

29
2ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"A R A G O N"



INOPERANCIA DE LA ACTIVIDAD DEL DEFENSOR EN LA
AVERIGUACION PREVIA EN MATERIA FEDERAL

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
CESAR BALDOMERO VELA RAMOS

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

INTRODUCCION.....	Pág. I
-------------------	-----------

C A P I T U L O I

GENERALIDADES

1.- CONCEPTO DE DEFENSOR.....	1
2.- FUNDAMENTO LEGAL.....	4
3.- NATURALEZA JURIDICA.	
a).- TEORIAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURIDICA.....	6
4.- PRINCIPIOS QUE CARACTERIZAN AL DEFENSOR...	12
5.- ACTIVIDADES QUE DESARROLLA.....	14
6.- EL DEFENSOR PARTICULAR.....	16
7.- EL DEFENSOR DE OFICIO.....	18
a).- ANALISIS DEL REGLAMENTO DE LA DEFENSORIA DE OFICIO.....	20

C A P I T U L O II

ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL

1.- CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO PENAL.....	30
2.- SISTEMAS PROCEDIMENTALES PENALES.	
a).- INQUISITORIO.....	35
b).- ACUSATORIO.....	37
c).- MIXTO.....	39
3.- ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.....	39

a).- AVERIGUACION PREVIA.	
a.1).- CONCEPTO.....	40
a.2).- CARACTERISTICAS.....	42
a.3).- AUTORIDADES ENCARGADAS DE INTEGRAR LA AVERIGUACION PREVIA....	43
a.4).- EL PRINCIPIO DE BUENA FE DEL MINISTERIO PUBLICO.....	46
b).- PRE-INSTRUCCION.....	47
c).- INSTRUCCION.....	51
d).- JUICIO.....	63
e).- EMISION DE SENTENCIA.....	64

C A P I T U L O III

LA ACTIVIDAD DEL DEFENSOR EN LA AVERIGUACION PREVIA EN MATERIA FEDERAL

1.- FUNDAMENTO LEGAL DEL DEFENSOR EN LA AVERIGUACION PREVIA EN MATERIA FEDERAL.	
a).- ANALISIS DEL ARTICULO 128, PARRAFO TERCERO Y 160 DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDI- MIENTOS PENALES.....	70
2.- MOMENTO PROCEDIMENTAL DE LA INTERVENCION DEL DEFENSOR EN LA AVERIGUACION PREVIA.	
a).- CON DETENIDO.....	78
b).- SIN DETENIDO.....	80
3.- LA PRESENCIA DEL DEFENSOR EN LA AVERIGUACION PREVIA POR EL PRIN- CIPIO DE LEGALIDAD.....	80
4.- EL SISTEMA INQUISITIVO Y EL DEFENSOR.....	82
5.- OFRECIMIENTO DE PRUEBAS POR PARTE DEL DEFENSOR EN LA AVERIGUACION PREVIA.....	83

6.- INOPERANCIA DEL CONTENIDO DEL ARTICULO 128, PARRAFO TERCERO DEL CODIGO FEDERAL DE PROCE - DIMIENTOS PENALES.....	84
CONCLUSIONES.....	87
BIBLIOGRAFIA.....	92

I N T R O D U C C I O N

El motivo del presente trabajo es el análisis del artículo 128, párrafo tercero del Código Federal de Procedimientos Penales, que se refiere precisamente al defensor en la averiguación previa.

La Constitución Federal en el artículo 20 fracción IX, regula la figura del defensor en un juicio del orden criminal, cuestión esta que implica el fundamento constitucional del defensor.

En un sistema como el nuestro, encontrándonos en un Estado de Derecho, el Constituyente de Querétaro y el Constituyente Permanente, han querido que una persona que se ve envuelta en actos ilícitos, pueda libremente defenderse por sí misma o por conducto de una persona que la defiende.

La averiguación previa como lo veremos en su oportunidad es un procedimiento inquisitorio en el que el Ministerio Público tiene todas las facultades para reunir los elementos que estime pertinentes para la integración de la misma, comprobando el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad de un acusado, que tenga o no a su disposición, en tanto que la defensa es muy limitada.

El numeral motivo de esta tesis, como ya se apuntó, establece la figura del defensor, que realmente nos damos cuenta con cierta frecuencia que en la averiguación

previa no existe, quedando el acusado en estado de indefensión, totalmente en manos del Ministerio Público, que a más de que tiene todas las facultades en ese procedimiento inquisitorio, todavía no hay defensa alguna para el inculpado, motivo por el cual consideramos que al prevenir la ley adjetiva penal federal la defensa particular en la averiguación previa queda incompleto el pensamiento del legislador, dado que aun y cuando el Ministerio Público asiente en las actuaciones que ha hecho saber al detenido el derecho que tiene para designar defensor, en realidad nunca lo hace, por lo que, para complementar la disposición objeto del presente trabajo, debe instituirse la figura del defensor de oficio en la averiguación previa, todo ello con la finalidad de otorgar mayor seguridad jurídica al inculpado, razón por la cual expondremos nuestros puntos de vista correspondientes en el desarrollo de nuestro trabajo para concluir con la proposición que mencionamos en líneas que anteceden.

INOPERANCIA DE LA ACTIVIDAD DEL
DEFENSOR EN LA AVERIGUACION
PREVIA EN MATERIA FEDERAL

CAPITULO I

GENERALIDADES

1.- CONCEPTO DE DEFENSOR.

Los diversos tratadistas en materia de Derecho Procesal Penal, en sus obras, a pesar de que tratan el tema de la defensa, no vierten concepto alguno sobre lo que debe entenderse por defensor. sin embargo, en este apartado señalaremos diversos conceptos que se han de extraer de los diccionarios jurídicos, de lo cual se hablará a continuación.

Para el jurista Juan Palomar de Miguel, defensor significa: "(lat. defensor.) adj. y s. Que protege, ampara o defiende. // m. Der. Persona encargada en juicio de una defensa y sobre todo la nombrada por el juez para defender los bienes de un concurso, para que sostenga el derecho de los ausentes. // Der. Persona que acude en legítima defensa de un pariente o de un extraño. // - de confianza. Der. El libremente designado por el defendido, en contra posición con el defensor de oficio. // - de menores. Der. Persona que designa el juez para representar y amparar a los sometidos a patria potestad cuando éstos tienen intereses incompatibles con los de sus padres. // - de oficio. Der. Abogado de oficio. // - de pobres y ausentes. Der. Funcionario judicial que se encarga de defenderlos ante los tribunales de justicia. // - judicial

Der. Abogado que, ejerciendo libremente la profesión, es designado por la autoridad judicial, conforme a la ley, con el fin de que realice una función o servicio relativos a su ministerio, a los fines de la administración de justicia". (1)

Como se puede observar, en realidad, más que un concepto de defensor, se trata de una idea de lo que es el mismo, consistente en representar, proteger, defender a un determinado número de personas que lo requieren, todo ello conforme a la ley; la idea de que se habla, desde luego encuadra perfectamente en la hipótesis motivo del presente trabajo, pues aun y cuando dentro del concepto que indica el citado maestro, no se encuentra el defensor en la averiguación previa, resulta evidente que éste, si dá lugar al concepto que se pretende para nuestro estudio.

El jurisconsulto Vincenzo Manzini afirma: "El defensor es el que interviene en el proceso penal para desplegar en él una función de asistencia en favor de los derechos y demás intereses legítimos de un sujeto procesal en la aplicación de una finalidad de interés público y no solamente para el patrocinio del interés particular". (2)

De lo manifestado por el citado autor puede

(1).- PALOMAR DE MIGUEL, Juan.- Diccionario para Juristas.- Ediciones Mayo S. de R.L.- México, 1981.- Pág. 388.

(2).- MANZINI, Vincenzo.- Derecho Procesal Penal I.- Editorial Egea.- Buenos Aires, Argentina, 1960.- Pág. 574.

decirse, en otras palabras que también considera al defensor como un protector o defensor de los derechos de un sujeto procesal, debiéndose hacer notar que, para los efectos del presente trabajo, resulta adecuado el concepto precisado, con la salvedad de que nosotros lo ubicamos dentro de nuestro derecho.

Para los catedráticos mexicanos Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara el defensor es una: "Persona que toma a su cargo la defensa en juicio de otra u otras. Cuando ésta defensa constituye una actividad profesional, el defensor se denomina abogado". (3)

De lo anterior se observa que no es propiamente una definición de lo que debe entenderse por defensor, sino que únicamente se limitan los maestros citados a establecer una descripción de lo que consideran es el defensor.

Ahora bien, la mayor parte de los diccionarios al definir al defensor, lo hacen mencionando que es aquel que ampara, que defiende, que protege.

De acuerdo a los conceptos antes transcritos, se colige que el defensor es precisamente el que protege, el que ampara, que resguarda una causa en un juicio determinado, pero que, conforme al tema de que se trata no sólo podrá ser

(3).- PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael de.- Diccionario de Derecho.- Editorial Porrúa S.A.- México, 1985.- Pág.206

éste un defensor, sino también aquel que reúna las mismas características, pero en una averiguación previa como lo veremos en el siguiente apartado.

2.- FUNDAMENTO LEGAL.

Para establecer el fundamento legal de la figura del defensor, previamente debemos señalar su fundamento constitucional contenido en la fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

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

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

Como podemos ver la Constitución Federal

establece la figura del defensor en juicio, aun desde el momento en que sea aprehendido el acusado podrá nombrar defensor, no olvidando que conforme a lo previsto en el artículo 16 de la propia Constitución, la orden de aprehensión sólo puede girarla la autoridad judicial.

