a grado tal que la voluntad del procesado puede ser totalmente irrelevante para los fines procesales. El maestro Gómez Lara se adhiere a la afirmación de que el Defensor "sí es parte del proceso penal mexicano".

b).- COMO REPRESENTANTE O ASesor.- También dentro de la naturaleza jurídica del órgano de la defensa, que comentamos, --- existen autores que consideran que el Defensor actúa como "Representante o asesor del inculcado", consideraciones que ahora comentamos.

El maestro Cipriano Gómez Lara nos dice que el licenciado en derecho tiene muchos campos de acción, uno de ellos es el de la abogacía, este sector de la profesión jurídica que consiste en el Asesoramiento o Representación de los clientes ante los tribunales. La intervención del abogado en los asuntos judiciales y en los procesos, presenta diferentes grados de identidad, además el abogado viene a figurar como auxiliar, patrono asesor consultor, representante y en muchos casos como verdadero accionante, otras veces no pasa de patrocinar a los litigantes o --- bien se limita a asesorarlos.

Pero lo cierto es que, independientemente de los grados de intensidad de la intervención del abogado en el proceso, pueden delinearse dos tipos de actividades, por un lado el Patrocinio o Representación y por otro lado la Procuración.

El Patrocinio, que encuentra sus antecedentes en Roma es donde el paterfamilias representaba a los integrantes de su familia ante los tribunales, inclusive a no familiares, o sea personas que se acercaban a él a solicitarle protección, aquí el -

abogado solo se limita a asesorar, aconsejar, orientar, guiar a sus clientes y ademas los acompaña a las diligencias o actos -- procesales y habla por ellos.

El abogado patrono nunca puede actuar solo, siempre lo hara en presencia de la parte en sentido material, acompañandola, - asesorándola.

Por el contrario, la procuración es una participación de mayor intensidad, implica que no solo el abogado asesora, aconseja o acompaña a la parte sino que actúa por ella, es decir, esta funcionando como parte formal, está en rigor representado a - la parte y ademas actua por ella misma.

Sin embargo, al defensor, dentro del proceso penal es objeto de constantes especulaciones, pero desde el punto de vista - de "Representación", no es posible situarlo dentro de la institución del mandato civil, porque aunque ejerce sus funciones -- por disposición de la ley y por voluntad de la parte mandante, - no reúne los elementos característicos del mandato. La designación de defensor y los actos que los caracterizan se ciñen --- estrictamente a los actos procesales, en todos aspectos, estan regulados por la ley y no por el arbitrio de las partes.

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

El defensor es un asesor del inculcado, afirman algunos, - pero la institución misma se encarga de demostrar que sus acti-

vidades no se circunscriben a la consulta simple del inculcado, sino a la realización de un conjunto de actividades que no solo se refieren a él, sino también al Juez y al Ministerio Público.

El Defensor tiene deberes y derechos que hacer cumplir dentro del proceso, de tal manera que, otorgarle el carácter de mero asesor o representante del inculcado no destruiría su esencia, misma que no la limita sino que otorga una calidad "poliedrica", que otros autores manifiestan, esto es, que no solo el abogado defensor asesora ni representa, también actúa y más aún sin la voluntad del inculcado, ya que es un técnico del derecho que lo sabe aplicar en cada momento procesal.

El maestro Guillermo Collin Sánchez, nos dice que la personalidad del Defensor en el Derecho Mexicano es clara y definida, si bien es cierto que está bien ligado al procesado, en cuanto a los actos que deberá realizar, también lo es, que actúa como un "Simple Representante de este. Su presencia en el proceso y los actos que en el mismo desarrolla, obedecen, en todo, al principio de legalidad que gobierna el proceso penal mexicano y su carácter acusatorio es el que destacan en forma principal, la acusación, la defensa y la decisión.

El Defensor, como ya lo hicimos notar, colabora con la administración de la justicia, en sentido amplio; en sentido estricto sus actos se contienen únicamente al consejo técnico o al simple asesoramiento del procesado, pues es claro, como señala Francisco Sodi que, "obra por cuenta propia y siempre en interés de su defensa", de tal manera que es un sujeto integrante de la relación procesal.

La institución de la defensa no solo opera dentro del proceso penal, sino también en el proceso civil. La figura del defensor contrasta notablemente, así lo considera la doctrina moderna, partiendo ello de la naturaleza y fines del proceso civil, e indica que la comparecencia del demandado no constituye una obligación, sino una oportunidad que la ley otorga para que comparezca a juicio a defenderse, valiéndose para esos fines de un técnico del derecho, en consecuencia, más que un defensor, tiene el carácter de un "asesor", esto en materia civil, donde efectivamente es su función.

En materia penal, la situación es distinta, ya que aquí sí puede hablarse de defensa porque en él encuentra plena vigencia porque es obligatorio.

En el mismo sentido el maestro Horja Soriano emite su opinión: "La defensa no se asemeja, en general a una representación del inculcado en el proceso civil, sobre todo en la comunicación procesal oral, el defensor comparece al lado del inculcado, quien se limita por tener un defensor, ni esta en condiciones por el consentimiento del defensor, ni desvirtuada por su oposición.

Leones, nos dice lo siguiente: "El derecho a la defensa se desdobra en dos aspectos: los que Manzini denomina Defensa Material, o sea la defensa actuada por el imputado mismo, y Defensa Formal (técnica) actuada por el defensor del presunto responsable.

El derecho a la defensa, es un derecho subjetivo público y debe atenderse en la más absoluta libertad de ejercicio. El defensor del imputado tiene derecho a los experimentos judiciales --

las, a las pesquisas domiciliarias y a los reconocimientos, y mientras asiste a tales actos puede presentar al Juez -- instancias y hacer observaciones y reservas de las cuales puede hacerse mención en las actas. (29).

Es cuanto que al defensor se le considere como un simple asesor, que esta destinado a prestar asistencia técnica a su defenso, y aconsejarlo en aquellos puntos que por su conocimiento de la ley reclame su intervención, vemos que tan estrecho concepto le quita vigor a sus funciones, convirtiéndolo así en un órgano de consulta en lugar que se le considere un celoso vigilante en el cuidado de sus intereses que tiene en sus manos al actuar en un proceso penal de vital importancia para su defensor.

Tampoco es posible reclamar imparcialidad en el defensor, ya que esto sería una restricción en el ejercicio de sus funciones, por lo que se refiere a los intereses que se le encomiendan al verificar estos de obtención, peticiones y proposiciones de prueba, lo que respería con el principio de la contradicción procesal que se reconoce en el desarrollo del proceso moderno.

En el estudio del presente capítulo nos encontramos en presencia de una serie de tentativas encaminadas a definir jurídicamente la actividad y naturaleza del defensor en nuestro derecho y creemos que es un disputadísimo problema en el que tratamos de esclarecer la posición del defensor dentro del proceso penal.

El defensor es asesor del acusado en cuanto que lo aconseja

ja, con base en sus conocimientos técnicos y su experiencia informándola sobre las normas sustanciales, así mismo esta asistencia implica la vigilancia del abogado interviniente en los diversos actos, verificando el cumplimiento de los términos y manifestando una atención constante hacia el curso del proceso. Por último, esta función se completa con la presencia del abogado en todos aquellos actos que con la declaración indagatoria exigen la presencia y comparecencia personal del imputado.

Ademas el defensor es representante substituto procesal -- del acusado porque actúa por sí solo, y sin la presencia de éste en un gran número de actos procesales como ofrecimientos de prueba, interposición de recursos, conclusiones, demanda de amparo y otros mas.

A medida de que el proceso penal alcanza mayores niveles técnicos, aumenta la intervención del defensor y disminuye la del procesado. Es por ello que manifestamos que el defensor del inculpado se ha convertido en el substituto procesal del acusado. (30)

Por lo que Guarneri afirma que: "poliedrica", y unas veces se presenta como representante, otras como asistente, y finalmente como substituto procesal. (31)

c).- COMO AUXILIAR EN LA ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA.

En nuestra doctrina moderna tambien hay quien considera al defensor dentro del proceso penal como un organo de administración de justicia; pero si tuviera este carácter estaria obliga-

(30) Jesus Tamora Pizarro. Garantías y Proceso Penal. Editorial-Porrúa. México. Pág.

(31) Guarneri José. Las Partes en el Proceso Penal. Editorial -- Cajica, Puebla, 1932, Págs. 336 a 338.

do a raspar con el secreto profesional y comunicar a los jueces todos los informes confidenciales que hubiésemos recibido del inculcado y rompiendo así la esencia misma del Defensor, mismo -- éste , obligado a utilizar todos los medios legales para efectuar una buena defensas.

Sin embargo, ésta idea de Auxiliar de la Administración de Justicia, fué imperante en algunos países de tipo totalitario, ya que aquí el abogado defensor era considerado como auxiliar de la administración de la justicia y por tanto no debería asumir la defensa de individuos evidentemente culpables de delitos repugnantes o gravemente peligrosos para el orden social y político del Estado (Italia, 1929).

En Alemania, el abogado defensor era concebido, en primer término como mandatario de la comunidad, y solo en segundo término, como mandatario de su cliente. Aquí se observa una separación de los principios jurídicos, ya que si bien es cierto que el defensor tiene la misión de defender al inculcado, no debe perder de vista la obligación preferente que tiene con el Führer por encima de todo interés de orden personal, esta obligado a comunicar todos los secretos que le han sido conferidos.

Estas ideas tienen por objeto robustecer la tiranía de los países totalitarios, además, consideramos que por abominable -- que sea el criminal y el delito cometido, siempre debe contar con el asesoramiento y protección de las leyes y con una amplia preparación de su defensa ya que solo motivos de ética profesional pueden impulsar a un abogado a declinar la defensa que se le encomienda ya que su deber es defender los intereses que -- tiene a su lado.

En México en donde única y exclusivamente corresponde a las autoridades judiciales declarar en forma y términos que las leyes establecen cuando un hecho es o no delito, sería contrario a los principios de derecho dejar desamparado al criminal -- solo por la consideración de que, para los funcionarios del Estado, el delito resulte abominable y repugnante.

La Defensa es indispensable para determinar la relación de causalidad y la imputabilidad del caso porque de otra manera no podría mantenerse un justo equilibrio de las partes en el proceso. Ahora bien, creemos que desde el punto de vista general, si la asistencia jurídica del defensor consiste en la aportación de pruebas y la interposición de recursos procedentes, entonces sí es auxiliar en la Administración de justicia al abogado.

Clarín Olmedo sitúa al Defensor dentro de lo que él llama -- colaboradores del proceso: "Al lado y en representación, según el caso, de los sujetos privados del proceso, sean principales o secundarios, en general actúan los defensores y mandatarios: -- de igual forma Frosali, incluye al defensor dentro de los auxiliares intervinientes en el proceso.

Pero el defensor en México tiene una naturaleza distinta a los puntos anteriormente analizados por la doctrina, ya que entre nosotros, el maestro Franco Sodi estima que el Defensor tiene propia personalidad ya que no es un simple representante al consejero, sino que obra por cuenta propia y en interés del defensor; bajo el artículo 20 Constitucional, González Bustamante -- recuerda que al amparo de los códigos de 1888, 1894 la relación del inculcado y defensor era de mandato, hoy día el Defensor -- tiene una posición SUI GENERIS, ya que su voluntad ha de preva-

lecer en beneficio del inculpado, no es mandatario ni asesor, - ni órgano de la administración de la justicia. (32)

Nosotros creemos que la posición del Defensor en nuestro - derecho es SUI GENERIS, que no es mandatario, ni asesor, ni --- auxiliar. Si el procedimiento penal mexicano consagra la suplen- cia de agravios en el recurso de apelación, cuando por torpeta- del defensor no hubieran sido presentados, de manera que los -- tribunales de segunda instancia los haga valer de oficio, con - abundancia de razones, debe decirse en casos de positiva inde- fensión, que ha de prevalecer la voluntad del defensor penal ag- bre al contrario sostenga su cliente, porque es racional pensar que el defensor está capacitado en mayor grado por sus conoci- mientos técnicos para resolver lo que más le conviene a su de- fensa en el curso del proceso y para poder probar, por todos -- los medios legales que tenga a su alcance su inocencia.

Por lo que concluimos que la actividad del defensor es de carácter "POLIÉTRICA", porque actúa de distinta forma conforme avanza el proceso a tal grado que aumenta su intervención y di- minuye la del inculpado, es por tanto su actividad SUI GENERIS.

(32) García Ramírez Sergio. Ob. Cit. págs. 314 316

CAPITULO TERCERO

LA AVERIGUACION PREVIA.

Al examinar la historia procesal mexicana, se advierte una tendencia a transformar la estructura del juez como parte acusadora, en juez imparcial.

El maestro Humberto Briseño Sierra nos explica que la doctrina consideraba que el juez se habia convertido en Arbitro -- único del destino del inculpado. Así mismo, al lado de esta posición suprema del juez, aparecian las prisiones indefinidas, - los interrogatorios secretos y con proyección hacia el tormento

Pero el Derecho Público tuvo su evolución y despeque en el siglo XVIII, imbuido de tres directrices fundamentales, que son "aplicación de la razón, de la tolerancia y del humanitarismo".

Junto a la evolución del derecho penal, también se desarrollaron estudios sociológicos, biológicos y antropológicos; buscando en ello la intersección del fenómeno patológico de la delincuencia con el grado cultural. Todo ello explica la desaparición tanto del procedimiento coactivo cristalizado en tormentos ademas de que se elevó a rango constitucional un conjunto de -- preceptos que integran los derechos del hombre y del ciudadano.

Posteriormente, en 1869, se estableció en el Distrito Federal el juicio por jurados , propuesto con ello eliminar la -- investigación secreta y se expidió el primer código de instrucción criminal que implanto tres importantes condiciones: "Los debates, la oralidad y la publicidad".

Como antecedente del México independiente y durante la época en que el procedimiento siguió siendo secreto y escrito, con -- el juez unico que sus decisiones en las leyes de las partidas--

fundaba, las leyes de indias y la novísima recopilación, debe mencionarse también las leyes de 4 de septiembre de 1824, la de 16 de mayo de 1831, 21 de mayo de 1837 y la de 18 de marzo de 1840.

El 5 de enero de 1857 se expidió la ley para juzgar a los homicidas, heridos y vagos. Mas tarde se creó una ley para el Distrito Federal que se ocupó del procedimiento civil, reglamentó en su artículo 179 las visitas a las cárceles. Durante toda esta época prevaleció la legislación española que iba siendo -- conformada por todas las disposiciones citadas para casos especiales, por tanto, es el código de 1880 y el primero que en materia procesal penal tendió hacia la oralidad y publicidad, directrices que fueron respetadas en el código de 1894, derogado por el de 1929, el cual fué abrogado por el vigente, o sea el de 26 de agosto de 1931.(13)

La averiguación previa es la primera parte del procedimiento penal, vendrá luego en el proceso del conocimiento, la instrucción y el juicio, y finalmente la ejecución de la pena. Esta etapa, especie de instrucción administrativa, procura el esclarecimiento de los hechos *corpus-criminis* y de la participación en el delito, o sea la probable responsabilidad.

Dicha etapa comienza con la noticia obtenida mediante la denuncia, la querrela o acusación y culmina con el ejercicio de la acción penal o la resolución de archivo por parte del Ministerio Público Investigador.

(13) Briseño Sierra Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano. Editorial Trillas, Primera Impresión, México 1962, págs. 128 y 129.