Es importante señalar que la figura del defensor en la averiguación previa, no se encuentra regulada en nuestra Constitución, sin embargo en el Código Federal de Procedimientos Penales, en el artículo 128, párrafo tercero sí se contiene ésta figura como se advierte de la lectura de dicho numeral, que no se transcribirá por el momento, ya que forma parte del apartado uno del capítulo III de este trabajo.

En cuanto al defensor en juicio, el artículo 160 del referido cuerpo de leyes, es reglamentario de lo que prevé la fracción IX del artículo 20 constitucional, ya transcrito y que posteriormente se analizará.

Por otro lado, por lo que se refiere al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el fundamento legal del defensor, una vez que el acusado ha sido aprehendido, se encuentra contenido en el artículo 134 que textualmente expresa: "Siempre que se lleve a cabo una aprehensión en virtud de orden judicial, quien la hubiere ejecutado deberá poner al aprehendido, sin demora alguna, a disposición

del tribunal respectivo, informando a éste acerca de la fecha, hora y lugar en que se efectuó, y dando a conocer al aprehendido el derecho que tiene para designar defensor".

Asimismo, el artículo 296 del cuerpo de leyes en consulta establece: "Todo acusado tendrá derecho a ser asistido en su defensa por sí o por la persona o personas de su confianza. Si fueren varios los defensores, estarán obligados a nombrar un representante común, o, en su defecto, lo hará el juez".

Igualmente, el artículo 290, fracción III de dicha ley, menciona la obligación que tiene el juez para hacerle saber al detenido el derecho que tiene para nombrar persona de su confianza que lo defienda, y en caso de no hacerlo le nombrará uno de oficio.

3.- NATURALEZA JURIDICA.

a).- TEORIAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURIDICA.

Mucho se ha hablado sobre la naturaleza jurídica del defensor en la doctrina, pues cada quien vierte su punto de vista considerando al defensor de diversas maneras: así se ha afirmado: si el defensor es un mandatario del inculcado que no pueda salirse de los límites del mandato, o es un auxiliar de la administración de justicia, o es un defensor del Derecho en cuanto éste puede verse vulnerado en la persona

de su cliente o defensor, o es un asesor del procesado, o es un colaborador del proceso, o es un órgano imparcial de la justicia; acto continuo se expone lo que los autores de la materia opinan al respecto.

El maestro Guillermo Colín Sánchez dice: "Desde el punto de vista de la representación, no es posible situarlo dentro de la institución del mandato civil, porque aunque ejerce sus funciones por disposición de la ley y por la voluntad del mandante (procesado), no reúne los elementos característicos del mandato. La designación de defensor y los actos que lo caracterizan se ciñen estrictamente a los actos procesales que, en todos sus aspectos, están regulados por la ley y no por el arbitrio de las partes". (4)

Por su parte el licenciado Juan José González Bustamante al referirse al mismo tópico, asevera: "Si fuese un mandatario tendría que regirse por las reglas del mandato y ajustar sus actos a la voluntad expresa del mandante, si recordamos que el mandato es un contrato por virtud del cual una persona llamada mandante da a otra, llamada mandatario, el poder de ejecutar en su nombre uno o muchos actos jurídicos. En la interposición de los recursos o de otros medios de defensa que consagra la ley para impugnar las resoluciones judiciales,

(4).- COLIN SANCHEZ, Guillermo.- Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.- Editorial Porrúa S.A.- 3ª edición.- México, 1974.- Pág. 181.

necesitaria contar con el expreso consentimiento del mandante, que es el acusado y que en cualquier momento podría contrariar las peticiones del mandatario". (5)

Estamos de acuerdo con lo afirmado por los citados autores, habida cuenta que efectivamente al defensor no puede considerársele como un mandatario, sobre todo si se toma en cuenta que, el mandato es obrar a nombre y por cuenta de otro, lo que en el caso específico no acontece, dadas las facultades que tiene el defensor dentro del proceso, pues sin que el indiciado le indique que es lo que debe de hacer, deberá obrar conforme a lo que establece la ley y de acuerdo a los intereses de su cliente.

El mismo Licenciado González Bustamante afirma que no puede decirse que el defensor tenga el carácter de un mero auxiliar de la administración de justicia, ya que "estaría obligado a romper el secreto profesional y a comunicar a los jueces todos los informes que hubiese recibido del inculgado". (6)

Resulta lógico lo aseverado en la transcripción anterior, pues cabría preguntarse ¿ a servicio de quién está el defensor ?; ello independientemente de que en

(5).- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José.- Principios de Derecho Procesal Mexicano.- Editorial Porrúa S.A.- 9ª edición.- México, 1988.- Pág. 91.

(6).- IDEM.

los artículos 210 y 211 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, se tipifica el delito de revelación de secretos, lo cual es una razón de más para considerar que el defensor no es un auxiliar de la administración de justicia.

Se habla también de que el defensor no es un simple asesor del inculcado, pues sus actos no se constrinen únicamente a ello pues debe cumplir con los fines de la personalidad que ostenta, defendiendo en lo que sea posible los intereses del procesado, obrando siempre por cuenta propia, de ahí que, Borja Osorno afirme: "La tarea del defensor se caracteriza por ser auxiliar del inculcado, y por tanto, está limitada a una actividad defensiva. El defensor no pone de relieve puntos de vista desfavorables al reo, ni le produce molestias procesales, ni intenta conseguir resoluciones desfavorables. No opondrá a la petición del fiscal de que absuelvan al inculcado, la súplica de que le condenen. No defiende el interés público. Ni siquiera debe proceder a una actividad de ataque a los efectos de la ley, aunque el propio inculcado lo desee."⁽⁷⁾

Reafirmando lo anterior, por su parte el maestro Rafael Pérez Palma, en relación con la naturaleza

(7).- BORJA OSORNO.- Citado por GARCIA RAMIREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria, en Prontuario de Derecho Procesal Mexicano.- Editorial Porrúa S.A.- México, 1968.- P5q.114.

jurídica del defensor, consigna: "... en algún tiempo se pensó que el defensor era el patrono del acusado, pero en la actualidad es algo más que eso. Su función es compleja, pues comprende la asistencia técnica que el acusado requiere, la representación de éste en el proceso, en los recursos, incluyendo el juicio de amparo; su intervención es elemento equilibrante en la contienda jurisdiccional, ya que el Ministerio Público es siempre la parte fuerte; es un auxiliar del propio juez, no porque claudique de su obligación defensora, sino para que instruya al propio juez, respecto de la defensa material que hubiere propuesto el acusado o en relación a la técnica que él considere procedente".⁽⁸⁾

Como se puede ver, el referido maestro estima una descripción completa de lo que es la naturaleza jurídica del defensor, pues engloba la mayor parte de las teorías sobre el tema de que se trata.

Existen otras teorías que explican que el defensor es un colaborador del proceso como así lo sostiene el maestro Jorge Claría al decir: "...al lado y en representación, según los casos, de los sujetos privados del proceso, sean principales o secundarios, en general actúan los defensores y mandatarios y los asesores profesionales".⁽⁹⁾

(8).- PEREZ PALMA, Rafael.- Guía de Derecho Procesal Penal.- Cárdenas, Editor y Distribuidor.- 2ª edición.- México, 1975.- Pág. 277.

(9).- CLARÍA OLMEDO, Jorge A.- Tratado de Derecho Procesal Penal.- Tomo III.- Ed. Edial.- Argentina, 1960.- Pág.9.

Otro punto de vista no lo da el procesalista Francesco Carnelutti al aseverar que el defensor: "...tiene, en cambio, una posición singular que no siempre, ni siquiera por los cultivadores del derecho procesal, ha sido exactamente definida". (10)

En las relacionadas condiciones, después de haber examinado diversas teorías, tenemos que a ciencia cierta no se ha determinado la verdadera naturaleza jurídica del defensor, ya que cada quien expresa su posición personal, tan es así que citaremos dos criterios más, que de los mismos se desprende la afirmación vertida.

El maestro Guillermo Colín Sánchez comenta: "A nuestro juicio, la personalidad del defensor en el derecho mexicano es clara y definida: si bien es cierto que está ligada al indiciado como tal, al acusado, ect., en cuanto a los actos que deberá desarrollar, también lo es que no actúa con el simple carácter de un representante de éste; su presencia en el proceso y los actos que en el mismo desarrolla obedecen, en todo, al principio de legalidad que gobierna al proceso penal mexicano y a su carácter acusatorio en el que destacan, en forma principal, la acusación, la defensa y la decisión.

(10).- CARNELUTTI, Francesco.- Derecho y Proceso.- Ediciones Jurídicas Europa-América.- Argentina, 1967.- Pág. 120.

El defensor, como ya lo hicimos notar, en un sentido amplio, colabora con la administración de justicia; en un sentido estricto, sus actos no se constriñen únicamente al consejo técnico o al simple asesoramiento del procesado, pues es claro, como con todo acierto señala Carlos Franco Sodi, que: "obra por cuenta propia y siempre en interés de su defensor", de tal manera que es un sujeto integrante de la relación procesal que deduce derechos".⁽¹¹⁾

Asimismo, el Licenciado González Bustamante dice que: "La posición del defensor es sui generis; que no es ni un mandatario, ni un asesor técnico, ni un órgano imparcial de los tribunales, ni menos un órgano auxiliar de la administración de justicia..."⁽¹²⁾

En este orden de ideas, hemos visto cómo al defensor en cuanto a su naturaleza jurídica se refiere, se le considera desde varios puntos de vista que, desde luego resultan lógicos y que tratan de determinar la posición que guarda el defensor en el proceso.

4.- PRINCIPIOS QUE CARACTERIZAN AL DEFENSOR.

Conforme a lo relatado, pueden extraerse los principios que caracterizan al defensor, sintetizándolos en

(11).- COLIN SANCHEZ, Guillermo.- Op. Cit.- Pág. 182.

(12).- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José.- Op. Cit.- Pág. 93.

la siguiente forma:

El defensor:

- a).- Dirige la actividad procesal de la parte, es su conductor o manejador legal.
- b).- Realiza toda actividad encaminada a hacer valer en el proceso penal los derechos e intereses de su defenso e impedir la actuación de la pretensión punitiva y la de resarcimiento.
- c).- Realiza toda actividad en relación al inculcado con la obligación de aportar y estimular en pro del mismo todos los elementos que le sean favorables, tanto procesal como substantivamente.
- d).- Integra la personalidad procesal y colabora con el juez en la conclusión del proceso, en la investigación de la verdad, con el fin de actuar con justicia.
- e).- En el proceso penal moderno se aproxima cada vez más a ser un consultor técnico del juez, que expone a éste su motivada opinión acerca de las razones de la parte por él defendida.
- f).- Es la expresión del estudio de un profesional independiente que es el portavoz de su propia ciencia y conciencia.

g).- Integra la personalidad procesal y colabora con el juez en la dirección y desenvolvimiento del proceso, todo ello en busca de la verdad y al servicio de la justicia.

h).- Auxilia al procesado con sus conocimientos jurídicos, haciendo valer ante el juez los derechos e intereses de éste para protegerlo de resoluciones injustas e impedir, por todos los medios lícitos, declaraciones judiciales desfavorables para él mismo.

i).- Es una persona encargada de prestar gratuitamente o a cambio de una retribución asistencia técnica a favor del inculcado, que vierte sus conocimientos profesionales al servicio de éste.

j).- Está obligado a prestar un juramento para cumplir fielmente las obligaciones y deberes inherentes a su cargo.

k).- Está obligado a guardar el secreto profesional respecto de las confidencias que le haga el inculcado.

5.- ACTIVIDADES QUE DESARROLLA.

Las actividades que desarrolla el defensor dentro del procedimiento penal son las siguientes:

a).- Aceptar el cargo de defensor de un

reo.

b).- Solicitar la libertad caucional del reo en los términos del artículo 20, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

c).- Promover las pruebas conducentes en defensa del reo.

d).- Dirigir en su defensa al reo.

e).- Asistir al inculcado en las diligencias del proceso que señale el juez.

f).- Formular todas las promociones que sean conducentes para la tramitación regular del proceso.

g).- Interrogar a los testigos que depongan en contra del reo, para su defensa.

h).- Interrogar al ofendido u ofendidos en relación con las declaraciones vertidas ante el Ministerio Público en la averiguación previa, para la defensa del procesado.

i).- Formular las conclusiones de inculpabilidad dentro del término que señale el juez.

j).- Interponer los recursos que procedan en los términos que marque la ley, cuando las resoluciones

del juzgador sean desfavorables a su defensor.

k).- Expresar los agravios que procedan en la tramitación del recurso de apelación que haya promovido en contra de una resolución del juez que sea desfavorable a los intereses del reo.

l).- Interponer los incidentes que señale la ley a favor del reo, cuando así proceda.

6.- EL DEFENSOR PARTICULAR.

La figura del defensor particular se encuentra contenida en la primera parte de la fracción IX del artículo 20 constitucional al establecer que en todo juicio del orden criminal al acusado se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos según su voluntad.

Esta "persona de su confianza", según la Constitución, por no preveerlo, no requiere que sea Licenciado en Derecho, sin embargo, a nuestro parecer sí resulta indispensable que sea un perito en derecho, pues de no ser así puede dar como consecuencia una defensa deficiente, a virtud de no conocer el derecho y por consiguiente, ignorar los medios legales para defender al procesado.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 296 es reglamentario de lo

dispuesto en la fracción citada y no exige que la persona de confianza que nombre el reo, ostenten título de Licenciado en Derecho, con lo cual puede decirse que cualquiera persona, aun sin título puede ser defensor del procesado.

Ahora bien, el artículo 28 de la Ley de Profesiones dispone: "En materia penal, el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por medio de persona de su confianza o por ambos según su voluntad. Cuando la persona o personas de la confianza del acusado, designados como defensores no sean abogados, se le invitará para que designe, además, un defensor con título. En caso de que no hiciere uso de este derecho, se le nombrará el defensor de oficio".

De lo anterior, se desprende la inconstitucionalidad del referido artículo, dado que va más allá de lo que establece la Constitución, porque exige que la persona que designe el acusado tenga título de Licenciado en Derecho, lo cual a pesar de su inconstitucionalidad, nos parece adecuado ya que como dijimos anteriormente, la persona que defienda al reo debe tener los conocimientos suficientes y la autorización legal para ejercer la profesión, pues ello implica que conozca los medios legales para defender al reo, pues de no ser así, lo único que sucede es que se le pueda perjudicar a éste en sus intereses.

Por otro lado, el artículo 160 párrafo segundo

del Código Federal de Procedimientos Penales prevé que el inculpado puede designar a persona de su confianza para que lo defienda, con la salvedad de que si no tiene título, el tribunal dispondrá que intervenga además del designado un defensor de oficio para que lo asesore.

Como podemos ver, éste precepto no contiene una prohibición absoluta sobre el defensor que no tenga autorización para el legal ejercicio de la profesión, sino que lo acepta, pero en una forma limitativa al no darle una intervención total en el proceso, puesto que debe nombrársele al reo un defensor de oficio para que asesore al que haya designado dicho inculpado que no ejerza legalmente la profesión de abogado.

En todo caso el defensor particular es aquella persona de confianza que nombra el reo para que lo defienda en el proceso, debiendo tener título legalmente expedido por la autoridad facultada para ese efecto, ello sin perjuicio de que cobre sus honorarios correspondientes por la actividad realizada.

7.- EL DEFENSOR DE OFICIO.

Al igual que la figura analizada en el apartado que antecede, el defensor de oficio encuentra su fundamento constitucional en el artículo 20, fracción IX de

la Ley Fundamental.

La institución del defensor de oficio nace del principio de la obligatoriedad de la defensa, en virtud de que si el acusado no hace uso del derecho que le confiere la Constitución y la ley, de designar persona de su confianza o defensor particular, y prescinde de ese derecho, entonces aparece el defensor de oficio que es una institución gratuita regulada tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales, como en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Al respecto el jurista Pérez Palma asevera: "En la actualidad no es concebible un proceso sin defensa técnica, aun en el supuesto de que el detenido se niegue a hacer nombramiento de defensor, por muchas razones: porque es necesario reintegrar la personalidad moral y psíquica del inculcado, debilitada con la detención, con el encarcelamiento y el ejercicio de la acción penal, porque es necesario equilibrar la contienda jurisdiccional, contrarrestando la influencia y las presiones del Ministerio Público; porque es necesario que procesalmente el inculcado tenga un representante legal que actúe a pesar y en contra de la voluntad del imputado, interponiendo recursos, repreguntando testigos o haciendo valer situaciones que le sean favorables.

De esta manera la defensa no es solamente

un derecho para el acusado, sino una obligación procesal; el juez, en el momento en que advierta que el procesado carece de defensor, sea porque el nombrado hubiera abandonado la defensa o por cualquiera otra causa, se verá precisado a tomar las providencias pertinentes, para proveer de defensor al reo". (13)

El tratadista Colín Sánchez al hablar del defensor de oficio, consigna: "La defensoría de oficio tiene por objeto patrocinar a todos los procesados que carezcan de defensor particular.

En el orden federal y en la justicia del fuero común, el Estado ha instituido patrocinio gratuito en beneficio de quienes, estando involucrados en un asunto penal, carecen de medios económicos para pagar a un defensor particular, o aun teniéndolo, no lo designan". (14)

a).- ANALISIS DEL REGLAMENTO DE LA DEFENSORIA DE OFICIO.

El Reglamento de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal, fue expedido por el Presidente Lázaro Cárdenas, el 07 de mayo de 1940 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de ese

(13).- PEREZ PALMA, Rafael.- Op. Cit.- Pág. 280.

(14).- COLIN SANCHEZ, Guillermo.- Op. Cit.- Pág. 155.

mismo año.

Dentro de la exposición de motivos de dicho reglamento se establece la conveniencia de hacer definitivo el funcionamiento del Cuerpo de Defensores de Oficio dependientes del Departamento del Distrito Federal, persiguiendo mayor eficiencia en las labores y una forma de divulgación fácil y precisa, a fin de que las personas favorecidas puedan requerir los servicios de dichos defensores con oportunidad y eficacia.

El reglamento en cuestión consta de 38 artículos divididos en siete capítulos, divididos de la manera siguiente:

Capítulo I: Disposiciones Generales.

Capítulo II: Atribuciones del Jefe del Cuerpo de Defensores.

Capítulo III: De los Defensores de Oficio en el Ramo Penal.

Capítulo IV: De los Defensores de Oficio del Ramo Civil.

Capítulo V: De las Oficinas de la Defensoría de Oficio.

Capítulo VI: Excusas.

Capítulo VII: Sanciones.

Para el tema en estudio se omitirá el análisis

del capítulo IV, en razón a que se refiere a los defensores de oficio en el ramo civil.