Al respecto, la Doctrina afirma que la Averiguación Previa con miras específicas a los fines del proceso, se conforma con dejar plenamente comprobado el cuerpo del delito y aportar indicios para presumir fundamentalmente que el acusado es probable-responsable de la acción u omisión ilícita que originó el ejercicio de la acción penal.

Otros autores consideran que la Averiguación Previa, tal y como esta concebida, tiene todas las características del procedimiento inquisitorio, pues es secreto, escrito, unilateral, no contradictorio, además, sin derecho real a la Defensa, ni mucho menos de la intervención del defensor que practique el funcionario encargado de ellas,, con incomunicación parcial de los detenidos hacia el exterior, además de sus métodos de investigación siguen siendo los preteritos ya que la ciencia de la criminología a lo largo de la historia no ha podido descubrir otras, ya que como nos dice el maestro Brisaño Sierra que al examinar la historia procesal mexicana se advierte una tendencia a transformar la estructura del juez como parte acusadora en juez imparcial.

La Averiguación Previa desarrollada en sede administrativa ante el Ministerio Público Investigador, es como ya dijimos, la primera parte del procedimiento penal, con ella se abre, pues, el trámite procesal que en su hora, desembocará, llegado el caso, en sentencia firme dictada.

Pero para que la Averiguación Previa arranque es menester que satisfaga los llamados "requisitos de procedibilidad", que serán estudiados por separado, entendidos éstos como las condiciones que es preciso llenar para que se inicie jurídicamente -

el procedimiento penal.

Sobre esta materia, es determinante el imperio del artículo 16 Constitucional, que habla de Denuncia, Acusación y Querrela, aunque respecto de éste último, la corriente más definida estima que al amparo de esta norma, las voces de acusación y querrela son sinónimos, ambas a título de requisitos de procedibilidad y con apego a tal mandato han quedado proscritas en nuestro derecho las delaciones secretas y anónimas y las pesquisas general y particular, aunque éste es cuestionable.

CONCEPTO.

En relación al concepto de Averiguación Previa daremos un panorama muy general, ya que son varios los autores citados, -- así tenemos que el maestro Augusto Osorio y Nieto la define como: "La etapa procedimental durante la cual el Órgano Investigador realiza todas aquellas diligencias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, así como optar por el ejercicio de la acción penal o bien, abstenerse de ella".(14)

El maestro Juan José González Bustamante al referirse a la Averiguación Previa nos dice: "Es una fase del procedimiento, -- llamada también fase proprocesal, que tiene por objeto, investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público esté en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal". Y nos sigue diciendo, "es en otros términos, el medio preparatorio al ejercicio de la acción penal", en

(14) Osorio y Nieto Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Edit. Porrúa, S.A., Segunda Edición, México, 1983, pág. 21

esta fase, como la llama el autor citado, el Ministerio Público como jefe de la policía judicial recibe las denuncias o querrelas de los particulares o de cualquier autoridad sobre hechos que estén determinados por la ley como delitos. práctica las primeras diligencias, asegura los objetos e instrumentos del delito, así como las huellas o vestigios que haya dejado su perpetración, y busca la posible responsabilidad penal de quienes hubiesen intervenido en la comisión. Recuerdos que el código penal consagra la teoría de corresponsabilidad delictiva, estableciendo que son responsables, "todas las que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito o presten auxilio o cooperación de cualquier especie o bien inducen directamente a alguno a cometerlo".

Dicho autor hace una observación respecto del inicio y término de esta etapa preprocesal al decir que existe una corriente de opiniones que consideran que el período de Averiguación comprende no solamente las diligencias que se practiquen en la preparación del ejercicio de la acción penal, sino que se prolongan hasta el pronunciamiento del auto de formal prisión.

Los sustentadores de esta opinión se apoyan en que la jurisprudencia ha establecido que el proceso se inicia con el mandamiento de formal prisión y en que el artículo 19 Constitucional, al hablar de que todo proceso debe seguirse forzosamente, por el delito expresado en dicho mandamiento, da a entender en forma tácita de que el proceso debe considerarse que inicia con el auto de formal prisión.

Sin embargo, creo que esto no es exacto, ya que en mi opinión la Averiguación concluye cuando el Ministerio Público re-

suelve ejercitar la acción penal por haberse satisfecho los requisitos que menciona nuestro artículo 16 constitucional y consigna las diligencias a los tribunales reclamando la intervención del juez.

Seguindo con los conceptos, tenemos que el licenciado Sergio García Ramírez define a la Averiguación Previa como "Una especie de instrucción administrativa, procura el esclarecimiento de los hechos corpus criminis y de participación en el delito, así como la probable responsabilidad". Se desarrolla ante la autoridad del Ministerio Público Investigador, que posteriormente pasa a ser perseguidor de los delitos y forma parte del procedimiento penal a seguir.

También la designa como la primera fase del procedimiento penal mexicano, con ella se abre el trámite procesal, que en su hora desembocara en sentencia firme.(135)

"Fase preparatoria de la acción penal; es como la designa el maestro Guillermo Colla Sánchez, mismo que nos da el siguiente concepto de Averiguación Previa: "Es la preparación del ejercicio de la acción penal", se realiza en la averiguación previa etapa procedimental en la que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercer la acción penal, debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.(136)

Los preceptos que regulan esta etapa son el artículo 16 ---

[35] García Ramírez Sergio, Ob. Cit. pág. 136

[36] Colla Sánchez Guillermo. Ob. Cit. págs. 211 a 235

constitucional, lo., fracción Ia., del Código de Procedimientos Penales en materia federal y 3o., fracción I, así como el 94 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 16 constitucional, para la válida promoción del ejercicio de la acción penal deberán darse los siguientes requisitos: "la comisión u omisión de un hecho reputado por la ley como delito, que tal hecho lo haya realizado una persona física, que se haya dado consentimiento legítimo del ofendido a su representante, si el delito se persigue de parte agraviada, que lo dicho por el denunciante o querrelante esté apoyado por persona digna de fe y de crédito o por otros elementos de prueba que hagan presumir la responsabilidad del inculpado".

El estudio de la Averiguación Previa abarca: La Denuncia, los requisitos de procedibilidad (querrela, autorización), la función de policía judicial en sus diversas modalidades y la consignación.

Cesar Augusto Geornio y Nieto define a la Averiguación Previa como la 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 así mismo optar por el ejercicio de la acción penal o bien, abstenerse de ella. En nuestro régimen procesal es muy relevante la importancia de la averiguación previa, ya que de ella dependerá el ejercicio de la acción penal, que es también el primer requisito indispensable para iniciar el procedimiento a que hace referencia el artículo 14 de nuestra Constitución.

Como se puede observar, de los conceptos vertidos con anterioridad, se desprende que para ejercer la acción penal es indispensable la figura del Ministerio Público Investigador, que entraña una labor de búsqueda constante de las pruebas que acrediten la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participen.

Durante esta actividad, el órgano que la realiza trata de proveerse de las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos y poder estar en aptitud de comparecer ante los tribunales competentes y pedir la aplicación de la ley al hecho delictuoso.

La actividad investigadora es presupuesto forzoso y necesario para el ejercicio de la acción penal, es decir, de exitar a los tribunales a la aplicación de la ley en los casos concretos.

Al respecto de la función investigadora, el maestro Manuel Rivera Silva nos dice que existen tres principios que rigen el desarrollo de la actividad investigadora, que son: Principio de requisito de iniciación, mismos que están establecidos por la ley (acusación, denuncia y querrela); Principio de oficiosidad, esto es, por el órgano Investigador, no se necesita la solicitud de parte, inclusive por los delitos que se persiguen por querrela necesaria. Iniciada la investigación por el Ministerio Público, oficiosamente, lleva a cabo la búsqueda que mencionamos anteriormente; Principio de legalidad, al bien es cierto que el Órgano Investigador, de oficio practica su investigación y averiguación, también es que no queda a su arbitrio la forma de llevar a cabo dicha investigación.

Hemos visto, pues, que para que proceda el ejercicio de la

acción penal deben de reunirse una serie de requisitos de procedibilidad, mismos que alude nuestro artículo 16 constitucional, mismos que aceptan lo autores citados con anterioridad al definir lo que debe entenderse como Averiguación Previa, que son: - La Denuncia, Acusación y Querrela, elementos esenciales que hacen posible la función investigadora del Ministerio Público para ejercer o no la acción penal, requisitos éstos que serán materia de estudio por separado en el presente trabajo de investigación.

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

Los requisitos de procedibilidad son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercer la acción penal contra el probable responsable de la conducta típica.

Recordemos que la iniciación de la función persecutoria no queda al arbitrio del Órgano Investigador, sino que para iniciar una investigación, es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos legales de iniciación.

Estos requisitos son: La presentación de la Denuncia o Querrela desterrando con ellos en nuestro derecho, instituciones jurídicas como las pesquisas, particular y general, la delación anónima y secreta. Es decir, el legislador prohibió las indagaciones sobre una probable actitud o acto delictivo sobre una persona determinada, indagación que constituye la pesquisa particular y general, también prohibió la averiguación nacida de un documento anónimo por el que se denunciaba un delito, o de un documento donde se exigía reserva absoluta sobre la persona que hacía la denuncia, éstos sistemas de averiguación fueron condenados por el legislador al considerar que con ellos se lesionaban las garantías del individuo y de los ciudadanos.

Así pues, en la actualidad y como lo señala el artículo 16 constitucional, como instituciones que permiten el conocimiento y la investigación del delito, son aceptados: "La Denuncia, la querrela y la acusación, siendo de advertir que el propio artículo no establece tres instituciones diferentes, a saber: denuncia, querrela y acusación.

Querrelia o acusación son términos que el legislador usa como sinónimos. Pasemos ahora a dar algunos conceptos así como la naturaleza jurídica de cada uno de los "requisitos de Procedibilidad" que acepta nuestra constitución.

a).- DENUNCIA

El maestro Manuel Rivera Silva la define como "una relación de actos, que se supone delictuosa, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos". Además dice, que esta definición desprende los siguientes elementos: Una relación de actos que estiman delictuosos: - hecha ante el Organismo Investigador; y hecha por cualquier persona, elementos que ahora explicaremos de la siguiente manera: ---

- 1.- La Relación de actos, consiste en un simple exponer lo que ha ocurrido. Esta exposición no solicita la presencia de la queja, o sea, del deseo de que se persiga al autor de esos actos y pueda hacerse en una forma oral o bien, escrita.
- 2.- La relación de actos debe hacerse ante el Organismo Investigador teniéndose por objeto la denuncia que el representante social del quebranto sufrido por la sociedad, con la comisión del delito, por eso es obvio que la relación de actos debe ser llevada ante el propio Representante Social. La Ley Orgánica de la Procuraduría -- General de Justicia del Distrito Federal registra la posibilidad de que en casos urgentes la policía judicial podrá recibir la denuncia, dando cuenta de inmediato al Ministerio Público no quebrantando el elemento que estamos estudiando, o sea que la denuncia sea hecha ante el organismo investigador, pues la policía judicial, que depende del Ministerio Público, únicamente es receptor de la denuncia.

3.- Hecha por cualquier persona; Franco Sodi manifiesta -- que debe hacerla un particular, eliminando así la posibilidad -- de que las autoridades la presenten, pero esto en nada quebranta la esencia del instituto de la denuncia el que sea una autoridad quien la presente. (37)

Cesar Augusto Gornio y Nieto considera a la acusación como: "la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio -- Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio".

Bartoliso Ferro la define como, "la manifestación de voluntad por la cual una persona lleva a conocimiento de la autoridad competente para recibir la noticia de un delito perseguible de oficio". (38)

Para que los delitos no queden impunes tratándose de los -- que se persiguen de oficio, la ley concede facultades para denunciarlos, no solo a los ofendidos, sino a cualquier persona -- que tenga conocimiento de que se ha cometido o que se pretende cometer un hecho delictuoso, ante la autoridad, facultad que en contrario, se le niega a un apoderado jurídico, quien solo la -- tiene para delitos que se persiguen por querrela cuando tenga -- poder con cláusula especial o instrucciones concretas de sus -- mandantes, en su caso.

El Código Procesal de la materia dispone que las denuncias -- y las querrelas pueden formularse verbalmente o por escrito -- (art. 279). En el primer caso, se hará constar en acta que la --

(37) Rivera Silva Manuel. Ob. Cit. Pág. 111

(38) Ferro Bartoliso. El Proceso Penal y los actos jurídicos Procesales. Tomo II, 2ª Ed. pág. 67

vastará el funcionario en turno. En el segundo caso, deberá --
contener la firma o huella digital del que la presenta, así co-
mo se domicilio.

El maestro Guillermo Collin Sánchez nos manifiesta que den-
tro del ámbito del derecho de procedimientos penales, es impor-
tante distinguir la denuncia como medio informativo y como re-
quisito de procedibilidad.

Como medio informativo, es utilizada para hacer del conoci-
miento del Ministerio Público lo que sabe acerca del delito, ya
sea que el propio portador de la noticia sea el afectado, o ---
bien que el ofendido sea un tercero. De tal consideración se --
concluye que la denuncia la puede presentar cualquier persona -
en cumplimiento de un deber impuesto por la ley. Denunciar los-
delitos es de origen general ya que, al quebrantarse el ordena-
miento jurídico surge un sentimiento de repulsión hacia el in-
fractor.

- En nuestro medio, atendiendo al contenido del artículo 16-
constitucional, advertimos que el legislador incluye la palabra
denuncia (entre otros elementos para poder dictar órdenes de ---
aprehensión) y no se entiende el alcance de dicha palabra y, a] l
gunos la consideran como condición para que el Ministerio Públi-
co se avoque a sus funciones características de la averiguación
previa.

Sin duda alguna creemos que el legislador de 1977, instituy-
ó la denuncia como condición de procedibilidad a cargo --
del Ministerio Público. Alude a la instancia necesaria para que
el órgano jurisdiccional pueda avocarse a la instrucción del --
proceso, pues no es posible olvidar que el juez no puede proce-

dar de oficio, por ende, el Ministerio Público al ejercitar la acción penal esta denunciando los hechos ante el juez, funcionario que en otras condiciones no podría objetivizar su potestad característica.

Garrud dice: "La denuncia es la declaración hecha a la autoridad competente en el sentido de que se ha perpetrado una infracción a la ley penal", por su parte Mazzini la define como "la denuncia facultativa, o denuncia en estricto sentido, como el acto formal de un sujeto obligado a cumplirlo, con el que se lleva a conocimiento de la autoridad competente la noticia de un delito perseguible de oficio".

Sergio Garcia Ramirez nos dice que: "la denuncia constituye una participación de conocimiento, hecha a la autoridad competente, sobre la comisión de un delito perseguible de oficio". Por lo que hace al régimen potestativo de la denuncia, nos resta decir que ésta puede presentarse verbalmente o por escrito, nos dice que en el primer caso se incorporara a el acto de la policía judicial y en el segundo, deberá contener la firma o huella digital y el domicilio del denunciante, a quien se citará para que ratifique o proporcione datos que sobre el particular se le solicitan. (39)

El maestro Carlos M. Gronox Santana, define a la denuncia como "la relación de hechos que se consideren delictuosos ante el Organó Investigador quien es el que inicia lo que se conoce como averiguación previa". De donde señala que de la denuncia =

(39) Garcia Ramirez Sergio, Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 1974, págs. 336 y 337

se desprenden los siguientes elementos:

- 1.- Una narración de hechos presumiblemente delictivos.
- 2.- Ante el Organismo Investigador.
- 3.- Hecha por cualquier persona.