El capítulo I del ordenamiento citado, habla de disposiciones generales de los artículos 1º a 5º, estableciendo al efecto en el artículo 1º, en lo referente a nuestro tema que el Cuerpo de Defensores de Oficio del Fuero Común proporcionará la defensa necesaria, en materia penal a las personas que lo soliciten, lo que consideramos que por un lado, efectivamente puede designarlo un reo, como ya hemos venido hablando, pues al no tener medios económicos para designar a un defensor particular, pues puede señalar al de oficio, pero, cabe hacer notar que no sólo los defensores de oficio proporciona la defensa necesaria a quienes se lo soliciten, sino que además cuando lo designe el juez; asimismo, dice el artículo en cita que deben interponer los recursos que procedan en los procesos en que intervengan y aún el juicio de amparo, cuando éste sea indispensable para la defensa de los derechos de sus defensos, así como cuando la jefatura lo considere procedente.

El numeral 2º, establece que el Cuerpo de Defensores de Oficio estará dividido en tantas adscripciones como fueren necesarias para atención de los asuntos penales que se le encomienden, haciendo incapié en que a los defensores de oficio les está vedado el ejercicio de su profesión en la

rama a la que estén adscritos.

En el artículo 3º se establece la obligación de los defensores de rendir un informe detallada de los procesos en que hubieren intervenido en el ejercicio al día último del mes anterior, debiendo rendir tal informe dentro de los cinco días siguientes.

El informe mencionado deberá rendirse por triplicado, del cual el original se enviará al jefe del Departamento del Distrito Federal, por conducto del jefe de Defensores de Oficio; una copia para el archivo de la jefatura, y otra para el defensor, según previene el artículo 4º.

En el numeral 5º, se contiene la obligación de todos los defensores de concurrir a los actos culturales que en beneficio de los reclusos organice la Defensoría.

El capítulo II que habla de las atribuciones del jefe de Cuerpo de Defensores, las regula en el artículo 6º que contiene trece fracciones, que para efectos de nuestro estudio se hablará únicamente de las relacionadas con el mismo.

Dentro de las facultades del jefe citado se encuentran:

a).- Conforme a las necesidades del servicio, la distribución equitativa entre los defensores de las adscrip-

ciones a que hace referencia el artículo 2º.

b).- Resolverá las consultas que le hicieren los defensores y las personas que acudan a él.

c).- Vigilará la tramitación de libertades preparatorias e indultos.

d).- Rendirá al jefe del Departamento del Distrito Federal un informe mensual de las actividades desarrolladas por la defensoría.

e).- Comunicará a los defensores y empleados las disposiciones de la superioridad.

f).- Acompañará a los defensores, por lo menos una vez a la semana, a las visitas en las crujías que designe la Dirección del Penal, a los inculcados que no han rendido su declaración preparatoria.

g).- Visitará periódicamente los juzgados que comprenda cada adscripción, informándose de la atención que el defensor dedique a los procesos que tenga encomendados e igualmente a las Salas Penales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, con el mismo objeto.

h).- Acompañará a los defensores, por lo menos una vez al mes, a las visitas que éstos practiquen a los reos que se encuentre en prisión.

El capítulo III, habla de los defensores de oficio en el ramo penal de los artículo 7º a 17.

En el artículo 7º se establece la obligación de los defensores del ramo penal, con adscripción en los juzgados de la Capital, de concurrir diariamente a los mismos, debiendo permanecer en ellos o en la Oficina de la Defensoría de las diez a las catorce horas, ello sin perjuicio de que se les asigne turnos por las tardes.

El artículo 8º se refiere a los defensores con adscripción a juzgados foráneos, de paz y al Tribunal Superior de Justicia para que concurren a éstos los días y las horas que fije la jefatura.

En el artículo 9º se establece la prioridad para que los defensores atiendan de preferencia a los procesados que no estén en condiciones de nombrar un defensor particular, lo que realmente es una cuestión muy subjetiva, ya que se deja al criterio de los mismos determinar quienes están en condiciones o no de nombrar a un defensor particular.

En el dispositivo 10, se prevé la obligación de los defensores de llevar un libro de registro en el que se inscribirá al acusado, anotando el juzgado o tribunal en que se tramite el asunto, así como el delito, fecha del auto de formal prisión y vista de partes, un extracto en que se

pueda tener idea de las conclusiones de las partes en el proceso, fecha de la vista, sentencia impuesta y si ésta fué recurrida por alguna de las partes.

En el artículo 11, se previene la obligación del defensor cuyo juzgado se encuentre de turno, de visitar a los inculcados que aun no rinden su declaración preparatoria en la crujía que designe la Dirección del Penal, ofreciéndoles los servicios de la defensoría, teniendo además la obligación de preparar la defensa de los que así lo requieran.

En el dispositivo 12, se establece la obligación del defensor de levantar un acta de la visita que se menciona en el párrafo anterior, que será por duplicado y firmada por el encargado de la crujía y por el propio defensor, debiendo entregar un acta, al terminar la visita en la oficina de la defensoría.

En el numeral 13, se establece la obligación de los defensores de practicar mensualmente una visita a la prisión, para informar a los sus defensos de la secuela del proceso, de los requisitos para que obtengan la libertad bajo caución, y de la conveniencia de demostrar buenos antecedentes y todos los datos que sirvan para presentar sus descargos y recibir las quejas que tuvieren, levantando acta por duplicado de la visita, que será firmada por la persona que acompañe al defensor, designada por la Dirección del Penal, y por éste.

En el artículo 14, establece la obligación de los defensores de entregar a la Oficina de la Defensoría todas las copias de sus promociones formuladas en el mes correspondiente.

En el numeral 15, se establece la obligación al defensor de dar cuenta a la Jefatura con las conclusiones que formule en cada proceso, para que ésta haga las observaciones que estime convenientes.

El artículo 16, menciona la obligación de los defensores de poner en conocimiento de los jefes de los Departamentos del Distrito Federal y de Previsión Social, así como del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, las quejas que reciban de sus defensos.

En el artículo 17, se señalan obligaciones genéricas que tienen los defensores conforme a las leyes penales.

En el capítulo V, se establecen las disposiciones relativas a las Oficinas de la Defensoría de Oficio de los artículos 27 a 31.

Dicho capítulo establece que existirá una Oficina de la Defensoría de Oficio adscrita a las Cortes Penales.

Se establece que dicha oficina llevará un

libro de registro de todos los procesos penales que deberán enumerarse progresivamente y los demás datos que se mencionaron en el comentario al artículo 10.

El capítulo VI, relativo a las excusas, de los artículos 32 a 34, previendo que los defensores podrán excusarse de aceptar o continuar la defensa de un acusado cuando intervenga un defensor particular o 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 consanguíneos o afines dentro del cuarto grado (artículo 514 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal); también podrán excusarse cuando tengan íntimas relaciones de afecto, amistad o respeto con el ofendido; por ser deudor, socio, arrendatario, presunto heredero o instituido, tutor o curador de la parte ofendida; y cuando sufran ofensas o denuestos del acusado.

La excusa deberá presentarse por escrito al jefe del Cuerpo de Defensores, quien después de cerciorarse que es justificada, girará oficio al juez que conozca del asunto para que lo comuniqué al procesado, a efecto de que designe a otro defensor de la misma institución.

Finalmente el capítulo VII, establece las sanciones a que se hacen acreedores los defensores de oficio, independientemente de las que señalen el Código Penal, el de

Procedimientos Penales y el Reglamento Interior del Departamento del Distrito Federal.

En el numeral 36, aparte de las causas que señalen los cuerpos legales mencionados para castigar su conducta, previene sanciones por: I.- Demorar, sin justa causa las defensas que se les encomienden; II.- Negarse sin causa justificada a patrocinar las defensas que les correspondan por su cargo; III.- Solicitar o aceptar dinero, dádivas o alguna remuneración de sus defensos, o de las personas que tengan interés en el asunto que gestionen.

Las sanciones aplicables a los casos I y II que se mencionan en el apartado precedente serán el extrañamiento o apercibimiento y en el caso III el jefe del Cuerpo de Defensores dará cuenta al Jefe del Departamento del Distrito Federal, para que proceda como estime conveniente.

Como hemos visto el Reglamento en cuestión establece una serie de obligaciones, tanto para el jefe del Cuerpo de Defensores, como para los defensores de oficio adscritos a los juzgados, debiendo realizar las funciones en pro de sus defensos que no han designado un defensor particular; obligaciones que, en muchas ocasiones por el cúmulo de asuntos que llevan no es posible cumplimentarlas en los términos del Reglamento citado.

CAPITULO II

ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL

1.- CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

Existe gran debate en la doctrina para determinar en que momento inicia el proceso penal, por ello, se han elaborado diversos conceptos de lo que es procedimiento y proceso penal, sin pasar por alto el concepto de proceso. A continuación nos avocaremos a las definiciones que aportan los estudiosos del derecho procesal penal en cuanto al tema motivo de este apartado.

El profesor Manuel Rivera Silva al hablar de procedimiento penal sostiene: "...podemos definir el procedimiento penal como el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente".⁽¹⁵⁾

El jurista Victor Riquelme afirma que el procedimiento penal es: "...el conjunto de normas y reglas para la realización de la justicia penal...".⁽¹⁶⁾

En tanto que, el maestro González Bustamante asevera: "El procedimiento penal es el conjunto de actividades y formas regidas por el Derecho Procesal Penal, que se inician

(15).- RIVERA SILVA, Manuel.- El Procedimiento Penal.- Editorial Porrúa S.A.- 14ª edición.- México, 1984.- Pág. 5.