El primer elemento consiste en exponer en forma sencilla - los hechos que se consideran delictivos y que integran la posible comisión de un delito. El segundo elemento es que debe hacerse precisamente ante el Organismo Investigador ya que a éste se le encomienda la investigación de los delitos; y el tercer elemento es que sea hecha tal narración por cualquier individuo, - testigo o no de los hechos.(40)

b).- QUERRELLA

De los requisitos de procedibilidad, la querrela es uno de los mas sugestivos, esto por la diversidad de problemas que da en la práctica, como ahora lo veremos.

Guillermo Colín Sánchez la define como: "un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su ausencia para que sea perseguido".

La doctrina contemporánea mas connotada sitúa a la querrela dentro del campo del Derecho de Procedimientos Penales, cogiéndola como una "condición de procedibilidad".

En nuestro medio, Ignacio Villalobos, González Bustamante, Franco S., Rivera Silva así lo afirman, no puede ser en otra forma, porque concebida como un derecho potestativo que tiene - el ofendido por el delito para hacerlo del conocimiento de las-

(40) GONZÁLEZ SANTANA CARLOS M. Manual de Derecho Procesal Penal. Edit. Porrúa Séptima Edición, México 1970, págs. 64, 65 y 66

autoridades, la actuación del engranaje judicial esta condicionado a esta manifestación de voluntad del particular, sin el -- cual no es posible proceder, de ahí que la querrela la entendamos como un requisito de procedibilidad.

Este requisito, al igual que los demás, necesita de una -- formulación legal, y deberá satisfacer lo ordenado por los códigos de la materia, así tenemos que para presentar la querrela - debe ser:

1.- El ofendido (art. 115 del Código Federal de Procedi--- mientos Penales, y 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

2.- Su Representante Legítimo.

3.- El Apoderado, que tenga poder para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o - ratificación de Consejo de administración o Asamblea de Socios-Accionistas ni poder especial para el caso concreto.

La Querrela contendrá: Una relación verbal o por escrito de los hechos y: Ser ratificada por quien la presente ante la autoridad competente.

Según el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, estará válidamente formulada, cuando sea presentada por la parte ofendida, esto independientemente - de quea menor de edad.

Si la querrela es presentada por los legítimos representan -- tes será válida, porque la ley procesal de la materia lo permite: "espero, para las querrelas presentadas por personas físicas será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de rapto estupro, adulterio, en donde se tendrá únicamente formulada ---

por las personas a que se refiere la parte final del párrafo - de éste artículo 164 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.(41)

En nuestro medio, el menor es titular del derecho, esto es que puede querrellarse por sí mismo, no obstante, pueden hacerlo otras personas a su nombre, pero siempre y cuando no haya oposición de éstos menores.

El Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 139 permite la presentación de las querrelas por medio de apoderado, siempre y cuando éste tenga poder con cláusula especial o instrucciones concretas para el caso.

No obstante que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el Federal, facultan al menor para querrellarse, el Código Penal para el Distrito Federal, establece --- excepciones, por ejemplo el artículo 263 indica, "no se procederá contra el estuprador sino por queja de la mujer ofendida o de sus padres, o falta de éstos por sus representantes legítimos"... "no se procederá contra el raptor, sino por queja de la mujer ofendida o por su marido, si fuere casado, pero si la raptada fuera menor de edad, por queja de quien ejerza la patria - potestad o la tutela, o en su defecto, de la misma menor", artículo 271.

Interpuesta la querrela, el representante del menor ofendido seguirá realizando los actos de representación durante la -- secuela de la averiguación previa, y después a través del proceso. En éste último solamente como coadyuvante del Ministerio --

(41) Colin Sánchez Guillermo. Ob. Cit. págs. 243 y 244

Público, independientemente de que también pueda otorgar el --
perdón al ofensor en el estado en que se encuentre el proceso, --
siempre y cuando no se hayan formulado conclusiones por el Mi--
nisterio Público o interponga el recurso de apelación. (42)

Por lo que se refiere a la persona moral, cuya naturaleza--
es distinta a la persona física, ésta puede ejercer sus dere--
chos por sí misma; en cambio la primera lo hace por medio de --
apoderado y en los términos señalados por el artículo 264 del --
Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Es suficiente un poder general para pleitos y cobranzas, --
con cláusula especial que se refiere a las facultades que para--
presentar querrelas se le conceden.

En cuanto a la extinción de la querrela, tenemos que se --
extingue por muerte del agraviado; por perdón; por muerte del --
responsable y por prescripción. (artículo 91 del Código Penal).

Entre los requisitos de procedibilidad, el autor en cita, --
también menciona la excitativa y la autorización; definiendo a --
la primera como 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 (art. 169, fracción II del Código Penal --
para el Distrito Federal). (43)

La autorización es la ausencia manifestada por organismos o au--
toridades competentes, en los casos expresamente previstos por--
la ley, para la prosecución de la acción penal atendiendo a --

(42) Colla Sanchez Guillermo. Ob. cit. pág. 245

(43) Idem. Ob. cit. págs. 253 y 254.

la cualidad o especial situación del sujeto activo del delito, es necesario llenar este requisito para proceder en su contra, pero es evidente que no lo será para que se inicie la preparación de la acción penal, aunque sí para perseguirla; 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, etc.,

Pero siguiendo con las distintas definiciones del requisito de procedibilidad en estudio, tenemos que el maestro Carlos M. Orcoz Santana define a la querrela como "la narración de actos presumiblemente delictivos hechos por la parte ofendida ante el órgano investigador con el fin de que se castigue al autor de los mismos".

De lo anterior sacan los siguientes elementos a saber:

- 1.- Una narración de hechos presumiblemente delictivos
- 2.- Realizada por la persona ofendida
- 3.- Ante el Órgano Investigador
- 4.- Que se manifieste el interés del ofendido de que se castigue al autor de los hechos.

En cuanto al primer elemento diremos que es la narración de los hechos que se presuman delictivos, ya que de otra manera no sería dentro de tal situación posible que el órgano investigador tuviera conocimiento de los mismos. Para que se de el segundo de los elementos se debe dar una narración por la persona ofendida en virtud de que ha considerado el legislador que existe una serie de delitos en donde la publicidad de los mismos, puede causar un daño mayor a los mismos, que la ocultación del mismo, por lo que se le concede la oportunidad de que-

los haga o no, según su criterio, del conocimiento del Ministerio Público, lo que significa que si son presentados por otra persona, no constituye querrela.

En caso de que el ofendido sea una persona moral, debe ser realizada tal narración de hechos por el representante o apoderado legal de la persona moral.

El tercer elemento se refiere a que la narración debe hacerse solamente ante el Órgano Investigador destinado a éste -- para la persecución de todos los delitos.

Por último debe hacerse presente el interés del sujeto pasivo de que se castigue al activo, por la comisión de los mismos. El artículo 263 del Código de Procedimientos Penales señala los delitos que pueden ser perseguidos a petición de parte ofendida. (44).

Como hemos visto, la querrela es una manifestación de voluntad para que se castigue a un sujeto que ha causado un perjuicio de persona alguna, dicha manifestación debe hacerse ante el órgano investigador y apoyarse de la manera en que indica el precepto para dichos casos, esto es, bajo protesta de persona digna de fe en su caso, y cuando haya averiguación de oficio, debe existir constancia de los datos que haga probable la responsabilidad, lo que se ha llamado como presunta responsabilidad del indiciado.

Por lo que hace a la jurisprudencia, ésta define a la querrela de una manera muy clara y ejemplificando nos dice: "cuando la ley exige querrela para la persecución de un delito, basta -

(44) Gómez Santana Carlos M. Ob. cit. pág. 64 y 67

para que aquella exista, que el ofendido concorra ante la autoridad competente, puntualizando los hechos en los que hace consistir el delito (tesis 241). No es necesario la expresa manifestación de querrela, sino que basta con exteriorizar, de poner en activo a la autoridad para la persecución de un hecho -- estimado delictuoso (Sexta época, segunda parte, Volumen XIV, - pág. 187 A.D. 1793/55, José Leonides delgadillo), la querrela - debe enderezarse concretamente en contra de persona determinada (Quinta época Tomo XII, pág. 664. Abusaid Juan).

En los delitos perseguibles por querrela, la ausencia de ésta, determina que ni el Ministerio Público puede ejercitar la acción penal, es preciso que ante el se formule la queja. (Quinta, época, Tomo XXVI, pág. 199, Rosa Becarril Bowulo).

Siguiendo con los comentarios que la jurisprudencia hace - respecto del elemento en estudio, tenemos que los artículos 284 y 286 del Código Fiscal de la federación no establece requisito alguno de procedibilidad para que el Ministerio Público federal ejercite la acción penal por contrabando. Las autoridades fiscales actúan como auxiliares de la Ploicia judicial, aquéllas sólo está reservada la facultad de declarar que el fisco sufrió - un perjuicio para hacer proceder la acción penal tratándose de defraudación fiscal; corresponde a la procuraduría fiscal de la federación formular dicha declaración. (Informe 1968 A.D.526/68, Ernesto de Jesús Alvarez). [45]

[45] García Ramírez Sergio. Ob. cit. pág. 341.

LOS FINES DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

La averiguación previa tiene como objeto principal y esencial el de preparar el ejercicio de la acción penal. Como hemos visto, aquí solo tiene intervención el Ministerio Público en su carácter de Órgano Investigador, dicha intervención inicia a -- partir de que éste tiene conocimiento, a través de la denuncia o la querrela, que como hemos visto son los requisitos de procedibilidad, de que se ha cometido o se pretende cometer un hecho que la ley penal sancione como delito; y termina cuando del resultado de la averiguación previa, se acreditan los elementos -- que permiten a ese Órgano legalmente ejercitar la acción penal ante la autoridad jurisdiccional, o de lo contrario, es decir, -- cuando resulta que de la averiguación previa no aparecen elementos para consignar entonces dicha averiguación se archiva o -- bien se reserva el trámite.

La Suprema Corte de Justicia sostiene el criterio que para que pueda dictarse una resolución del Órgano Investigador, es necesario que satisfaga los requisitos de fondo y forma que señala nuestra constitución.

Considerando que nuestra legislación se refiere a la integración y comprobación del cuerpo del delito, es al Ministerio Público a quien le corresponde esta actividad durante la Averiguación Previa y tiene su fundamento en imperativos de carácter legal, ya que los Códigos de Procedimientos Penales, para el -- Distrito Federal y el Federal indican que "cuando el delito de -- je vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o la policía Judicial lo harán constar en el acta que levanten, recojiendolas, si fuere posible".(artículo 94 --

del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

De lo anteriormente dicho se desprende que del conjunto de elementos probatorios que hayan logrado acumular durante la Averiguación Previa, dependerá que el Cuerpo del Delito quede comprobado o no.

La comprobación del Cuerpo del Delito es una función que corresponde al Órgano Investigador, en concordancia con lo establecido por el artículo 19 de nuestra Constitución, mismo que a la letra dice: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con auto de formal prisión, en el que se expresará, el delito que se le imputa al acusado, -- los elementos que constituyen aquel, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculcado". Esta comprobación estará a cargo, fundamentalmente del juez durante la etapa de instrucción y juicio. (46)

Pero a continuación analizaremos lo que son, tanto el Cuerpo del Delito, como la Probable Responsabilidad del inculcado, ya que como veremos en esta etapa de carácter pre-procesal, el Ministerio Público no valoriza tales elementos, únicamente los aporta, pero no sin ello dejar de ser un fin fundamental de la Averiguación Previa.

[46] Constitución Política. Ob. Cit. págs. 23 y 24

al.- COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO

Como hemos mencionado con anterioridad, la Averiguación -- Previa es considerada por algunos autores como una etapa preparatoria o como la primera fase del procedimiento penal, ahora -- bien, aquí haremos un breve análisis de lo que es el Cuerpo del Delito, como elemento indispensable que debe figurar dentro de la averiguación previa para que el órgano investigador esté en condiciones de ejercer la acción penal.

Debemos advertir que la comprobación del Cuerpo del delito constituye una valorización de las pruebas obtenidas al vencimiento del término constitucional y es, por lo mismo una facultad exclusivamente jurisdiccional.

La Policía Judicial y el Ministerio Público, en las diligencias que practican en el periodo de averiguación previa, que antecede a la consignación a los tribunales, solo aseguran la prueba, pero no la valorizan, y así, recogen los instrumentos u objetos con los que se perpetró el delito y describen las huellas o vestigios que hubiese dejado, es con el objeto de que el juez esté en condiciones de poder apreciar su valor probatorio.

En otros términos, el Ministerio Público y la Policía Judicial, solo aportan elementos de prueba que han de servir al juez para pronunciar su resolución.(47)

El Cuerpo del Delito en el procedimiento penal, está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales, que se contienen en la definición.

(47) González Bustamante Juan José, Ob. cit. pág. 165

Esta idea distingue el Cuerpo del Delito, del delito mismo. Erróneamente se ha considerado a el Cuerpo del Delito, el instrumento con que el delito se ha cometido o el que ha servido al delincuente para perpetrar, o las señales, huellas, o vestigios que el delito dejó, como lo sería el cadáver de quien -- fué asesinado, el arma con que se le hirió, la tenencia del ladrón de la cosa robada, el quebrantamiento de sellos, etc., que no son otra cosa que los efectos resolativos del delito o de -- los signos de haberse cometido.

El Cuerpo del Delito no está constituido por las lesiones, el -- puñal o la pistola, o el objeto robado, sino por la existencia -- material, la realidad misma del delito; de este modo, comprobar el Cuerpo del Delito es comprobar su materialidad.

La base de todo procedimiento del orden criminal, es la -- comprobación plena del cuerpo del delito con el objeto de evi -- tar de que personas inocentes se vean envueltas en investigacig nes por delitos que no han existido, causandolas con ello molestias.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado que por Cuerpo del Delito debe entenderse: "El conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal".

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 122 señala una regla genérica en atender -- los elementos materiales de la definición legal, aplicable para todos aquellos delitos que no tengan comprobación específica.

La comprobación del Cuerpo del Delito no solo es un requisito procesal para que pueda darse el auto de formal prisión. -

sino un imperativo que establece nuestra constitución.

El delito puede comprobarse por el empleo de pruebas directas o pruebas indirectas. Aquellas son las que no necesitan comprobación, porque llegan al conocimiento del juez o tribunal por la realidad misma. Por ejemplo, la inspección judicial. Los medios para la comprobación del cuerpo del delito son diferentes y dependen de la índole del delito y de los medios empleados para su comisión.

La prueba directa es objetiva porque nos lleva a la comprobación del hecho o circunstancia por la materialidad del acto, y es la que mas satisface porque llega al conocimiento de la autoridad por su propia percepción. En cambio las pruebas indirectas, son pruebas de confianza para el juez, atendiendo a la confianza que inspire el órgano o el medio de la prueba que la produce, como sería el testimonio de una persona, o bien un documento en que se hace constar un hecho.

Las leyes procesales en vigor establecen reglas genéricas y específicas para la comprobación del cuerpo del delito, mismas que a continuación veremos.

Reglas Genéricas.- Consiste en comprobar la existencia de su materialidad, separando los elementos materiales de los que lo son, en la definición contenida en cada tipo legal; por ejemplo, carecen de reglas especiales para su comprobación los delitos de amenazas, injurias, estupro, violación. Primero, debemos determinar como define la ley penal dichos delitos y en seguida entrar al análisis de la definición para ocuparnos solamente de los elementos materiales.