(16).- RIQUELME, Victor.- Instituciones de Derecho Procesal Penal.- Editorial Atalaya.- Argentina, 1946.- Pág. 14.

desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y lo investiga, y se prolongan hasta el pronunciamiento de la sentencia, donde se obtiene la cabal definición de las relaciones de Derecho Penal".⁽¹⁷⁾

Para el jurisconsulto Eugenio Florián el procedimiento es: "...el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso".⁽¹⁸⁾

El jurista Manzini, no define lo que es el procedimiento penal, sin embargo, habla de su finalidad al expresar: "El procedimiento penal tiene como finalidad la de tener, mediante la intervención del juez, la declaración de certeza, positiva o negativa, del fundamento de la pretensión punitiva derivada de un delito, que hace valer por el Estado el Ministerio Público".⁽¹⁹⁾

Finalmente el connotado maestro Colín Sánchez, después de analizar conceptos de procedimiento, proceso y proceso penal, nos dá su punto de vista y concluye: "El procedimiento es el conjunto de actos y formas legales que deben ser observados obligatoriamente por todos los que intervienen, desde el momento en que se entabla la relación jurídica material

(17).- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José.- Op. Cit.- Pág. 5.

(18).- FLORIAN, Eugenio.- Elemento de Derecho Procesal.- Editorial Bosch.- Barcelona, 1934.- Pág. 11.

(19).- MANZINI, Vincenzo.- Op. Cit.- Pág. 8.

de derecho penal, para hacer factible la aplicación de la ley a un caso concreto". (20)

De los conceptos transcritos, puede advertirse que los doctrinarios, más o menos se pronuncian en los mismos términos al tratar de definir que es el procedimiento penal, sin embargo, resalta de manera especial, la definición expresada por el maestro González Bustamante, ello en razón de que abarca las actividades y formas regidas por el Derecho Adjetivo Penal desde el mismo momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho ilícito, lo investiga, formula su acción penal, el juez se avoca al conocimiento del asunto y seguidos los trámites correspondientes pronuncia sentencia, por ello, debemos considerar que el procedimiento penal, como acertadamente lo regula el Código Federal de Procedimientos Penales al establecer:

"Art. 19.- El presente código comprende los siguientes procedimientos:

I.- El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público puede resolver si ejercita o no la acción penal;

II.- El de preinstrucción, en que se realizan

(20).- COLIN SANCHEZ, Guillermo.- Op. Cit.- Pág. 60.

las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculcado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar;

III.- El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiaridades del inculcado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste;

IV.- El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva;

V.- El de segunda instancia ante el tribunal de apelación, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos;

VI.- El de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas;

VII.- Los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos".

En sí puede decirse que el procedimiento penal abarca desde la fracción I hasta la fracción IV de dicho numeral

ya que, es precisamente donde se señala el pronunciamiento de la sentencia definitiva dictada por el juez de primera instancia; porque las fracciones V y VI del Código en cita se refieren a actos que pueden o no existir, ello en virtud de que en el caso de la fracción V, sólo aparecerá la segunda instancia cuando se interponga recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia pronunciada por el juez natural, por cualquiera de las partes que intervengan en la causa; y en el caso de la fracción VI sólo existirá ejecución de sentencia cuando ésta sea condenatoria; motivos por los cuales no necesariamente puede considerarse que éstas fracciones abarquen al procedimiento penal, ello sin perjuicio de que la ley así lo establezca.

Por cuanto hace a la fracción VII del dispositivo legal invocado, cabe hacer notar, la inexactitud en que incurre el legislador al considerar dentro del procedimiento que se encuentra inserto en la referida legislación el de menores, en virtud de que, el artículo 503 del propio ordenamiento legal establece: "En todo lo relativo al procedimiento, medidas y ejecución de éstas, los tribunales federales para menores y las demás personas y autoridades que deban intervenir, se ajustarán a lo previsto en la ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, por lo cual resulta evidente que el procedimiento es de carácter administrativo, tal y como lo señala la propia ley citada en último

término.

2.- SISTEMAS PROCEDIMENTALES PENALES.

Al hablar del tema que da título a este apartado nos referimos en esencia, a los sistemas de enjuiciamiento penal, que tienen como funciones la acusación, la defensa y la decisión, que dentro del proceso pueden revestir diferentes formas, según el sistema de que se trate, razón por la cual, a continuación se examinarán los tres sistemas que hay en nuestro Derecho Procesal Penal.

a).- INQUISITORIO.

En la doctrina se le ha denominado también inquisitivo, lo cual carece de relevancia, en virtud de que se trata del mismo sistema.

En este sistema residen en una sola persona los actos de acusación, los actos de defensa y los actos de decisión, dicha persona jurídica es el juzgador, quien puede excederse en su acusación, en la cual participa y finalmente condena, aun sin ella, pues puede existir una revelación que se hace de la existencia de un delito ya consumado o en vías de consumarse, al juez, y todavía más, dicha acusación es anónima, existe la incomunicación del detenido y el carácter secreto del procedimiento, no existe limitación alguna para el juzgador, respecto a las medidas pertinentes y las inves-

tigaciones que considere convenientes para una amplia información sobre los hechos, por lo cual corresponde al juez la afirmación de éstos, la obtención de las pruebas en un juicio, para finalmente dictar la sentencia que indudablemente es condenatoria, dado que prácticamente no existe defensa.

Conforme a lo anterior, el sistema inquisitorio tiene las siguientes características:

"A).- En relación con la acusación:

- 1.- El acusador se identifica con el juez;
- 2.- La acusación es oficiosa.

B).- En relación con la defensa:

- 1.- La defensa se encuentra entregada al juez;
- 2.- El acusado no puede ser patrocinado por un defensor, y
- 3.- La defensa es limitada.

C).- En relación con la decisión:

- 1.- La acusación, la defensa y la decisión se concentran en el juez, y
- 2.- El juez tiene una amplia discreción en lo tocante a los medios probatorios aceptables.

En lo que atañe a las formas de expresión, prevalece lo escrito sobre lo oral y la instrucción y el juicio son secretos.

...predomina el interés social sobre el interés particular... oficiosamente principia y continua todas las indagaciones necesarias... se busca sin desmayo una prueba plena (por ejemplo, la confesión), utilizándose para ello el tormento". (21)

b).- ACUSATORIO.

Este sistema a diferencia del anterior, los actos de acusación, defensa y decisión no residen en el juzgador, sino en varias personas, a saber: Los actos de acusación corresponden a un órgano del Estado que es el Ministerio Público, los actos de defensa corresponden al defensor que puede ser particular o de oficio; y los actos de decisión, corresponden al juzgador.

Al juzgador no le está permitido exceder la acusación en la condena, exigiéndole la ley que para efectuar tal evento deberá escuchar previamente al procesado, por consiguiente en este sistema existen una serie de garantías que se encuentran consagradas en la Ley Fundamental de un País, de manera tal, que los actos de que se ha hablado tienen su origen en la misma, por lo cual el proceso se tiene que ceñir estrictamente a lo establecido en la ley.

Como el anterior, el sistema acusatorio

(21).- RIVERA SILVA, Manuel.- Op. Cit.- Pág. 183.

observa las siguientes características:

"A).- En relación con la acusación:

1.- El acusador es distinto del juez y del defensor. Es decir, quien realiza la función acusatoria es una entidad diferente de las que realizan la función defensiva y decisoria:

2.- El acusador no está representado por un órgano especial;

3.- La acusación no es oficiosa (allí donde no hay acusador o demandante, no hay juez);

4.- El acusador puede ser representado por cualquiera persona, y

5.- Existe libertad de prueba en la acusación.

B).- En relación con la defensa:

1.- La defensa no está entregada al juez;

2.- El acusado puede ser patrocinado por cualquier persona, y

3.- Existe libertad de defensa.

C).- En relación con la decisión:

1.- El juez exclusivamente tiene funciones decisorias". (22)

Las formas de expresión son orales y la

(22).- IDEM.- Pág. 182.

instrucción y el debate son públicos, prevaleciendo el interés particular sobre el interés general.

c).- MIXTO.

En este sistema los actos de acusación están encomendados a un órgano del Estado.

La instrucción como forma de expresión es escrita, ordenando el órgano jurisdiccional la práctica de diligencias, con objeto de conocer la verdad en todas sus formas, para estar en aptitud de resolver la cuestión planteada, de donde resulta que es al juzgador a quien le corresponde los actos de decisión. Asimismo la instrucción es secreta; en tanto que el debate es público y oral; igualmente los actos de defensa residen en el defensor.

3.- ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

Como ya se afirmó anteriormente, el procedimiento penal se entiende que comienza desde que el órgano del Estado toma conocimiento de un hecho que puede considerarse como delictuoso, iniciando así la averiguación previa, y concluyendo en los casos concretos con la emisión de la sentencia que se dicte en la causa penal que se haya instruido en contra de una persona que se le ha señalado como presunto responsable de un delito por el que se le sigue dicha causa.

Conforme a lo expresado en el párrafo que

antecede, procederemos al análisis de las figuras que integran el procedimiento penal.

a).- AVERIGUACION PREVIA.

a.1).- CONCEPTO.

El Dr. César Augusto Osorio y Nieto sostiene:
"Como fase del procedimiento penal, puede definirse 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 probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal". (23)

El maestro Manuel Rivera Silva conceptúa a la averiguación previa como: "Un conjunto de actividades realizadas por y ante un órgano especial que es el Ministerio Público y la Policía Judicial y debidamente reglamentadas en capítulo propio". (24)

El investigador Niceto Alcalá-Zamora no define propiamente lo que es la averiguación previa, sin embargo, asevera: "...dicho periodo comprende las "diligencias legalmente

(23).- OSORIO Y NIETO, César Augusto.- La Averiguación Previa Editorial Porrúa S.A.- 4ª edición.- México, 1989.- Pág.2.

(24).- RIVERA SILVA, Manuel.- Op. Cit.- Pág. 27.

necesarias para que el ministerio público pueda resolver si ejercita la acción penal", y en caso afirmativo se traduce en la "consignación a los tribunales"...".(25)

El profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México, Marco Antonio Díaz de León se pronuncia en los siguientes términos: "...la averiguación previa es un procedimiento que no pertenece al proceso, sino que equivale al cúmulo de actos que corresponde realizar al Ministerio Público durante su función investigadora del delito".(26)

Finalmente, el jurisconsulto Colín Sánchez, en relación al tema en cuestión dice: "La preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad".(27)

Como puede advertirse, palabras más palabras menos, los tratadistas definen a la averiguación previa de

(25).- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto.- Derecho Procesal Penal.- Editorial Jus.- Tomo II.- Milán, octubre de 1950.- Pág. 83-9.

(26).- DIAZ DE LEON, Marco Antonio.- Código Federal de Procedimientos Penales Comentado.- 2ª edición.- México, 1989.- Pág. 2.

(27).- COLIN SANCHEZ, Guillermo.- Op. Cit.- Pág. 233.

igual manera, ya que la consideran como un conjunto de actos realizados por el Ministerio Público encaminados a comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de un presunto acusado, mediante las diligencias que considere convenientes y conforme a la ley.

a.2).- CARACTERISTICAS.

Las características que reúne la averiguación previa son las siguientes:

Resulta un presupuesto sine qua non para el ejercicio de la acción penal, ya que sin ella el órgano del Estado no podría acudir ante los tribunales para pedir la aplicación de la ley, pues tiene que haber una verdad histórica que se debe a conocer al juzgador para solicitar la aplicación que se indica.

Tiene el carácter de pública, pues en toda la persecución de los delitos, se toma en consideración el orden social establecido, pues se orienta a la satisfacción de necesidades de naturaleza social.

Tiene el aspecto de policía, ya que al iniciarse, el Ministerio Público se trasladará de inmediato al lugar de los hechos, para dar fe de las personas y de las cosas a quienes hubiere afectado el hecho delictuoso y además

tomará los datos de las personas que lo hayan presenciado y en lo posible procurar que declaren en el mismo lugar de los hechos, y si ello no es posible citarlas para que dentro del término de veinticuatro horas comparezcan ante dicha autoridad a rendir su declaración (artículo 265 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Es oficiosa, en virtud de que para la búsqueda de pruebas, realizada por el Ministerio Público, no se requiere la solicitud de parte, ni aún en delitos que se persigan por querrela necesaria.

Se encuentra sometida al principio de la legalidad, toda vez que se deben de seguir por parte del Ministerio Público, los trámites que marca la ley para llevar a cabo la averiguación previa, por lo cual no queda a su arbitrio esa forma de llevar a cabo la misma.

a.3).- **AUTORIDADES ESCARCADAS DE INTEGRAR LA AVERIGUACION PREVIA.**

La autoridad encargada de las diligencias de averiguación previa, lo es, sin duda, el Ministerio Público. En relación con la institución del Ministerio Público, adecuándola a lo establecido en la Constitución Federal, comenta: "Como consecuencia de la reforma constitucional, Bustamante, González Bustamante, del Ministerio Público, de la reforma constitucional

tomará los datos de las personas que lo hayan presenciado y en lo posible procurar que declaren en el mismo lugar de los hechos, y si ello no es posible citarlas para que dentro del término de veinticuatro horas comparezcan ante dicha autoridad a rendir su declaración (artículo 265 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Es oficiosa, en virtud de que para la búsqueda de pruebas, realizada por el Ministerio Público, no se requiere la solicitud de parte, ni aún en delitos que se persigan por querrela necesaria.

Se encuentra sometida al principio de la legalidad, toda vez que se deben de seguir por parte del Ministerio Público, los trámites que marca la ley para llevar a cabo la averiguación previa, por lo cual no queda a su arbitrio esa forma de llevar a cabo la misma.

a.3).- AUTORIDADES ENCARGADAS DE INTEGRAR LA AVERIGUACION PREVIA.

La autoridad encargada de las diligencias de averiguación previa, lo es, sin duda, el Ministerio Público.

El profesor Juan José González Bustamante, en relación con la institución del Ministerio Público, adecuándola a lo establecido en la Constitución Federal, comenta: "Como consecuencia de la reforma constitucional

introducida a los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de la República de 1917, la institución del Ministerio Público quedó substancialmente transformada con arreglo a las siguientes bases: a).- El monopolio de la acción penal corresponde exclusivamente al Estado, y el único órgano estatal a quien se encomienda su ejercicio, es el Ministerio Público; b).- De conformidad con el Pacto Federal, todos los Estados de la República deben ajustarse a las disposiciones constitucionales, estableciendo en sus respectivas entidades la institución del Ministerio Público; c).- Como titular de la acción penal, el Ministerio Público tiene las funciones de acción y de requerimiento, persiguiendo y acusando ante los tribunales a los responsables de un delito; el Juez de lo Penal no puede actuar de oficio, necesita que se lo pida el Ministerio Público; d).- La Policía Judicial tiene a su cargo la investigación de los delitos, la busca de pruebas y el descubrimiento de los responsables y debe estar bajo el control y vigilancia del Ministerio Público, entendiéndose que la Policía Judicial constituye una función; que cualquier autoridad administrativa facultada por la ley, puede investigar delitos, pero siempre que esté bajo la autoridad y mando inmediato de los funcionarios del Ministerio Público; e).- Los jueces de lo criminal pierden su carácter de Policía Judicial, no están facultados para buscar pruebas por iniciativa propia y sólo desempeñan en el proceso penal funciones decisorias; f).- Los particulares no pueden ocurrir

directamente ante los jueces como denunciante o como querrelante. En lo sucesivo, lo harán precisamente ante el Ministerio Público para que éste, dejando satisfechos los requisitos legales, promueva la acción penal correspondiente. En materia Federal, el Ministerio Público es el Consejero Jurídico del Ejecutivo y es además, el promotor de la acción penal que debe hacer valer ante los tribunales y el Jefe de la Policía Judicial en la investigación de los delitos; también interviene en las cuestiones en que se interesa el Estado y en los casos de los menores e incapacitados. Deja de ser la figura decorativa a que se refería la exposición de motivos de la Primera Jefatura y su actuación es imprescindible para la apertura del proceso penal; tiene a su cargo la vigilancia en la pronta y recta administración de justicia. En el período de averiguación previa, ejerce funciones de autoridad en la búsqueda de las pruebas que han de servirle para el ejercicio de la acción penal, pero desde el momento en que promueve la acción ante los tribunales, pierde su carácter de autoridad y se convierte en parte". (28)

El Ministerio Público se encuentra presidido por una sola unidad de mando y de control que es el Procurador General, ya de Justicia del Distrito Federal, ya de la República, según la noticia del delito sea de índole del orden

común o del orden federal, respectivamente, y su fundamento constitucional de ambos se encuentra regulado en los artículos 73, fracción VI, base 6a. que prevé que el Ministerio Público en el Distrito Federal estará a cargo de un Procurador General de Justicia; y en el 102 de la Ley Fundamental que establece que el Ministerio Público de la Federación debe estar presidido por un Procurador General.

De acuerdo a lo anterior, el Ministerio Público al tener el monopolio en el ejercicio de la acción penal, será el único facultado para integrar la averiguación previa con el auxilio de la policía judicial, y con los requisitos y las condiciones que marca el artículo 16 de la Constitución General de la República.

a.4).- EL PRINCIPIO DE BUENA FE DEL MINISTERIO PUBLICO.

La sociedad tiene interés en el castigo de los responsables de los delitos, como en el respeto de los derechos y de las garantías de los gobernados que componen el núcleo social, de tal manera que las funciones del Ministerio Público deben mantenerse dentro de esos dos extremos, por lo cual, dicha autoridad no debe desempeñar el papel de un inquisidor, ni constituirse en una amenaza pública o de procesados.

En razón de lo expresado, resulta indudable

que la función del Ministerio Público no debe tener el carácter inquisitorio, ésto al menos en teoría, sin embargo, nos damos cuenta con pena, que no precisamente es una institución de buena fe en la práctica, en virtud de que en realidad la averiguación previa tiene todo el carácter de inquisitivo, pues siempre existen indagaciones por parte del Ministerio Público para la investigación de los delitos y tienen el carácter de secretas que evidentemente no dan al presunto acusado la oportunidad de defenderse como es debido y además en muchas ocasiones con el auxilio de la policía judicial arrancan prácticamente la confesión al inculpado, fuera de todo orden legal, no obstante las disposiciones en contrario que estén plasmadas en las diversas legislaciones.

b).- PRE-INSTRUCCION.

Una vez que el Ministerio Público ha realizado todas las diligencias necesarias en la averiguación previa, tendrá que determinar la pertinencia o no de ejercitar la acción penal, resultando aquella una fase preparatoria de ésta, por lo cual el Ministerio Público satisfechos los requisitos legales de la averiguación previa podrá provocar la actividad jurisdiccional. Por tanto, agotada la averiguación previa y cerciorado el Ministerio Público, de acuerdo a los resultados habidos en ésta, de la existencia del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado, surge el ejercicio de la acción

penal, es decir la consignación que hace el Ministerio Público ante los tribunales.

La consignación al decir del maestro Guillermo Colín Sánchez es: "El acto procedimental, a través del cual el Ministerio Público ejercita la acción penal, poniendo a disposición del juez las diligencias o al indiciado, en su caso, iniciando con ello el proceso penal judicial".⁽²⁹⁾

Por su parte el Dr. Osorio y Nieto hablando del tema de que se trata, asevera: "La consignación es el acto del Ministerio Público de realización normalmente ordinaria, que se efectúa una vez integrada la averiguación y en virtud del cual se inicia el ejercicio de la acción penal, poniendo a disposición del juez todo lo actuado en la mencionada averiguación, así como las personas y cosas relacionadas con la averiguación previa, en su caso".⁽³⁰⁾

De lo expresado por los citados autores se desprende que la consignación puede hacerse en dos formas, a saber, sin detenido o con detenido, en el primer caso será cuando el Ministerio Público no remite al indiciado a los tribunales conjuntamente con la averiguación previa, en tanto que, cuando es con detenido el Ministerio Público pone al indiciado a disposición del juez en el Reclusorio Preventivo,

(29).- COLIN SANCHEZ, Guillermo.- Op. Cit.- Pág. 261.