En las amenazas sería necesario comprobarlas por cualquier

tipo de prueba, como la confesión del inculpado, complementada por otras pruebas que la confirmen; por ejemplo la declaración de testigos que hubiesen oído proferir las frases amenazantes.- En las injurias se emplearía el mismo procedimiento, y en cuanto a los delitos de violación y estupro, por lo que se refiere al segundo, deberá comprobarse por prueba pericial la existencia de la cópula, por el examen médico que se haga a la estropeada y al estropeador, que el estupro se realice en una mujer y -- que ésta es menor de 18 años , más porque sin necesidad que lo establezca expresamente, se presume que la mujer de esa edad es casta y honesta.

Esta presunción, esta comprendida dentro de la presunciónes *juris tantum*; quien pretende comprobar que la ofendida, al realizar la cópula carnal, ya no era casta ni honesta debe probarlo en el proceso, pero de ningún modo debe dejarse a los jueces la carga de que comprueben el cuerpo del delito de estupro en función de que la castidad y la honestidad de la ofendida, al pronunciar el auto de formal prisión, porque equivaldría a dejar de cumplir con los fines que persigue el artículo 19 de la constitución: "el aseguramiento del presunto responsable.

Por lo que se refiere a la violación, debe comprobarse la existencia de la cópula, que ésta quedó en grado de tentativa o se causara en persona de cualquier sexo y que el agente del delito empleó para lograr su propósito la violencia física o moral sin la voluntad de la persona ofendida de tal manera que no hubiese podido resistir el ultraje.(48)

(48) *Idem*, pág. 144

Reglas especiales.- Los Códigos de Procedimientos penales establecen reglas especiales para la comprobación del cuerpo -- del delito . Así mismo, y para una mejor comprensión los clasificaremos en dos grupos, como lo hace el código penal del Distrito, dichos grupos son: "Delitos en contra de las personas en sus patrimonios", como el robo, el abuso de confianza, el fraude, el despojo de cosas muebles o de aguas y el daño en propiedad ajena, de los delitos mencionados solo existen reglas -- especiales para la comprobación de los cuerpos de los delitos -- de robo, abuso de confianza y fraude.

El cuerpo del delito de robo se comprueba por sus elementos materiales o por la confesión del inculcado. Si se trata de demostrar lo primero, debe demostrarse que alguien se ha apoderado de una cosa que se reputa como ajena, mueble y lo haya hecho sin derecho y sin consentimiento de la persona que podría -- disponer de ella conforme a la ley. Debe tenerse en cuenta de -- que el código penal dispone que se dará por consumado el delito de robo, desde el momento de que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aunque posteriormente la abandone o se desprenda de ella. Si no fuera posible comprobar el cuerpo del delito por sus elementos materiales, se comprobará por la confesión -- del inculcado.

El cuerpo de los delitos de fraude, abuso de confianza y -- peculado, se comprueban de la misma manera que hemos indicado -- para el robo, o sea, por los elementos materiales, y a falta de éstos, entónces por la confesión del presunto responsable.

Delitos contra la Vida y la integridad corporal.- De di-- chos delitos solo tienen reglas especiales para su comprobación

las lesiones, el homicidio, el aborto y el infanticidio, los de
mas se comprueban por la regla genérica de los elementos mate--
riales; desde el código de 1871, se consignó que bajo el nombre
de lesiones se comprenden no solamente las heridas, escoriaci--
nes, contusiones, fisuras, fracturas, dislocaciones y quemadu--
ras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que
deje huella en el cuerpo humano, cuyos efectos son producidos -
por una causa extraña . El cuerpo del delito de las lesiones --
puede apreciarse a simple vista, se comprueba con la fe judi--
cial de las mismas, que corresponde practicar al Ministerio Pú--
blico en las diligencias de averiguación previa, o al juez en -
su caso. En todo proceso, por lesiones, es indispensable contar
con dos certificados médicos; el comensente llamado probable, -
que se expide cuando el ofendido es reconocido en la sección mé--
dica de la delegación, y que esta sujeta a rectificaciones; y -
el certificado de sanidad o definitivo que se rinde durante el--
transcurso del proceso en el período de instrucción y que sirve--
al Ministerio Público para fundar sus conclusiones durante el -
juicio y para pedir al juez las sanciones que correspondan, ---
pudiendo así el juez emitir su fallo.(49)

Y así podríamos seguir analizando las reglas especiales de
los demás delitos, pero ahora no es el caso, ya que nos interesa
es, que como resultado de las investigaciones efectuadas por
el Organó Investigador, éste asegure los elementos necesarios -
para el ejercicio o no de la acción penal mediante el cuerpo --
del delito o la probable responsabilidad.

(49) González Bustamante Juan José, Ob. cit., pág. 167

bi.- LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

Tan importante a la luz de nuestro derecho como el corpus delicti es la idea de probable responsabilidad del inculgado, ya sejada por el artículo 16 como supuesto de orden de aprehensión, así como por el 19, ambos de nuestra constitución, siendo éste último elemento de fondo del auto de formal prisión, mismo que se deriva de lo actuado por el ministerio Público Investigador.

El maestro Sergio García Ramírez nos manifiesta, que no obstante la trascendencia de esta noción, las leyes no se han ocupado de perfilarla.

Es frecuente en la doctrina sostener que la idea de Probable Responsabilidad se ha elaborado a partir del artículo 13 -- del código penal. Así Borja Osorno, postula que hay responsabilidad presunta cuando existen hechos o circunstancias accesorias del delito y que permiten suponer fundamentalmente de que la persona de que se trata ha tomado participación en el delito ya concebándolo, preparándolo o ejecutándolo, ya prestando su cooperación de cualquier especie por acuerdo previo o posterior o ya induciendo a uno a cometerlo. En síntesis cabe decir que es responsable del delito, en los términos que ahora importan, desde un ángulo procesal, quien interviene en su comisión, bajo cualquiera de los títulos que prevé el artículo 13 del Código Penal. (50)

La Presunta Responsabilidad, como ya dijimos con anterioridad, es el otro elemento básico para determinar si se ejerce o.

(50) García Ramírez Sergio. Ob. Cit. pág. 165

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

no la acción penal, pero al respecto el código penal nada expresa, sino que únicamente señala qué personas son responsables de los delitos.

Al respecto Cuello Calón define a la Responsabilidad como "el deber jurídico en que se encuentra el sujeto imputable de dar cuenta a la sociedad del hecho punible".

Rivera Silva dice que la Responsabilidad es "la obligación que un individuo tiene y a quien le es imputable un hecho del que tiene que responder por haber actuado con culpabilidad y no existir causa legal que justifique su proceder o lo libere de la sanción.(51)

El maestro Cesar Augusto Gorno y Nieto da una definición muy clara de lo que es la Presunta Responsabilidad, misma en la que estamos de acuerdo, al mencionar que "por Presunta Responsabilidad se entiende la probabilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito y existirá cuando del -- cuadro procedimental se deriven elementos fundados para considerar que un individuo es probable sujeto activo de alguna forma de autoría, se requiere, para la existencia de la presunta responsabilidad indicios de responsabilidad, no la prueba plena de ella, pues tal certeza es materia de la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional que conoce del asunto en cuestión".

Debeos señalar además que la responsabilidad que se tiene para fundamentar esos autos es la "presunta", que ese carácter únicamente se desprende de los indicios o sospechas que arrojen los elementos que se hubiesen aportado durante la averiguación-

(51) Rivera Silva Manuel. Ob. cit. Pág. 161

previa, que los mismos hagan suponer fundamentalmente que el sujeto a quien se le atribuye el hecho delictuoso le sea imputable, y por lo mismo que deba responder precisamente él a juicio de la autoridad que lo dicta. Concluyendo el estudio de esta etapa pre-procesal como lo es la averiguación previa, estudiaremos a continuación las posibles resoluciones dictadas por el órgano investigador durante su actividad y en consecuencia éste debe esmerarse, en el curso de la averiguación previa y para los actos en que ésta desemboca, en comprobar el corpus delicti, que equivale a el conjunto de elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso. Esto abarca, pues, los generalmente llamados elementos objetivos o materiales, conforme a la descripción típica contenida en el código punitivo. Por lo que respecta al punto de referencia para afirmar o negar la responsabilidad presunta, el artículo 13 del código penal lista las diversas formas de participación delictuosa.

TERMINO DE ESTA ETAPA PREPROCESAL

Con posterioridad a que se hayan realizado las diligencias para la integración de la Averiguación Previa, deberá el Agente del Ministerio Público investigador dictar una resolución que -precise el trámite correspondiente o bien que decida la situación jurídica del individuo; pues bien, en el presente apartado se realizarán las resoluciones que emite el órgano investigador siendo éstas; la Consignación, Archivo y Reserva, pero debemos aclarar que éstas no son las únicas resoluciones, ya que como nos dice el maestro Rivera Silva, "otras soluciones inmediatas que el Ministerio Público puede llegar a dar antes de la acción penal son; Envío a masa de trámite del sector central; envío de la averiguación previa a Agencia Central; envío a otro departamento de averiguaciones previas o a otra agencia; envío por incompetencia al Consejo Tutelar para menores infractores en el Distrito Federal, pero como estas resoluciones son de carácter eminentemente administrativo, es decir, se realizan con la intención de que sea mas práctico o con mayor rapidez la acción penal, si procede, motivo por el cual no ahondamos ni las consideramos sujetas a comentario alguno. Pero pasémos a considerar lo concretamente establecido en el presente inciso, es decir, la Consignación, Archivo y Reserva, conclusiones a las que puede llegar el Ministerio Público investigador, poniendo fin a esta etapa preprocesal.

La actividad que el Ministerio Público realiza durante la averiguación previa, nos dice el maestro Sergio Garcia Ramírez, puede llegar a dos conclusiones finales de decisiva importancia

para la marcha del procedimiento, a saber, la consignación o el ejercicio de la acción penal, o bien por contraste, el llamado-archivo, que en puridad, constituye un sobreseimiento administrativo, al que nuestro derecho califica también como resolución de no ejercicio de la acción penal.

En forma previa a cualquiera de estas dos determinaciones, puede aparecer la reserva, decisión que no tiene carácter conclusivo del procedimiento que se sigue ante el Ministerio Público. En seguida haremos un análisis particularizado de cada una de estas determinaciones a saber.

a) CONSIGNACION

La Jurisprudencia y la Doctrina dominante, se orientan en el sentido de que el ejercicio de la acción penal se inicia con el acto de la consignación, que requiere la satisfacción previa de los requisitos marcados por el artículo 16 de nuestra Constitución, precepto que sin embargo, no habla de consignación ni de acción penal, sino, solo en la porción que ahora nos interesa, de los supuestos de libramiento de la orden de aprehensión, sin embargo, García Ramírez manifiesta que esta interpretación es errónea, lleva a la consecuencia de que no se exija del consignante la comprobación del cuerpo del delito, sino que solo se reclame la probable responsabilidad del inculcado, noción a la que oportunamente aludimos, ahora bien, pensamos que la probable se refiere, por fuerza, a un delito concreto, y que si éste no existe o no se encuentra debidamente comprobado, mal podía hablarse en el caso de responsabilidad. Por lo dicho creg

mos necesario la comprobación del cuerpo del delito en forma --
previa a la consignación como elemento indispensable a ésta. --
Por ello es digna de apoyo la resolución que adoptó el Congreso
Nacional de Procuradores de 1963 cuando dice: "competo al Minis-
terio Público la comprobación del cuerpo del delito como presu-
puesto del ejercicio de la acción penal". (52)

En consecuencia, dos deben ser los presupuestos de consi-
gnación: "Cuerpo del Delito y Probable Responsabilidad", elemen-
tos estudiados con anterioridad. En estos términos, por demás -
está decir que resulta imposible hablar de ejercicio de la ----
acción penal, en rigor, si el Ministerio Público omite la desig-
nación del delito o el señalamiento del delincuente. Así mismo-
el maestro Franco Sodi señala que para efectos de consignación,
es necesaria la probable responsabilidad, también señala que la
"acción Penal tiene como presupuesto un delito y un delincuente
por lo mismo su ejercicio debe, en todo momento, desde el prin-
cipio hasta el fin, desde la consignación hasta las conclusio-
nes, referirse a ellos, de éstos resulta que el Ministerio Pú-
blico, al consignar, tiene la obligación de manifestar a quien-
consigna y porque consigna, es decir, debe expresar los nombres
del delincuente y el delito que motiva el ejercicio de la ----
acción penal".

Lo anterior no ha sido captado por nuestras leyes, por ---
cuanto al caso normal del ejercicio de la acción o consignación
a que hemos hecho referencia, aceptan una hipótesis normal, que
es necesario desterrar de nuestro sistema jurídico. Dichas hipó

(52) García Ramírez Sergio. Ob. cit. pág. 157

tesis normales son las siguientes:

El artículo 40. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, contiene una hipótesis anormal del ejercicio de la acción penal, al permitir la llamada "consignación -- para perfeccionar la averiguación". Este precepto, que debiera ser suprimido, contraviene lo establecido por el artículo 21 -- constitucional y ha sido blanco de críticas justificadas si se tiene en cuenta que bajo su amparo el Ministerio Público podría acudir ante la autoridad jurisdiccional aún antes de que se haya comprobado la existencia del delito o definido la persona -- del presunto responsable.

En torno a esta misma situación, es menester traer a cuentas el también criticable artículo 629 fracción II que acentúa el carácter inquisitivo de la actividad del juzgador, en la especie el juez de paz. Es decir, este precepto pone a cargo de tales jueces practicar a petición del Ministerio Público, las primeras diligencias, con arreglo a las leyes, en averiguación de los delitos que se cometen dentro del territorio jurisdiccional, y remitirlas a quien corresponda.

Otra hipótesis anormal la tenemos en el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, en su segundo párrafo autoriza al Ministerio Público para consignar a pesar de que no se hayan llenado los requisitos previstos en el artículo 14 --- constitucional cuando el delito no merezca pena corporal o el órgano acusatorio estime conveniente desde luego ejercitar la acción.

La existencia de procedimiento judicial para perfeccionar la averiguación, sin inculpado concreto, se apoyan en el artícu

lo 468, fracción IV, inciso c del Código Federal de Procedimientos Penales, que permite la suspensión del procedimiento cuando no exista auto de formal prisión y se llenen tres requisitos, - uno de los cuales es que se desconozca quien es el responsable del delito, de donde se corrije que hubo procedimiento judicial iniciado mediante acción, sin determinación del probable delincente.

Finalmente, hemos de recordar que carece de sentido que el Ministerio Público ejercite la acción penal para practicar un cateo. Si bien es cierto que esto es jurídicamente posible, previa orden judicial, para obtenerla bastaría que el Ministerio Público la solicitase al juezador; así no se advierte la necesidad de consignación. La desafortunada selección del legislador federal resulta tanto mas evidente si se recuerda que el cateo puede tener por objeto, simplemente, la búsqueda y el aseguramiento de objetos relacionados con el delito aún antes de que se sepa quién o quienes son los responsables de la infracción.

Es común afirmar, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, que para la consignación no se requiere ninguna formalidad especial, sino únicamente que aparezca de la averiguación previa que se ha comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

El ejercicio de la acción penal puede hacerse con o sin -- detenido. En el primer caso, las diligencias se hacen llegar al juez, y el capturado se conduce a la cárcel preventiva, donde queda a disposición de éste. En la segunda hipótesis se solicita orden de aprehensión o de comparecencia, según el caso.

La comparecencia es pertinente cuando por razón de la pena-

aplicable el delito de que se trate no puede restringirse la libertad personal del inculcado, según lo dispuesto por el artículo 18 constitucional.

En resumen tenemos que, la Consignación es el Derecho mexicano es la acusación formal que hace el ministerio público, poniendo al acusado a disposición de un juez penal, siempre y cuando, como lo señala el artículo 114 del Código Federal de Procedimientos Penales que "tan luego aparezca de la averiguación previa que se ha comprobado el cuerpo del delito y la presente responsabilidad del indiciado se procedera a la consignación ante los tribunales competentes". Indica además que en el pliego de consignación, el Ministerio Público hará expreso señalamiento de los datos reunidos en la averiguación previa, que a su juicio puedan ser considerados para los efectos previstos en el artículo 20 . fracción I, de la Constitución, esto en relación con la libertad provisional bajo caución del inculcado.

bl.- ARCHIVO

Conocido también como sobrecrecimiento administrativo, es otra de las resoluciones finales a las que puede llegar el Ministerio Público investigador durante las diligencias de la averiguación previa y por ende, el no ejercicio de la acción penal

Al respecto, cabe considerar dos temas fundamentales, entre otros, a saber: supuestos y efectos de este sobrecrecimiento,

1).- Supuestos.- No obstante la importancia de la materia, el Código Penal se ha abstenido de regularla. En cambio el Código Federal de la materia señala tres hipótesis de archivo:

Cuando los hechos no sean constitutivos de delito; cuando, siendo así, resulte imposible la prueba de su existencia; y, cuando la acción penal este extinguida legalmente; a ello debiérase agregar una cuarta hipótesis que se plantea cuando el inculpado no ha tenido participación en los hechos delictivos.

A fin de colmar la laguna en el marco distrital, el proyecto de la ley del ministerio Público de 1963, ordenó el archivo en los supuestos en que el ministerio público comprobare que -- los hechos no son constitutivos de delito o que, siéndolo, operó la prescripción para el ejercicio de la acción penal; que se dió el perdón del ofendido tratándose de delitos perseguibles -- por querrela de parte; que se comprobó la existencia de excusa absoluta; que falló el inculpado, o que se planteó la presunción legal de legítima defensa. Cabe preguntarse que quiere decir al indicar, en el Código Federal que los hechos no son -- constitutivos de delito, y podemos considerar que al respecto -- el sentido que se le dá al precepto es que sólo la falta de conducta o hecho y la ausencia de tipicidad podrían dar lugar al -- "archivo", porque en tales supuestos resultaría imposible satifacer una de las bases del ejercicio de la acción penal, es decir, la comprobación del cuerpo del delito.

Rivera Silva indica que la resolución de "Archivo" ha sido criticada, manifestándose que el Ministerio Público se abroga -- facultades jurisdiccionales al declarar que un hecho no es delictuoso. La crítica, puede tener vigencia, pero cabe mencionar que por economía y práctica procesal es correcto que no se ayude a los tribunales para que haga la declaratoria de la no existencia del delito, cuando el Ministerio Público no tiene elemen-

tos que lo comprueben.

Mas lejos va Collin Sánchez al estimar indebida la consignación en caso de que claramente obre en favor del indiciado alguna excluyente de responsabilidad en este supuesto, dice, sería absurdo pedir su detención, su prisión, etc.

Ahora bien, debemos considerar sobre el carácter definitivo o meramente provisional de la resolución de archivo. Si se le asigna efecto definitivo, que impide, por ende, el posterior ejercicio de la acción penal en cuanto al delincuente y a los hechos considerados en la determinación respectiva; parecería ser que el Ministerio Público se atribuye poderes jurisdiccionales. En cambio, si únicamente se le fija, efecto provisional, sus consecuencias se confunden (no así sus supuestos), para fines prácticos, con las de la reserva, y se abre la puerta a la permanencia de situaciones indefinidas, solo salvables por el instituto de la prescripción, que ciertamente en nada contribuyen a satisfacer la necesidad de certeza jurídica.

En este punto encontramos nuevamente una laguna en la legislación costeca, que nada dice sobre los efectos de archivo, -- por lo que se ha dado lugar a contradicciones de apreciación -- sobre la materia en cuestión.

Franco Sodi, González Bustamante y Collin Sanchez se pronuncian en favor de la provisionalidad de los efectos de archivo, mientras Rivera Silva lo hace en pro de sus consecuencias definitivas, ya que dicha resolución se dicta cuando se han agotado las diligencias pertinentes; la solución contraria, agrega, reñiría con los principios generales del derecho, al abrir cauces a situaciones indefinidas.

En cambio el Código Federal de Procedimientos Penales es terminante al respecto; las resoluciones de archivo aparecen - el efecto de impedir definitivamente el ejercicio de la acción penal respecto de los hechos que lo motivan, así lo establece - el artículo 139 del citado código.

A nuestro modo de ver, si el archivo se funda en la carencia absoluta de elementos para consignar (falta de delito o de responsabilidad del inculcado), en la imposibilidad material e insuperable de prueba del delito o en el agotamiento de la pretensión (por prescripción, amnistía o muerte del inculcado, etc) no existe inconveniente alguno en aceptar la definitividad de - aquel acuerdo, a lo sumo, podría admitirse, como fórmula intermedia, el cambio en el régimen de la prescripción (plazos más reducidos, o en su caso, solo interrumpibles por la obtención de pruebas que permitan efectuar la consignación, y no por la -- simple actividad averiguatoria del Ministerio público) en la -- hipótesis de archivos determinados por carencia de pruebas sobre el delito o acerca de la responsabilidad del inculcado. En cambio, la posibilidad de revisión (en contra del indiciado favorecido con el sobreseimiento administrativo), no deja de suscitar entre nosotros serias reservas, por mas que en ocasiones pudiera ser instrumento de justicia, como lo reconocen las leyes extranjeras que aceptan la revisión, incluso en contra de - la sentencia absolutoria.

c) RESERVA

A media vía entre el ejercicio de la acción penal y el no-ejercicio de la misma o archivo de las averiguaciones, se sitúa la determinación llamada "Reserva".

En este ámbito, el artículo 131 del Código Federal de Procedimientos Penales prescribe que si de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación ante los tribunales y no aparece que puedan practicarse -- otras, pero con posterioridad pudiera allegarse datos para proseguir la averiguación, se "reservará" el expediente hasta que aparezcan esos datos, y entre tanto se ordenará a la policía -- que haga investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos.

Según la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, es la Dirección General de Averiguaciones Previas quien resuelve sobre la reserva, tanto en el Distrito Federal como en los lugares restantes de la república.

En el plano distrital, esta facultad corresponde a la Dirección General de Averiguaciones Previas, tomando en cuenta -- que incumbe a dichas dependencias dictar las resoluciones correspondientes y procedentes en los negocios que se sigan en materia de averiguación previa, ya que si surgen nuevos elementos en la integración de la misma, entonces se pedirá el expediente para su continuación.(51)

(51) García Ramírez sergio. Ob. cit. págs. 360 a 364

CAPITULO CUARTO

DERECHO A LA DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA

El derecho a la defensa es aquel que tiene el inculpado para oponerse a la acusación, la "institución de la defensa" cumpliendo con su actividad, canaliza sus facultades a representar la esencia misma del derecho.

La defensa nace, precisamente como consecuencia del principio de legalidad que gobierna nuestro proceso penal y ademas -- encontramos que la actividad de la misma se extiende, como lo ordena nuestra constitución, no únicamente al proceso penal, si no desde la preparación de éste, es decir, desde la Averigua---ción Previa y hasta la sentencia dictada por el juez del conocimiento.

La naturaleza jurídica de la defensa nace en la averigua---ción previa, dónde el defensor puede aportar ya aportar sus conocimientos colaborando anticipadamente en la búsqueda de la -- verdad y estando, además al servicio del indiciado así como de la integridad del derecho y la justicia sin lesionar por ningún motivo los intereses que representa el Ministerio Público Investigador al iniciar y tramitar en justo sentido de equidad la -- averiguación de un hecho delictuoso que desembocará o no en el ejercicio de la acción penal.

El derecho a la defensa en la Averiguación Previa es avalada por otras disposiciones de carácter penal en nuestro sistema jurídico porcusi, tal es el caso del artículo 128 del Código - Federal de Procedimientos Penales, mismo que señala que "Desde el momento en que se decretase la detención, el Ministerio Publico hará saber al detenido la imputación que se le hace y el

derecho que tiene para designar persona que lo defienda, dejando constancia de esta notificación en las actuaciones. El Ministerio Público recibirá las pruebas que la defensa aporte dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, que se tomarán en cuenta como legalmente correspondá, en el acto de consignación o liberación del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el desahogo de las pruebas de la defensa, se reservarán los derechos de ésta para ofrecerlos ante la autoridad judicial y el ministerio público hará la consignación si están satisfechos los requisitos para el ejercicio de la acción".(54)

De la misma forma el artículo 114 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, afirma 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".(55)

Para el caso en estudio, cabe mencionar nuevamente lo que ordena nuestra constitución en su numeral 26, fracción IX: "El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea --aprehendido, y tendrá derecho a que éste se encuentre presente en todos los actos del juicio", de lo que deducimos que esta --disposición es pilar fundamental de la defensa dentro del proceso penal, ya que le da vida a sus funciones y, por su importancia se extiende, como ya dijimos, a ser avalada por otras disposiciones penales mencionadas ya con anterioridad.

(54) Penal Práctica, Ediciones Andrade, S.A. de C.V., tercera --edición, México, 1990, pág.258

(55) Penal Práctica, Ib. cit. pág.130

Ahora bien, si entendemos que del cánón constitucional antes descrito, se desprende el nacimiento de la defensa, esta -- etapa es la que algunos autores llaman preprocesal o de preparación del proceso o sea, la "Averiguación Previa".

Pero de lo anteriormente manifestado y avalado del derecho a la defensa dentro de la averiguación previa por las disposiciones antes mencionadas, tenemos que existe todavía otra disyuntiva, que es la de las facultades y actividades que pudiera tener el defensor dentro de la Averiguación Previa, ya que, no obstante que el Código Federal de Procedimientos Penales, así como el de Procedimientos Penales para el Distrito Federal pretenden solucionar dicho problema al manifestar en términos generales que el acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que es detenido, ambos ordenamientos "omiten la actividad y las funciones que pudiera efectuar dentro de esta etapa preprocesal omisión que puede traducirse en la práctica, simplemente en un nombramiento sin mayor repercusión en cuanto a los actos procedimentales dentro de la averiguación previa, provocando con --- ello un monopolio del ministerio público investigador, marginando con ello la función que pueda desempeñar la defensa en favor de los intereses de su defendido, mismas que pueden ser la "obsequiosidad en la averiguación previa de la insatisfacción de algún requisito de procedibilidad, la falta de algún elemento necesario para la configuración del delito, observar la acción penal ilegalmente ejercitada, defectos en la comprobación del --- cuerpo del delito , concurrencia de circunstancias atenuantes, defectos en las pruebas de cargo, ya sean testimoniales, periciales o documentales, rebatir las conclusiones del Ministerio

Público, incompetencia que puede surgir, así como efectuar consideraciones breves ante el órgano investigador etc.

Todas estas reflexiones y consideraciones nos llevan a pensar en la necesidad de una nueva creación o bien adición de un ordenamiento jurídico que reconozca las funciones y atribuciones de la defensa dentro de la averiguación previa, ya que al no existir dicho ordenamiento se dá margen a una serie de angustias y en forma constante se cometen abusos y arbitrariedades contra los presuntos responsables, violando con ello una serie de garantías consagradas en nuestra máxima ley fundamental.

Como ya quedó anotado con anterioridad, la Defensa responde al principio de legalidad en nuestro proceso penal, pero en la Averiguación Previa el indiciado o presunto responsable en la comisión de un hecho delictuoso queda a merced de las investigaciones efectuadas por el Ministerio Público así como de sus auxiliares, como lo son, peritos, policía judicial, auxiliares administrativos etc., dejando al indiciado en estado de indefensión y obstaculizando la actividad que pudiera realizar desde ese momento la Defensa, no obstante, como ya quedó asentado, -- existen disposiciones penales que pretenden dar solución a lo planteado, por ello es necesario crear una reglamentación jurídica o bien adiciones a esas disposiciones penales a efecto de permitir la intervención del defensor dentro de la averiguación previa, facultándolo para desempeñar una defensa completa ya -- que aunque la buena intención del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales en su último párrafo no fué suficiente para subsanar el estado de indefensión en que se encuentra el indiciado y aunque los legisladores que lo anexaron ----

observaron ciertas anomalías, no consideraron plenamente el equilibrio que debe haber tanto en las acciones de la defensa como las del investigador ya que ninguna disposición penal aún la que atribución o facultad tiene el defensor dentro de la averiguación previa ya que su simple nombramiento no es suficiente y sin embargo en la práctica se siguen cometiendo anomalías con las personas que son detenidas.

Ahora bien, los objetivos que se persiguen con la opinión-emitada por el suscrito en relación a la creación o adición de un ordenamiento jurídico que permita la intervención y participación de la Defensa dentro de la Averiguación previa, éstas es las atribuciones y actividades del defensor, son favorecer razonablemente la prontitud y expeditud en la impartición de la justicia, ampliar los derechos del detenido así como extender el alcance de las garantías constitucionales y consolidar al amparo de la constitución las funciones propias de las autoridades que intervienen dentro de las diligencias de la averiguación previa.

Es claro que ordenamiento procesal penal mexicano debe tratar de lograr también la tutela de los derechos humanos y regular un procedimiento que se adecue a esta finalidad. En este sentido, deben destacarse las reformas hechas al artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales y 134 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, sobre el derecho del inculcado a ser informado de los cargos, contar con defensor y proporcionar pruebas de descargo desde el primer momento de su detención, permitiendo así la intervención y participación de dicho defensor, ello para lograr los objetivos plan

teados por el constituyente de 1917.

EL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL

Entre los derechos fundamentales que el artículo 20 de la Constitución Política reconoce al inculcado, se encuentran, por un lado, el de que se le haga saber "en audiencia pública, y -- dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre del acusador y la naturaleza y -- causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho posible que se le atribuye y pueda contestar al cargo..." (fracción III), y por el otro, el de que se le oiga "en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad" --- (fracción IX). La fracción citada prevé el nombramiento de defensor de oficio, en el caso de que el inculcado no tenga quien lo defienda, y agrega: "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 de juicio; pero tendrá --- obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite".

Como podrá advertirse, el derecho del inculcado a ser informado y notificado de los motivos de la detención, de acuerdo con lo establecido por la fracción III del artículo 20 constitucional, debe serle otorgado "dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia". Por lo que se refiere al derecho a la defensa, la doctrina procesal penal dice que el momento a partir del cual el inculcado puede ejercer dicho derecho: es desde el momento en que se realiza su aprehensión material, cualquiera que sea el título o la causa por la -

que se lleva a cabo aquélla, como puede desprenderse de la citada parte de la fracción IX del artículo 20 constitucional; o -- bien, si las expresiones "en todo juicio" y "en todos los actos del juicio" (contenidas en encabezado del artículo 20 y en la citada fracción IX, respectivamente), indican que este derecho solo puede ejercerse una vez que se haya iniciado el juicio mediante la consignación formulada por el ministerio público ante la autoridad judicial. De estas dos interpretaciones, la práctica administrativa suele acoger, hasta ahora la segunda. (56)

El precepto constitucional a que se refiere esta sección -- consagra como garantía constitucional, el derecho de que el acusado sea oído en su defensa, derecho que puede usarse desde el momento mismo en que es aprehendido y no de aequal, como ordinariamente se piensa, en que comparece ante el juez para rendir su declaración preparatoria.