(30).- OSORIO Y NIETO, César Augusto.- Op. Cit.- Pág. 25.

comunicándole tal circunstancia a la autoridad judicial, conjuntamente con las diligencias de averiguación previa.

En el caso de que la consignación sea sin detenido y se trata de delitos que se sancionan con pena corporal, el pliego respectivo irá acompañado de la solicitud que formulará el Ministerio Público al juez de la orden de aprehensión que gire al presunto acusado. En tanto que, si el delito es de los que se castigan con pena alternativa, el pedimento será de orden de comparecencia.

Ahora bien cuando la consignación se hace sin detenido el Ministerio Público podrá pedir el aseguramiento precautorio de bienes del inculcado para los efectos de la reparación del daño y rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad del inculcado, ello independientemente de las órdenes a que se ha hecho alusión en el párrafo precedente; también podrá solicitar a la autoridad judicial que se practiquen todas las diligencias necesarias, hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 constitucional, sin embargo también puede resultar que con las diligencias realizadas en la averiguación previa, ya no sea necesario que se practiquen las actuaciones a que se hace referencia en líneas que anteceden.

El pliego de consignación no requiere de formalidades especiales, pero, en la práctica se utilizan

formatos que deben contener los siguientes datos:

- 1.- Expresión de ser con o sin detenido;
- 2.- Número de la consignación;
- 3.- Número del acta;
- 4.- Delito o delitos por los que se consigna;
- 5.- Agencia o Mesa que formula la consignación;
- 6.- Número de fojas;
- 7.- Juez al que se dirige;
- 8.- Mención de que procede el ejercicio de la acción penal;
- 9.- Nombre del o de los probables responsables;
- 10.- Delito o delitos que se imputan;
- 11.- Precepto o preceptos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal que prevea y sancione el delito o delitos de que se trate;
- 12.- Síntesis de los hechos materia de la averiguación;
- 13.- Artículos del Código Federal de Procedimientos Penales o Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, aplicables para la comprobación del cuerpo del delito, así como los elementos de convicción utilizados específicamente en el caso concreto;
- 14.- Forma de demostrar la probable responsabilidad;

15.- Mención expresa de que se ejercita la acción penal;

16.- Cuando es con detenido deberá precisarse el lugar donde queda éste a disposición del juez;

17.- Si es sin detenido, se solicitará, según sea el caso, orden de aprehensión o de comparecencia; y

18.- Firma del responsable de la consignación.

Hasta esta parte debe considerarse dentro del procedimiento penal la etapa de pre-instrucción.

c).- INSTRUCCION.

Cuando el órgano judicial recibe el pliego de consignación por parte del Ministerio Público, ya sea con detenido o sin detenido, procederá a dictar el auto de radicación correspondiente.

En materia federal, si el pliego de consignación es con detenido, el juez de Distrito ante quien se ejercita la acción penal, al recibir la consignación, dicta auto de radicación de la causa, ordena que se abra por duplicado la averiguación correspondiente, que se dé aviso de inicio a la superioridad y se registre la causa con el número que le corresponda en el libro de gobierno, reservándose proveer respecto a la detención y orden de comparecencia del inculcado para rendir su preparatoria hasta que el Director del Reclusorio le informe que ya se encuentra en el establecimiento penal a disposición del juzgado, entretanto, ordena que por vía

telefónica se haga la indagación correspondiente respecto del ingreso del inculpado al reclusorio. Asimismo ordena que los objetos del delito que se enviaron con la consignación se remitan al archivo o a la caja de valores, según el caso.

Cuando se ha recibido la comunicación que se menciona en el párrafo que antecede, por parte del Director del reclusorio, el juez dicta auto de detención, precisando la hora en que se hace (que es cuando comienza a correr el término de cuarenta y ocho horas para tomar la declaración preparatoria al inculpado y setenta y dos horas para dictarle el auto de término constitucional).

En el propio auto de detención el juez ordena comunicar al Director del Reclusorio que haga comparecer ante el juzgado al inculpado, con las seguridades debidas y bajo su más estricta responsabilidad, el día y la hora que le señale que deberá ser siempre antes de las cuarenta y ocho horas, para tomarle su declaración preparatoria, previa citación del Ministerio Público.

Si la consignación se hace sin detenido, con petición de orden de aprehensión, el juez de Distrito dictará auto de radicación de la causa, ordenando se abra por duplicado el expediente, se dé aviso de inicio a la superioridad, se registre en el libro de gobierno y si le es posible girar la orden de aprehensión solicitada, ordenando se archive en forma

provisional el expediente, hasta en tanto no se ponga a su disposición al inculpado; si no le es posible dictar de inmediato la orden de aprehensión solicitada, ordena dar nueva cuenta para tener tiempo de estudiar el expediente y acordar lo que en derecho proceda, esto es, ordenar o negar la aprehensión, la reaprehensión o la comparecencia solicitada por el Ministerio Público, procurando resolver lo que corresponda dentro del término de quince días siguientes a la fecha en que se dictó el auto de radicación.

Cuando se ha hecho la consignación con detenido por parte del Ministerio Público, y aquél es presentado ante el juez para tomarle su declaración preparatoria, es recibido por el titular del juzgado, asistido de su secretario, en un lugar que tenga acceso el público; principia pidiéndole sus generales al inculpado; posteriormente le hace saber el derecho que tiene a defenderse por sí o por persona de su confianza; y le dice que en caso de que no lo haga le nombrará uno defensor de oficio que no le cobrará honorarios; le hace saber la naturaleza y causa de la acusación, la querrela, si la hubiere, los nombres de sus acusadores y de los testigos que deponen en su contra, el motivo de su detención, el delito de que se le acusa, que la acusación la presentó el Ministerio Público, que puede declarar o negarse a hacerlo, que tiene derecho a solicitar el beneficio de la libertad provisional, que se le concederá si procede, le dá a conocer el oficio de consignación

y sus anexos, y, si manifiesta su voluntad de declarar lo examina respecto a los hechos que motivaron la averiguación.

La declaración preparatoria la rinde el inculcado en forma oral, que no puede ser asesorado por ninguna persona, excepto las orientaciones que le dé el juez. Puede dictar su declaración y si no quiere hacerlo, se redactará por parte del juzgador en la forma más exacta posible. Una vez que ha rendido su declaración, tanto la defensa como el Ministerio Público, que deberá estar presente, podrán interrogar al inculcado, debiendo formular sus preguntas por conducto del juez, que desechará las que considere capciosas o inconducentes. Al concluir la diligencia firmarán el acta todos los que en ella intervinieron y quisieron hacerlo.

Quando el inculcado o su defensor haya solicitado el beneficio de la libertad provisional bajo fianza, el juzgador, en vista de los datos que aparezcan en el expediente, resolverá si la concede o no, y, en caso de hacerlo, fijará la garantía que aquél deberá otorgar; y una vez que se otorgue dicha garantía a satisfacción del juzgado, éste lo comunicará al Director del Reclusorio para que sea puesto en libertad el inculcado, haciéndole saber a éste que contrae las siguientes obligaciones, que son las de presentarse ante el tribunal que conoce de su caso, los días fijos que estime convenientes señalarle el juez, y cuantas veces sea citado y requerido para

ello; que deberá comunicar al tribunal los cambios de domicilio que tuviere y no ausentarse sin permiso del citado tribunal, permiso que no se podrá conceder por tiempo mayor de un mes. También se le harán saber las causas de revocación de la libertad caucional, haciéndose constar en la notificación que se hicieron saber al inculcado las anteriores obligaciones.

Dentro de las setenta y dos horas siguientes a las de su detención, el juez deberá resolver sobre la situación jurídica del inculcado expresando si queda formalmente preso o en libertad por falta de elementos para proceder.

Deberá dictar auto de formal prisión cuando de autos aparezca acreditado:

1.- Que se tomó declaración preparatoria al inculcado en la forma y términos que exige la ley, o que conste que se negó a declarar;

2.- Que está comprobado el cuerpo del delito que tenga señalada pena privativa de libertad;

3.- Que está demostrada la presunta responsabilidad del acusado;

4.- Que no está comprobada a favor del inculcado, alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal.

En caso de que proceda el auto de formal

prisión, el juez comunicará al Director del Reclusorio, al Director del Registro Nacional de Electores y al superior jerárquico del procesado cuando sea servidor público, dicho auto; ordenará identificar al procesado por el sistema adoptado administrativamente; pedirá el informe de sus ingresos anteriores.

En el auto de formal prisión o sujeción a proceso, según sea el caso, el juez, oficiosamente resolverá la apertura del procedimiento sumario en el que se procurará agotar la instrucción dentro del plazo de treinta días, cuando se esté en cualquiera de los siguientes casos:

- 1.- Que se trate de flagrante delito;
- 2.- Que exista confesión rendida precisamente ante la autoridad judicial o ratificación ante ésta de la rendida legalmente con anterioridad, o
- 3.- Que no exceda de cinco años el término medio aritmético de la pena aplicable, o esta sea alternativa o no privativa de libertad.