En el capítulo I, Sección Segunda, Título Segundo del Código de Procedimientos Penales, relativo a la iniciación, del procedimiento, el artículo 270 previene que, una vez lograda la detención o la aprehensión sin dentro de la averiguación previa -- que realiza el Ministerio Público, se le hará saber al inculcado el derecho que tiene para nombrar defensor, quien una vez -- aceptado el cargo ante los funcionarios de ese ministerio o de la policía judicial estará facultado para intervenir en el desempeño de su cargo. (57)

(56) García Ramírez Sergio. Noticia sobre el Defensor en el derecho mexicano en estudios Penales. Universidad Autónoma de Coahuila, Saltillo, 1982, pp. 254-259

(57) Rafael Pérez Palma. Fundamentos Constitucionales de Procedimiento Penal, Cárdenas Editor, México, 1980, pág. 375

Esta disposición, como vemos, acepta que la averiguación - previa es parte del proceso penal, puesto que los elementos probatorios del cuerpo del delito figuran en ella y porque los datos en que se funda el ejercicio de la acción penal también han de estar comprendidos en sus actuaciones.

Consecuentemente, y de acuerdo con la literalidad del mandato constitucional, el defensor tiene derecho de hallarse presente, no solamente en los actos del juicio que tengan lugar -- ante el órgano jurisdiccional, sino que también podrá estar presente en los de averiguación previa que practique el Ministerio Público Investigador, pero sin embargo, en la práctica, en consecuencia, el Ministerio Público ante el temor fundado de que el defensor del inculcado ponga obstáculos a la averiguación o se entere de detalles de la investigación, que por conveniencias policíacas no deben ser revelados, no permite la intervención de defensor alguno, contraviniendo así un mandato consagrado en nuestra constitución. No obstante que reconocemos que el problema aquí planteado tiene como único origen, la circunstancia de que el constituyente de Querétaro no previó las averiguaciones previas, por tal motivo y no obstante que las disposiciones penales que se mencionaron más adelante, tratan de dar una solución al problema, por lo que creemos en la necesidad de reglamentar la actividad que pueda realizar la defensa dentro de la averiguación previa y así el inculcado tenga a salvo las garantías y los derechos que la constitución le otorga desde ese momento.

La defensa, dice el mandato constitucional, podrá ser hecha por el acusado mismo o por persona de su confianza o por -

ambos; según sea su voluntad, como podemos ver, el contenido de este precepto es en sentido liberal, sentimental, pero carece de la base jurídica y técnica que toda defensa supone. La defensa por sí misma o por persona de su confianza, así se trate de un iletrado e ignorante o de quien no tenga experiencia en asuntos judiciales, jurídicamente inconcebible, porque como se ha demostrado la asistencia legal al inculpa-do, la representación de éste en el proceso y la integración moral y psíquica del inculpa-do, son las bases que dentro del derecho procesal sirven de estructura a esa institución llamada defensa.

La confianza de que el acusado tenga en su defensor, por sí sola, no debe de servir de fundamento a la designación de la persona que se haya encargado de la defensa, porque en los conflictos que suelen surgir entre el acusado y defensor, en lo que respecta a la técnica misma del procedimiento, más se debe atender a la gestión del defensor que a los deseos del inculpa-do, pues de no ser así, el nombramiento de defensor sería inútil, porque la defensa es obligatoria a pesar de la voluntad en contrario del inculpa-do y porque la capacidad jurídica del defensor es superior a la del procesado.

El precepto constitucional establece también el principio de que la defensa es obligatoria, pero cabe preguntarse, obligatorio para quien?

Si el acusado, dice la disposición que se comenta, no quiere nombrar defensor, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez nombrará uno de oficio. Consecuentemente si el acusado, a pesar del requerimiento insiste a no hacer nombramiento alguno no podrá ser obligado

por otros medios, sino será el juez quien le nombre uno de oficio. Es pues obligación del juez cuidar que el acusado se carezca de defensor en ningún momento del proceso, pero si el nombrado abandonare la defensa, el juez tomará medidas conducentes y será sancionado.(58)

LA DEFENSORIA DE OFICIO Y SU REGLAMENTACION

Si la Defensa, dentro del proceso, es obligatoria, el procesado siempre será 'oído por sí o por persona de su confianza', de manera que, cuando áquel se opte por lo primero o se señale persona o personas de su confianza que lo defiendan, el juez de la causa le presentará una lista de defensores de oficio para que elija el o los que le convenzan, mas si el procesado no lo hiciera queda obligado el juez a nombrarle uno de oficio.

La Defensoria de Oficio tiene por objeto patrocinar a todas las personas que carezcan de defensor particular, independientemente de que tengan recursos económicos o no.

En el Orden Federal y en la justicia del fuero común el -- Estado ha instituido patrocinio gratuito en beneficio a quienes estado involucrados en un asunto penal, carece de medios económicos para pagar un defensor particular, o a un teniéndolo no lo designen.

Las atribuciones y el funcionamiento de la Defensoria de Oficio se regulan, en el orden Federal, por la Ley publicada en el Diario Oficial del 9 de febrero de 1922 y por el Reglamento-

(58) Rafael Pérez Falso, Ob. cit. pág. 316

de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal del 3 de diciembre de 1987, en el fuero común.

En el orden Federal, el jefe y los miembros del cuerpo de defensores, son nombrados por la Suprema corte de Justicia de la nación, residen en donde tienen su asiento los poderes federales; algunos están adscritos a la Suprema corte de Justicia, y los demás, a los juzgados de Distrito y a los Tribunales de Circuito.

La Defensoría de Oficio del fuero común, depende del Departamento del Distrito Federal, habrá un Coordinador General, --- quien ejercerá sus funciones a través de un director General, --- quién nombrará y reubicará a los defensores de oficio conforma a los lineamientos previstos en la Ley y que fije el Coordinador General, se les adscribe a los juzgados, atendiendo para -- ello al número de asuntos que se ventilen.

Como regla general se puede afirmar que todo defensor debe ser apto para el cumplimiento de sus funciones; sin embargo, -- hay algunas ocasiones en que se presentan causas que, por su -- importancia, en relación al proceso, les inhabilitan.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no reglamenta esta situación para los defensores particulares, solo se refiere a los defensores de oficio e indica: "Los Defensores de Oficio podrán excusarse: I.- Cuando intervenga un defensor particular y; II.- Cuando el ofendido o perjudicado -- por el delito sea el mismo defensor, su cónyuge, sus parientes en línea recta sin limitación de grado o los colaterales sanguíneos o afines dentro del cuarto grado. (artículo 514)

En el fuero de guerra también existe un cuerpo de defenso-

rea de oficio, para los efectos de otorgar defensa gratuita. --

Son designados por por la Secretaría de la Defensa Nacional y se adscriben donde se necesitan sus servicios. En los Estados de la República el Ejecutivo designa al jefe de la Defensoría de Oficio y a los integrantes de ésta. Regularmente existe un defensor adscrito a cada uno de los juzgados de primera instancia y otro adscrito al Tribunal Superior de Justicia, --- pero a continuación mencionaremos el reglamento de cada una de estas Defensorías de Oficio, del Fuero Federal y del Fuero Común que existen en nuestro estado de derecho para beneficio de los ciudadanos. (59)

REGLAMENTO DE LA DEFENSORIA DE OFICIO DEL FUERO FEDERAL

Este reglamento fué aprobado por la suprema Corte de justicia de la Nación. Dicho código establece las atribuciones del -- Jefe del cuerpo de defensores , así como obligaciones y actividades que realizarán.

Al Jefe del Cuerpo de Defensores, compete las siguientes asignaciones: Gestionar en su caso, la pronta y cumplida justicia en favor de los acusados; comunicar por escrito a los defensores las instrucciones para el mejor éxito de su intervención en las defensas que tengan a su cargo; presentar mensualmente a la Suprema Corte un resumen de los trabajos de defensa llevados a cabo en el Distrito Federal, así como los trabajos de defensa llevados a cabo por los defensores adscritos a los Juzgados de-

(59) Colla Sánchez Guilleras. Ob. cit. págs. 194 y 195

Distrito y Tribunales de Circuito de la República.

De igual forma enviarán el día último de cada mes a la Corte, un cuadro estadístico de todos los casos sometidos a la defensa de sus subalternos, con la debida clasificación; vigilar el puntual cumplimiento de las labores de los empleados a su cargo; designar a petición del acusado, en casos delicados, otro defensor de oficio adscrito al ya nombrado por aquél para que colabore en la defensa; designar en los casos urgentes, de acuerdo con el acusado, cuando no estuviera presente el defensor de oficio a otro defensor que, con igual carácter, substituya a aquél en el acto o diligencia de que se trate, sin perjuicio de que después continúe interviniendo el defensor titular, solicitar a la corte la remoción de los defensores cuando no cumplan con sus obligaciones; y resolver las consultas que le hicieran los defensores a la mayor brevedad.

Los defensores de oficio, tienen las siguientes obligaciones: Asistir diariamente a los juzgados y tribunales de su adscripción y a sus propias oficinas permaneciendo todo el tiempo necesario, concurrir cuando menos una vez a la semana a los Centros de Readaptación Social de su localidad donde se encuentran los reos, para recabar de ellos los datos necesarios para el éxito de las mismas, informarles del estado y de la marcha de sus procesos respectivos, y enterarse de todo cuando los expresados reos deseen poner en su conocimiento y sobre el trato que reciben en los penales y sobre su salud y gestionar los remedios necesarios.

Estudiar la inclinación viciosa de los reos, aconsejandoles en la forma que estiren conveniente para su regeneración;

Remitir en la oficina del cuerpo de defensores un ejemplar del acta levantada en cada una de las visitas susodichas, suscrita por los reos visitados que sepan escribir, o en su defecto, por otra persona. El Alcalde o Director de la Cárcel firmará esa acta en todo caso; así como dar aviso al jefe de este cuerpo de las designaciones de defensores hechas en su favor, en la propia fecha en que aquéllas fueren discernidas, expresando el nombre del procesado, la falta o delito material del proceso y el estado de la instrucción o del juicio en su caso.

Por otra parte, remitir copias de todas las promociones -- que hicieren en las causas que defiende; de las conclusiones de defensa que deberán presentar dentro de los términos de ley de los escritos de interposición de recursos y de todas las gestiones hechas con relación a los intereses de sus defensas, ya sea ante los juzgados o tribunales de su adscripción o bien ante -- las diversas autoridades políticas o administrativas; presentar en las audiencias de ley precisamente por escrito, apuntes de alegatos, sin perjuicio de alegar verbalmente si fuere necesario, remitiendo copia o minuta de los expresados alegatos a la oficina del jefe del cuerpo de defensores.

También darán aviso del sentido de las sentencias recaídas en las causas de su cargo, tanto en primera como en segunda instancia, y en su caso, de los términos de ejecutorias dictadas -- por la Corte de los asuntos que se lleven hasta su final, enviando copia de la parte resolutive de las ejecutorias.

Por último, deberán sujetarse a las instrucciones que reciban del jefe del cuerpo de defensores y pedirle las que estimen necesarias o convenientes para el éxito en la defensa a ellos --

encomendada.

Los defensores de oficio llevarán un libro de gobierno en el cual anotarán todos los datos generales de sus juicios, en extracto. En la oficina del Jefe del Cuerpo de defensores se llevarán los siguientes libros: estado de procesos, de correspondencia oficial, de servicios de defensores de oficio en el fuero federal, de acuerdos e instrucciones especiales de la oficina del Cuerpo de defensores, de personal del cuerpo de defensores de oficio del fuero federal, de conducta y aptitud de empleados de la oficina, apercibimientos o correcciones disciplinarias.

Todos los servicios que se presten en esta oficina serán esencialmente gratuitos, por consiguiente quien viole este precepto será castigado.

REGLAMENTO DE LA LEY DE LA DEFENSORIA DE OFICIO DEL FUERO COMUN

A la par del reglamento de la defensoria de Oficio del fuero federal, existe también el reglamento de la defensoria de oficio del fuero común en el distrito federal, publicada en el Diario Oficial de la federación el 9 de diciembre de 1987, vino a actualizar después de cuarenta años las exigencias que hoy día demanda la la prestación oportuna y eficaz del servicio de defensoria de oficio, asegurando el acceso de los individuos a la justicia y legalidad, ampliándose su defensa no solo en materia penal, sino también en la civil, familiar y de arrendamiento inmobiliario, incorporando en tal Ley nuevos mecanismos para el nombramiento de los Defensores de Oficio, elevando su -

nivel de eficiencia y eficacia, y estableciéndose en forma detallada sus diversas obligaciones para beneficio de los usuarios del servicio, que para la mejor aplicación de la ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el distrito Federal se ha visto en la necesidad de reglamentarla con el objeto de otorgar un mejor servicio a los usuarios del mismo, precisando entre -- otros aspectos de importancia su organización y funcionamiento, adecuándose a la realidad socioeconómica en que vivimos.

El coordinador General, ejercerá sus atribuciones en materia de defensoría de oficio a través del Director general, --- quién tendrá las siguientes funciones: Planear, programar, organizar, dirigir, controlar y evaluar los servicios de defensoría de oficio; Nombrar y reubicar, así como remover a los Defensores de Oficio, conforme a los lineamientos previstos en la ley y que fije el Coordinador General; Aprobar el Programa Anual de capacitación de la Defensoría de oficio; Entre otras funciones del Director están: La de vigilar que se preste en forma eficiente, los servicios de la Defensoría de Oficio; verificar que los aspirantes a defensores cumplan con los requisitos previstos en el artículo 15 de la ley; Los jefes de defensores tendrán entre otras atribuciones, las siguientes: Supervisar el -- cumplimiento de las obligaciones de los servidores adscritos a la Defensoría de Oficio; atender y desahogar las consultas que le hagan los defensores de oficio; asesorar a los defendidos y a los familiares, en caso de que por razones justificadas el -- Defensor de oficio no lo haga; cubrir las ausencias de los Defensores de Oficio en el desahogo de las audiencias; vigilar el cumplimiento de las guardias, de acuerdo con los programas esta

biaci6n: rendir mensualmente un informe global de actividades de su 6rea al superior jer6rquico dentro de los tres primeros - dias h6biles del mes siguiente.

Los Defensores de Oficio en asuntos del orden Penal, po- dr6n excusarse de prestar el servicio en los t6rminos del Capitulo VI de la secci6n primera del titulo quinto del C6digo de - Procedimientos Penales para el distrito Federal, inform6ndolo - previamente al Jefe de Defensores.

Los Defensores de Oficio del orden civil, familiar y de -- arrendamiento inmobiliario manifestar6n por escrito su excusa - ante el Jefe de defensores, a efecto de que previo acuerdo con- el director se determine la procedencia de la excusa, en cuyo - caso se designar6 otro defensor y se librar6 oficio al juez de- la causa a efecto de que lo comunique al interesado.

Para retirar el servicio de defensoria de oficio, el Defen- sor deber6 rendir un informe personalizado en el que se acredite en forma fehaciente las causas. El nombramiento de defenso- ras de Oficio se har6 de acuerdo a un ex6men de oposici6n y de- conformidad con el reglamento en vigor y una vez aprobado el -- ex6men se les capacitara con el objeto de mejorar el nivel de - preparaci6n y capacidad para prestar los servicios de la defen- soria de oficio; y por 6ltimo el Director podr6 ordenar supervi- siones a efecto de verificar el cumplimiento de las obligacio- nes de los servidores p6blicos adscritos a la defensoria de ofi- cio.(60)

(60) C6digo de Procedimientos Civiles para el D.f., 36o. edici6n Editorial Porr6a, M6xico 1990, p6gs. 352 a 361

MOMENTO DE DESIGNAR DEFENSOR

El derecho a la defensa, dado en los términos de la fracción IX del artículo 20 Constitucional es de gran valor e importancia para que el que suscribe, porque dicho interés reside en determinar si el derecho a la defensa puede ejercitarse desde la averiguación previa o bien exclusivamente ante el Juez, y es que en la práctica se considera que de acuerdo con lo preceptuado por la Ley Fundamental, respecto a la defensa, así como en el artículo 290, fracción III, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se designará en el momento en que se le vaya a tomar su declaración preparatoria.

Pero la observancia de este respecto en la forma antes indicada, creemos que contraría gravemente el espíritu del constituyente de 1917, porque para no colocar al individuo en estado de indefensión, el nombramiento de defensor debe hacerse antes de que rinda su declaración preparatoria, y no después como actualmente se hace.

Creemos que el problema consiste en la interpretación correcta de la fracción IX del artículo 20 constitucional que afirma que las garantías concedidas en su texto pertenecen al acusado en todo juicio del orden criminal y los términos de acusado y juicio que este artículo menciona son reservados tan sólo a la etapa jurisdiccional de los procedimientos penales. Pero en cuanto al término acusado, el precepto lo emplea en forma amplísima para designar a todo aquel sujeto de procedimientos penales sin hacer distinciones entre las diversas etapas de dichos procedimientos, y no en el restringido sentido técnico que

designa a aquella persona contra la cual el Ministerio Público ha formulado conclusiones. Por lo que hace al concepto de juicio, es igualmente evidente que, aun cuando la mayor parte de garantías enumeradas en el artículo 20 tienen su propio campo de acción dentro de la etapa judicial del procedimiento, otras extienden su protección a la etapa de "Averiguación Previa" como es el caso de la garantía de no autoincriminarse (art. 20, en su fracción II), aplicable al indiciado durante la averiguación previa.

Por otra parte, en reciente adición al Código Federal de Procedimientos Penales, en el tercer párrafo del artículo 128 dice a la letra: "Desde el momento en que se determina la detención, el Ministerio Público hará saber al detenido la imputación que se le hace y el derecho que tiene para designar persona que lo defienda, dejando constancia de ello en las actuaciones que se efectúen".

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

El derecho previsto en esta fracción, no se opone a la garantía establecida por la constitución. Además ya era tiempo -- que la vaciedad imperante respecto a la designación de defensor

en la averiguación Previa fuera resuelta en la forma tan amplia en que esta redactada. Lo único que a nuestro juicio, propicia franco margen para supletoria la actuación, tanto del acusado -- como del defensor, es la facultad otorgada al Ministerio Público para decidir que, "cuando no sea posible de las pruebas ofrecidas ante la autoridad judicial", porque atendiendo a nuestra realidad se teme que esto se convierta en una costumbre y atribuido que, se invoque con frecuencia marcada. Pero suponemos que cuando el desahogo de las pruebas no sea posible, el Ministerio Público tendrá que razonar y fundar su posición jurídica, aún así, tal determinación se deja de corresponder a un subjetivismo que pueda servir como medio para la parcialidad del interés social en la persecución de los delitos.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en diciembre de 1981, el párrafo cuarto del artículo 134 bis, quedó establecido 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".

Lo ordenado en el texto transcrito no es tan amplio como lo que al respecto riñe el Código Federal de la materia; sin embargo, estimamos que el ministerio público designe defensor de oficio a falta de defensor particular. Si éste hubiera sido incluido en la legislación federal, el propósito que animó la redacción del artículo correspondiente hubiera sido mayormente positivo.

Pero aún en relación con la designación de defensor, el Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal y el

Federal de la misma materia, nada se indica respecto de su --- actuación dentro de la averiguación previa, omisión que puede - traducirse, en la práctica, simplemente en un sobromiento sin- mayor repercusión en cuanto a los actos procedimentales dentro- de esta etapa, motivo por el cual creemos en la necesidad de la creación de un reglamento o adición a las disposiciones penales con objeto de establecer con exactitud cual sería la función y- actividad de la defensa, todo ello pensando en lo relevante que es la medida de "la garantía de defensa" en la etapa preproce-- sal para alcanzar así y en gran proporción las aspiraciones del constituyente de 1917 sin dejar de tener en consideración que - habría que contemplar, además, la debida seguridad jurídica en el período anterior a la averiguación previa atendiendo a que - el Ministerio Público debe velar por los valores humanos más es- peciales, convirtiéndose en guardian y centinela, encargado de- promover y vigilar la procuración de la justicia, sin convertig- se en prisionero de factores que le impidan cumplir con su ele- vada misión constitucional, y con ello pensamos que no habrá -- persona que se oponga al derecho de la defensa dentro de la --- averiguación previa, pues como lo observa Enrico Altavilla, "so- lo podrá no darse cuenta del valor social de la defensa quienes ignoren las tremendas tragedias del procedimiento penal que, a veces, es como una tupida red de apariencias mentirosas que, -- ahogan, en forma irremediable, a un inocente".(61)

Pero ahora analicemos opiniones de estudiosos a este res-- pecto, destacando concretamente lo que se refiere a la fracción

(61) Celis Sánchez Guillermo. Ob. cit. pág. 200

IX del artículo 20 constitucional, y específicamente en lo que se refiere al momento de nombrar defensor: "El maestro Sergio -- García Ramírez nos indica que en cuanto al momento de designar defensor, la fracción IX del artículo 20 constitucional es explícita: desde el momento en que sea aprehendido, a continuación precisa que la voz aprehendido, puede interpretarse favor rei, como síncrismo de detención, o bien, en términos más rigurosos como aprehensión en estricto sentido, esto es, como un mandamiento a una autoridad judicial, y agrega, que en todo caso, no establece ni la constitución, ni la ley secundaria, cuales son las funciones del defensor dentro de la averiguación previa, y es claro, termina, que los actos que se llevan a cabo aquí, no son, en ningún modo, actos de juicio que por imperativo constitucional pueda presenciar el defensor".(62)

Colín Sánchez, simple y llanamente manifiesta que al momento de designar defensor debe ser en la diligencia en que se vaya a tomar su declaración preparatoria.(63)

Creo que esta situación es cuestión de interpretación respecto a la disposición constitucional que consagra esta garantía, ya que la voz "el acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido" es claro porque considero que este derecho del individuo de asistirse de un defensor lo es desde la averiguación previa y a partir de que es detenido, derecho consagrado por nuestra constitución, reconocido por la doctrina, reiterado por la ley procesal y admitido por la --

(62) García Ramírez Sergio. Curso de derecho Procesal Penal, - Edit. Porrúa, México, 1980, Tercera edición, pág. 249.

(63) Colín Sánchez Guillermo. Ob.cit. pág. 107

jurisprudencia de la Suprema Corte, por lo que creemos que el derecho que la fracción IX del artículo 20 otorga al acusado de nombrar defensor desde el momento en que es aprehendido, es --- constitucionalmente, correlativo de una obligación del Ministerio Público, no del juez.

Entre los derechos fundamentales que el artículo 20 constitucional reconoce al inculcado, se encuentra la fracción IX, -- misma que establece que: "En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: a).- Se le oirá por sí o -- por persona de su confianza, o por ambos. b).- En caso de no -- tener quien lo defienda, se le presentará una lista de defensores de oficio para que elija el que le convenga. c).- Si el acusado se quiere nombrar defensor, después de haber sido requerido para ello, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. d).- El acusado podrá nombrar defensor desde el "momento en que sea aprehendido" y, e).- Tendrá derecho a que éste se encuentre presente en todos los actos del juicio.

De la redacción en la constitución tenemos que se desprende en la primera parte de la fracción IX, que la designación de la defensa, debe hacerse al rendir su declaración preparatoria el acusado, y como vimos, en la opinión de Collin Sánchez esta -- primera parte es su fundamento, sin considerar la parte segunda de la misma fracción que determina a continuación, "el acusado -- podrá nombrar defensor desde el momento en que es aprehendido".

Por lo que esta segunda parte de la disposición aludida extiende el momento procedimental para la designación de defensor y absorbe evidentemente el mandato constitucional contenido en la primera parte de la fracción antes aludida quedando claro --

que "el acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido".

Todas estas reflexiones nos llevan a pensar que el texto de la fracción IX del artículo 20 constitucional, reclama una nueva redacción técnica y clara para dejar, sin lugar a dudas, determinado el momento procedimental en que debe hacerse el nombramiento de defensor.

Oportunidad para hacer el nombramiento de defensor, es como lo menciona el maestro Rafael Pérez Palma, y al respecto nos dá su punto de vista, y nos dice que: "el artículo 266 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dispone que el Ministerio Público y la Policía Judicial están obligados a proceder a la detención de los responsables de los delitos, sin necesidad de esperar orden de aprehensión, en los casos de flagrante delito y en los urgencia notoria, el artículo 269 dispone que al detenido se le reciba su declaración indagatoria, y hasta después de haber sido identificado, pero antes de ser trasladado a la prisión preventiva se le hará saber el derecho que tiene para nombrar defensor, quien ante los funcionarios de ese ministerio, podrá aceptar el cargo.

Naturalmente, en ese momento, el nombramiento de defensor es ya inútil, evidentemente, este artículo 269, relacionado con el 270, no se ajusta al espíritu ni a la letra del mandato constitucional, que es de que, la designación de defensor se haga desde el momento mismo de la aprehensión. (64)

(64) Rafael Pérez Palma. Ob. cit. pág 117

Si los responsables de los delitos conocieran las disposiciones constitucionales, con toda razón y justificación podrían negarse a otorgar ante el Ministerio Público su declaración indagatoria sin la asistencia o la presencia del defensor a que tiene derecho de consignar.

Cabe hacer mención a la adición del tercer párrafo del artículo 128 del Código Federal, mismo que prevé que el derecho del inculcado a ser informado del hecho punible que se le atribuye, debe otorgársela a partir del momento mismo de su detención durante la averiguación previa, cualesquiera que sea la causa de aquélla y la autoridad que lleve a cabo. La misma adición señala también a la detención como el momento a partir del cual se debe hacer saber al indiciado el derecho que tiene para designar defensor y para que el Ministerio Público reciba las pruebas de descargo que el propio inculcado o su defensor aporten dentro de la averiguación previa. En las actuaciones que se realicen con motivo de ésta, el Ministerio Público debe dejar constancia de la notificación que haya hecho al inculcado de los motivos de la detención y de su derecho a nombrar defensor. Así mismo, el órgano investigador deberá tomar en cuenta las pruebas de descargo aportadas por el detenido y su defensor, en el acto de consignación o de liberación de aquél. La parte final del mismo artículo 128 prevé que cuando no sea posible el pleno desahogo de las pruebas de la defensa, "se reservarán los derechos de ésta para ofrecerlas ante la autoridad judicial".

Es evidente de que esta imposibilidad debe ser plenamente justificada y no quedar al criterio discrecional del agente investigador; y que, de acuerdo al espíritu de la reforma, debe -

ser la excepción y no la regla, cuando la defensa haya propuesto las pruebas.

Creemos, pues, que la averiguación previa es parte del proceso penal, puesto que los elementos probatorios del cuerpo del delito figuran en ella y por que los datos en que se funda el ejercicio de la acción penal también están comprendidos en ella.

Consecuentemente y de acuerdo con la libertad del mandato constitucional el defensor tiene derecho a hallarse presente no solamente en los actos de juicio que tengan lugar ante el órgano jurisdiccional sino que también podrá estar presente en los de averiguación previa que practique el ministerio Público.

Sin embargo el Ministerio Público ante el temor fundado de que el defensor ponga obstáculos a la averiguación o se entere de otros detalles en la investigación no permite la intervención del defensor dejando así al acusado en completo estado de indefensión monopolizando así su función investigadora.

Concluimos pues, que el nombramiento de defensor debe ser cuando el individuo es aprehendido y no cuando éste haga su declaración preparatoria ante el juez del conocimiento. Y a este respecto la doctrina procesal penal discute el momento a partir del cual el inculcado puede ejercer dicho derecho: si desde el momento en que se realice su aprehensión material, cualquiera que sea el título o la causa por la que se lleva a cabo aquella, como puede desprenderse de la última parte de la fracción IX -- del artículo 20 constitucional; o bien, si las expresiones "entado juicio" y "en todos los actos del juicio", indican que -- este derecho solo puede ejercerse una vez que haya iniciado el juicio mediante la consignación formulada por el Ministerio --

Público ante la autocidad judicial,

De estas dos interpretaciones, la práctica administrativa-
scale acoger, hasta ahora la segunda, pero en mi concepto deb-
ría ser aceptada la primer hipótesis.

JURISPRUDENCIA

En este inciso, se citaran las Jurisprudencias y Tesis no-
brevialientes, de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, -
asi como del Poder Judicial de la Federación respecto a nuestro
tema de análisis, es decir, de la intervención y nombramiento -
del defensor en la diligencia de averiguación previa, con ello-
se tendrá un criterio jurídico mas amplio y un conocimiento ex-
tenso del mismo, con la finalidad de tratar de resolver esta --
problemática que se nos presenta, veamos por, las siguientes --
tesis jurisprudenciales relacionadas con el tema en estudio:

DEFENSOR, FALTA DE. NO PUEDE IMPUTARSELE A LA AUTORIDAD CUANDO- SU DESIGNACION DEPENDE DEL ACUSADO.

La circunstancia de que en la averiguación Previa el acusa-
do no haya tenido defensor, no significa su indefensión, dado -
que el derecho de designar defensor, atento lo dispuesto en el
último párrafo de la fracción IX del Art. 20 constitucional, si-
no fuese ejercitado por su titular no puede imputarse a la ---
autoridad, esto es, al Ministerio Público, en el que debe presu-
mirse la buena fe.

Séptima Época, Segunda parte: Vol. 41, pág. 23 A.D. 4517-
73, Miguel Ángel Ortiz Mondragón, 5 Votos.

DEFENSA, GARANTIA DE AVERIGUACION PREVIA.

Si bien es cierto que la última parte de la fracción IX -- del artículo 20 constitucional establece que: "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 sea necesario", también lo es que independientemente de que el acusado no haga uso de ese derecho cuando es detenido por -- los agentes aprehensores, el que no se le haga saber que pueda designar defensor no es acto atribuible a las autoridades de -- instancia que pueda ser preparado en el amparo, en virtud de -- que lo establecido en la parte final de dicha disposición se refiere a las diligencias de averiguación previa y no cuando el -- acusado haya sido consignado ante el juez, en donde el propio -- artículo establece otras reglas.

Amparo directo 1974/77. Víctor Manuel Santiago Rodríguez y Antonio Martínez Alba. 28 de julio de 1974. Unanimidad 4 votos. Ponente: Ezequiel Berqueto Ferrera.