Al recibirse la ficha de identificación y el informe de ingresos anteriores, se solicita a las autoridades judiciales que hubiesen conocido de los procesos anteriores, que informen sobre el estado de los mismos.

Se ordena la práctica de careos con las perso-

nas que declararon en contra del inculpado, o que éste afirma no conocer.

Practicados los careos, recibida la ficha signalética y los informes de ingresos anteriores, el juez declarará agotada la instrucción y pone el proceso a la vista de las partes por diez días comunes, para que promuevan las pruebas que estimen pertinentes y que puedan desahogarse dentro de los quince días siguientes al en que se notifique el auto que recaiga a la solicitud de la prueba.

Transcurridos o renunciados los plazos anteriores, el juez declarará cerrada la instrucción y pone la causa a la vista del Ministerio Público, por diez días, para que formule conclusiones por escrito. Si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día al plazo señalado, sin que nunca pueda ser mayor de treinta días hábiles.

Al presentarse las conclusiones acusatorias del Ministerio Público, se dan a conocer al acusado y su defensor para que dentro del plazo de diez días formulen las que crean convenientes. Si no las presentan en ese plazo se tienen por formuladas de inculpabilidad.

Hasta esta parte del procedimiento penal, hemos visto la instrucción en materia federal. Ahora veremos

la instrucción en materia común.

Como en materia federal, en materia común la instrucción se inicia cuando ejercitada la acción penal, por parte del Ministerio Público en su pliego de consignación, el juez del fuero común ordena la radicación del asunto, esto es, el auto de radicación.

Dicho auto de radicación, si el pliego de consignación es con detenido, el juez común ante quien se ejercita la acción penal al recibir la citada consignación, dicta el auto que mencionamos, que contendrá la fecha, el día y la hora en que se recibe la consignación del Ministerio Público, ordena registrar la causa en el libro de gobierno bajo el número que le corresponda, que se dé el aviso respectivo al superior y al Ministerio Público adscrito la intervención legal que le compete y con fundamento en el artículo 287 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal dispone se proceda a tomarle al inculpado su declaración preparatoria y determina practicar todas las diligencias que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos, así como las que promuevan las partes, conforme a las fracciones III, IV y V del artículo 20 de la Constitución Federal.

Si la consignación se hace sin detenido, con petición de orden de aprehensión o de comparecencia, el juez hará constar la fecha y hora en que se recibió la consigna-

ción, dá la orden para que se registre la causa en el libro de gobierno y se den los avisos a que se ha hecho referencia en el párrafo que anteceden; asimismo previo estudio de las diligencias, podrá estar en posibilidad el juzgador de girar la orden de aprehensión o comparecencia, o de plano negarla.

Dentro de las cuarenta y ocho horas, contadas desde que un detenido ha quedado a disposición del juez, se procederá a tomarle su declaración preparatoria, en la que estará presidida por el titular del juzgado y tendrá las mismas características que se señalaron en materia federal, las cuales deben tenerse por reproducidas para los efectos de nuestro estudio.

Al igual que en materia federal, dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención del inculcado, el juez deberá resolver sobre su situación jurídica, expresando si queda formalmente preso o en libertad por falta de elementos para proceder.

Para dictar el auto de formal prisión, el juez común deberá tener acreditados los mismos extremos que se indicaron al estudiar la materia federal.

Cuando proceda el auto de formal prisión - el juez, lo comunicará al Director del Reclusorio y al superior jerárquico del procesado cuando éste sea servidor público;

ordenará identificar al preso por el sistema adoptado administrativamente y pedirá los informes de los ingresos anteriores a la prisión.

En el auto de formal prisión o sujeción a proceso, según sea el caso, el juez, oficiosamente resolverá la apertura del procedimiento sumario u ordinario, según sea el caso.

En caso de la apertura de procedimiento sumario procederá cuando:

- 1.- Se trate de flagrante delito;
- 2.- Que exista confesión rendida precisamente ante la autoridad judicial;
- 3.- Que no exceda de cinco años el término medio aritmético de la pena aplicable, o esta sea alternativa o no privativa de libertad;
- 4.- También se seguira juicio sumario cuando se haya dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso, si las partes manifiestan en el mismo acto o dentro de los tres días siguientes a la notificación que se conforman con el y no tienen más pruebas que ofrecer.

En caso de varios delitos se estará a la penalidad máxima del delito mayor.

Al abrir el procedimiento sumario, ordenará

se ponga el proceso a la vista de las partes por el término de diez días, contados desde el día siguiente a la notificación del auto de formal prisión, para ofrecer pruebas, que se desahogarán en la audiencia principal que se celebrará dentro de los diez días siguientes al auto que resuelva sobre la admisión de pruebas, en el que se señalará la fecha de dicha audiencia.

Una vez que se concluya el desahogo de las probanzas ofrecidas por las partes, éstas podrán formular verbalmente sus conclusiones, cuyos puntos esenciales se harán constar en el acta respectiva; en el caso de que no quieran hacerlo en ese estadio procesal, podrán reservarse su derecho para formularlas por escrito dentro del término de tres días; en el caso de que sea el Ministerio Público el que haga dicha reserva, al concluir su término, se iniciará el concedido a la defensa.

En el supuesto de que las conclusiones se presenten verbalmente, el juzgador podrá dictar sentencia en la misma audiencia, o disponer de un término de cinco días para hacerlo; y si se presentan conclusiones por escrito, este último término es el que tendrá el juez para dictar la referida sentencia.

Cuando no se dan las hipótesis que enunciamos, cuando se abre el procedimiento sumario o bien el inculpado o su defensor solicitan la apertura del procedimiento ordinario

se revocará la declaración de apertura de aquel y se dará vista del proceso a las partes por cinco días más, que se hará en igual forma cuando no exista la apertura mencionada, o sea, al dictarse el auto de formal prisión, se ordenará poner el proceso a la vista de las partes, por el término de quince días, contados a partir del día siguiente a la notificación de dicho auto, dentro del cual las partes ofrecerán las pruebas que consideren pertinentes para el efecto de que se desahogen dentro de los treinta días posteriores.

Si concluido el término para el desahogo de pruebas, y de la recepción de estas aparecen nuevos elementos probatorios, el juez podrá ampliar el término por diez días más para recibir las que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad.

Transcurridos o renunciados los plazos a que se ha hecho alusión en el párrafo precedente, o no se hubiere promovido prueba, el juez declarará cerrada la instrucción y mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la defensa, por el término de cinco días por cada uno, para el efecto de que formulen conclusiones. Si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día al plazo señalado, sin que nunca pueda ser mayor de treinta días hábiles. En este supuesto, se puede observar que el plazo en cuanto al hecho de que haya

exceso de fojas, es el mismo que en el procedimiento federal.

Al presentarse las conclusiones de la defensa, o en el caso de que se le tengan formuladas las de inculpabilidad, el juez fijará día y hora para la celebración de la audiencia de vista que se llevará a efecto dentro de los cinco días siguientes.

d).- JUICIO.

El procedimiento federal, el mismo día en que el inculcado o su defensor presenten conclusiones o se haga la declaración de que se tienen formuladas las de inculpabilidad, el juez fijará día y hora para que tenga verificativo la audiencia de vista, que será dentro de los cinco días siguientes. La citación para tal audiencia produce efectos de citación para sentencia.

En la audiencia de vista, el juez, el Ministerio Público y la defensa, podrán interrogar al inculcado sobre los hechos materia del juicio, pudiendo inclusive, repetirse diligencias de prueba que se hubieren practicado, siempre y cuando el juez lo considere necesario y hubiesen sido solicitadas por las partes, a más tardar el día siguiente a la notificación del auto que cita para sentencia.

Asimismo, en dicha audiencia se dará lectura a las constancias que las partes señalen y después de oír los

alegatos respectivos, el juez declarará visto el proceso con lo que concluirá la diligencia.

En el procedimiento común, en la audiencia de vista, después de recibir las pruebas que legalmente puedan presentarse, de la lectura de las constancias que las partes señalen y de oír los alegatos de las mismas, el juez declarará visto el proceso con lo que termina la diligencia.

e).- EMISION DE SENTENCIA.

En el proceso federal, cuando se trate de delitos cuya pena no exceda de seis meses de prisión o en los que la aplicable no sea corporal, la sentencia se dictará en la misma audiencia, siempre y cuando las conclusiones sean acusatorias, pues en caso de no ser así, entonces se suspenderá la audiencia y el juez remitirá las mismas con el proceso al Procurador General de la República, señalando cual es la omisión o contradicción en su caso, para el efecto de que confirme o modifique las conclusiones inacusatorias, dentro del término de quince días siguientes al de la fecha en que se haya recibido el proceso, y si transcurrido este término no ha dado respuesta, el Procurador al tribunal, se entenderá que las conclusiones han sido confirmadas y por consiguientes el juez deberá sobreseer en el juicio poniendo en inmediata libertad al acusado.

Igualmente, el juez podrá dictar sentencia dentro del término de cinco días siguientes a la celebración de la audiencia de vista.

Los requisitos que debe reunir la sentencia los mencionaremos una vez que se haya visto el procedimiento común.

En el procedimiento común, practicamente el procedimiento es el mismo en cuanto a esta parte se refiere, con la salvedad de que el plazo al Procurador, que en este caso será el de Justicia del Distrito Federal o el Subprocurador que corresponda, es de diez días, pero que podrá aumentar un día más, por cada cien fojas de exceso o fracción, si el expediente excediera de doscientas fojas, pero que nunca podrá ser mayor de veinte días hábiles.

Al igual que en el proceso federal, en el común, si las conclusiones inacusatorias son confirmadas o se tienen por confirmadas en el caso de que el Procurador no conteste, el juez del fuero común procederá en los mismos términos que el juez federal.