Véanse: Séptima época. Vol. 39, Segunda parte, Pág. 31 Vol 43, Segunda parte, Página 33., Volumen 48, Segunda parte pág. - 33; Vol. 63, Segunda parte, pág. 23.- Semanario judicial de la Federación.

Séptima época. vol. 67, segunda parte. julio 1974.- Primera Sala. Pág. 19.

DEFENSA, GARANTIA DE MOMENTO EN QUE OPERA.

La garantía consagrada en la fracción IX del artículo 20 -- constitucional se refiere a todo juicio del orden criminal, es decir, al procedimiento judicial, y no a la preparación del -- ejercicio de la acción penal (Averiguación Previa). Por otra -- parte aún cuando el acusado no haya tenido defensor al rendir -- sus declaraciones ministeriales, tal omisión es imputable a él -- si no existe constancia que demuestre que desde el momento de --

su detención se le coartara su derecho a designarlo; por lo tanto, la violación en este sentido se reclama, no puede atribuirse a la autoridad jurisdiccional, si se acató lo dispuesto por el invocado artículo 20, fracción IX de la ley fundamental, --- dándosele a conocer al acusado, en la diligencia en que rindiere su declaración preparatoria, la garantía, de advertirse que expresamente designó defensor.

Séptima época, Segunda parte: Vol. 72, pág. 27 A.D. 3743/-74. José Luis Rivera Velazquez. Unanimidad de 4 votos.

DEFENSA, GARANTIA DE.- Si el inculpado argumenta que sus aprehensiones no le hicieron saber el derecho de nombrar defensor, debe decirse que el imperativo contenido en la fracción IX del artículo 20 constitucional, es obligatorio para la autoridad judicial, mas no para la investigadora, sin perjuicio de -- que ante esta última, el presunto responsable pueda designar defensor.

Apareo directo 1258/75. Manuel Murillo Colón. 10 de octubre de 1975. Unanimidad de 3 votos. ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Véase: Tesis jurisprudencial número 104 apéndice 1977-1975 Segunda parte, pág. 236.- Semanario Judicial de la Federación. Séptima época. Vol. 82. Segunda parte. Octubre de 1975. Primera Sala, Pág. 21

DEFENSA, GARANTIA DE.- Las diligencias practicadas por el Ministerio Público cuando actúa como autoridad investigadora y como parte en el proceso si son válidas, puesto que se adecúan a lo mandado por el artículo 20 constitucional, en el que se previene que la persecución de los delitos incumbe al ministerio público debiéndose advertirse que si el inculpado no ejerció el derecho que tuvo para nombrar abogado que lo defendiera en la etapa de averiguación previa, la garantía constitucional establecida-

en la fracción IX del artículo 20 impone la obligación al juez de nombrar un defensor en caso de que el acusado no lo nombre, - la obligación que evidentemente es a cargo de la autoridad judicial, y no del Ministerio Público, y ya durante el proceso.

Amparo Directo 1241/73. Marcos Antonio Hidalgo Argoretz, - 13 de octubre de 1973. 5 votos, ponente: Abel Huilstrón y A.- Semanario judicial de la Federación. Séptima época. Vol. 84. Según de parte. diciembre de 1973. Primera Sala, Pág. 31.

DEFENSOR, FALTA DE.- Si bien es cierto que la última parte de - la fracción IX del artículo 20 constitucional establece que: "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 con parecer cuantas veces sea necesario", también lo es, que si el hoy quejoso no hizo uso de ese derecho cuando fué detenido por los agentes aprehensores, el que no se lo haya hecho saber que podía designar defensor, no es acto atribuible a la autoridad responsable que pueda ser reparado en el amparo, en virtud de - que lo establecido en la parte final de dicha disposición, se refiere a las diligencias de averiguación previa, y no cuando el acusado ya ha sido consignado ante el juez, en donde el propio artículo establece otras reglas.

Amparo directo 5914/73. Víctor Manuel Santiago Rodríguez y Antonio Rodríguez Alba. 26 de julio de 1974. Cuatro Votos. Ponente: Ezequiel Burquette Ferrera. Secretario: Homero Ruiz Velazquez Boletín. año 1. julio de 1974. Número 7. Primera Sala. Pág. 23.

DEFENSA, GARANTIA DE.- La obligación impuesta a la autoridad de instancia por la fracción IX del artículo 20 constitucional surge a efectos a partir de que el indiciado es puesto a disposición de la autoridad judicial, y ésta al recibir la declaración preprotatoria del presunto responsable tiene la obligación inculdi-

ble de designarla defensor si este aquel no lo ha hecho; mas la facultad de asistirse de defensor a partir de la detención del acusado concierne única y exclusivamente a éste por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fué detenido, esa omisión es imputable al propio acusado y no al juez instructor (Tesis 106, apéndice al semanario judicial de la federación. 1917-1935, segunda parte, primera sala, pág. 136)

Es absurdo, es evidente. La constitución confía al Ministerio Público la Averiguación Previa. El Juez no interviene en ella. Luego entonces, el derecho que la fracción IX otorga al acusado de nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, es, constitucionalmente, correlativo de una obligación -- del Ministerio Público, no del juez, durante la averiguación. El Ministerio Público esta obligado a permitir la presencia del defensor en los interrogatorios a que se someta al detenido. Toda confesión obtenida por el Ministerio Público de un detenido que declara sin asistencia de defensor, es contraria a una ley de orden público y por ello, es nula y sin valor, conforme al principio consagrado en el artículo 8 del Código Civil.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El derecho a la defensa es aquel que tiene toda persona para oponerse a la acusación, este derecho está íntimamente asociado al concepto de libertad en virtud de que sustraen al individuo de lo que es arbitrario o de lo que tiende a destruir los derechos que otorgan las leyes como lo es el principio de legalidad y seguridad jurídica, plasmados en nuestra Carta Magna en los artículos 14 y 16, donde se ordena que las atribuciones de los órganos del Estado sólo tienen validez si se encuentran establecidos en la ley.

La Defensa es una garantía de seguridad jurídica que tiene su fundamento y representatividad en la Ley Fundamental de la República, así como en otras disposiciones penales, donde no está explícitamente permitida, violando así dicha garantía jurídica de asistencia de un defensor durante la averiguación previa y a partir del momento en que es detenido, garantía consagrada por la constitución, reconocida por la doctrina reiterada por la ley procesal y admitida por la jurisprudencia de la Suprema corte, ya que el presunto responsable en la comisión de un ilícito podrá nombrar defensor desde el momento en que es detenido, tal y como lo señala la fracción IX del artículo 20 constitucional que reza: "El acusado podrá nombrar defensor DESDE EL MOMENTO EN QUE SEA APREHENDIDO Y ...", donde considero que la voz aprehender puede interpretarse -

como sinónimo de detención, ya que por ejemplo, el artículo 16 de nuestro máximo ordenamiento afirma que en los casos de flagrante delito, cualquier persona podrá aprehender al delincuente, a pesar de que en este caso no se refiere al cumplimiento de un mandato de autoridad. Por lo anterior considero que, cuando la fracción IX del artículo 20, en su penúltima parte dice que el acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, se refiere al nombramiento de defensor dentro de la averiguación previa, porque no tendría sentido pensar que esa parte se refiere a la facultad de designar defensor a partir de está en presencia del órgano jurisdiccional, pues tal situación se encuentra ya prevista en la tercera frase de la propia fracción.

SEGUNDA.- La figura de la defensa dentro de la averiguación previa, es relegada en muchas ocasiones, por lo que considero en la necesidad de establecer su presencia como obligatoria dentro de la misma y a tal grado de considerar nula la diligencia que se efectúe sin la presencia de defensor dentro de esta etapa preprocesal, por lo que creo que se requieren reformas y adiciones en los ordenamientos jurídicos penales existentes, ello para lograr la obligatoriedad de la defensa así como su participación en la averiguación previa, evitando así grandes tragedias procesales por las que pasan personas inocentes.

TERCERA.- Aón y cuando las disposiciones penales existentes como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el Código Federal de la misma materia -- preténda dar solución a lo anteriormente manifestado en cuanto al nombramiento de defensor, los mismos nada indican respecto a su actuación y actividad, omisión que puede traducirse, en la práctica, simplemente en un nombramiento sin mayor repercusión en cuanto a los actos procedimentales de la averiguación previa siendo aquí, precisamente donde estriba el problema, -- por lo que creo que se requiere la creación o adición de una reglamentación jurídica respecto de la función y atribuciones de la defensa en esta etapa preprocesal de averiguación previa, toda vez que en la misma la figura del defensor no tiene facultad alguna de intervenir, no tiene acceso a las actuaciones y se ve limitado a contemplar pasivamente el procedimiento -- desde larga distancia, lo cual considero injusto, ya que desde ese momento debe estar obligado, una vez -- que sea nombrado, a cumplir sus funciones inherentes -- como puede ser ; el observar la insatisfacción de algún requisito de procedibilidad, la falta de algún -- elemento para la configuración del delito, acción penal ilegalmente ejercitada, defectos en las pruebas -- de cargo, además de que podría aportar pruebas suficientes y rebatir conclusiones del Ministerio Público dialogar antes de su declaración con el inculcado, -- estar presente en todas las diligencias, así como ---

hacer uso de la palabra en consideraciones breves, -- etc., todo ello por no haber en la actualidad un mecanismo técnico y jurídico que avale las funciones de la defensa dentro de la averiguación previa, por lo que concluyo aquí en la necesidad de articular legalmente las funciones de la defensa en la averiguación-previa en forma oportuna y justa contemplando los principios esenciales del derecho no dejando en estado de indefensión a alguien que puede ser inocente y estar implicado en el inicio de una averiguación.

CUARTA.- Atendiendo a los fines que este estudio pretende, no habrá persona que se oponga a que se otorgue el derecho a la defensa en la averiguación previa ya que no se puede pasar por alto el valor social que la misma representa, y además no es una exageración pensar que con lo relevante de esta medida de la garantía de la defensa en esta etapa preprocesal se alcanza en gran proporción la aspiración del constituyente de 1917 de otorgar seguridad jurídica a todo ciudadano que se encuentre inmiscuido en un problema de carácter judicial.

Y en virtud de que en la Constitución existe la base jurídica para las funciones de la defensa, incluso en la averiguación previa, es necesario que haya reformas o adiciones en nuestros códigos, ello para enmarcar una nueva articulación jurídica y lógica que precise las atribuciones así como las funciones de la

institución de la defensa dentro de la averiguación-
previa en forma legal y oportuna, que le permite al
inculcado, así como a sus familiares tener plena se-
guridad del asesoramiento del abogado desde ese mo-
mento, esto para que no desvirtúe el propósito del -
contenido de lo preceptuado por el artículo 20 cons-
titucional en su fracción 1a de nuestra ley fundamen-
tal evitando así abusos de autoridad y exceso de po-
der.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- ALCALA ZAMORA Y LEVEN. "Derecho Procesal Penal". Tomo II, -
Edit. Kraft, Buenos Aires, Argentina 1945.
- 2.- BRAVO GONZALEZ AGUSTIN Y BRAVO VALDEZ BEATRIZ. "Primer Curso
de Derecho Romano". Edit. Fax-México, 1979.
- 3.- BELING, ERNEST. "Derecho Procesal Penal". Edit. Labor, Bue-
nos Aires, 1943.
- 4.- BORJA SORIANO GUILLERMO. "Derecho Procesal Penal". Edit. --
Cajica. Puebla, Primera Edición, 1985.
- 5.- COLIN SANCHEZ GUILLERMO. "Derecho Mexicano de Procedimien-
tos Penales". Edit. Porrúa, México. Sécima edición 1986.
- 6.- CABANELLAS GUILLERMO. "Diccionario enciclopédico de derecho
usual". 17a. edición. Editorial, Helizasta, Buenos Aires Re-
pública de Argentina.
- 7.- CRNELUTTI. "Cuestiones sobre el proceso penal". Ediciones -
Juridicas Europa-América. Buenos Aires, 1952.
- 8.- FENECH, MIGUEL. "Derecho Procesal Penal". Edit. Labor, Tomo
II, Barcelona, Madrid. 1952.
- 9.- GOMEZ LARA CIPRIANO. "Teoría General del Proceso". México,-
Textos Universitarios, Segunda edición, 1981.
- 10.- GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE. "Principios de Derecho Proce-
sal Mexicano". Edit. Porrúa, S.A, Séptima Edición, México,-
1983.
- 11.- GARCIA RAMIREZ SERGIO. "Derecho Procesal Penal". Edit. Por-
rúa, Cuarta Edición, México, 1983.
- 12.- GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE. "Derecho Procesal Penal Mexi-
cano". Edit. Porrúa, Novena Edición, México 1988.

- 13.- GARCIA RAMIREZ SERGIO. "Curso de Derecho Procesal Penal". - Edit. Porrúa, Tercera Edición, México 1980.
- 14.- LEMUS GARCIA RAUL. "Compendio de derecho Romano". Edit. Libresa. Cuarta Edición, México, 1979.
- 15.- LA DIFESA PENATE. Seconda edizione, Colonia, 1975.
- 16.- MARGADANT, S. GUILLERMO F. "Derecho Romano". Edit. Esfinge-S.A., Novena Edición, México, 1974.
- 17.- M. ORTOLAN. "Tratado de derecho Penal". Imprenta de Agustín Auriol, 1959.
- 18.- OSORRIO Y NIETO CESAR AUGUSTO. "La Averiguación Previa". -- Edit. Porrúa S.A., Segunda Edición, México, 1983.
- 19.- CRONCE SANTANA CARLOS M. "Manual de Derecho Procesal Penal"
- 20.- PETIT EUGENE. "Tratado elemental de derecho Romano". Edit.- Nacional, s.A., Novena Edición, México, 1980.
- 21.- PEREZ PALMA RAFAEL. "Fundamentos Constitucionales del Proce-
dimiento Penal". Cárdenas editor, distribuidor, Edición 1980
- 22.- FINA RAFAEL DE. "diccionario de Derecho". Edit. Porrúa S.A.
Edición Décima Primera, Méico, 1983.
- 23.- PEREZ DE LEON ENRIQUE. "Notas de Derecho Constitucional Ad-
ministrativo", Quinta Edición, 1986.
- 24.- RIVERA SILVA MANUEL. "El procedimiento Penal". Edit. Porrúa
S.A., Décima Tercera Edición, México, 1983.
- 25.- VICENSO MANZINI. "Tratado de Derecho Procesal Penal". Edi-
ciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.
- 26.- SANORA-PIERCE JESUS. "Garantías y Proceso Penal". Editorial
Porrúa, S.A., México, 1987.
- 27.- SARCO FRANCISCO. "Historia del Congreso Constituyente de --
1857". México, D.F., Imprenta Escalante, 1916.

- 28.- FERRO BARTOLINO. "El Proceso Penal y los autos jurídicos procesales"... Tomo II S/F.

LEGISLACION

- 1.- Constitución Política de los estados unidos Mexicanos
- 2.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal
- 3.- Código Federal de Procedimientos Penales
- 4.- Ley de Asparo
- 5.- Código Penal para el Distrito Federal.
- 6.- Código Civil para el distrito Federal
- 7.- Código Penal para el Estado de México
- 8.- Ley Orgánica de la Procuraderia General de la República
- 9.- Ley de la Defensoria de Oficio del fuero Común en el D.F.
- 10.- Reglamento de la Defensoria de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal.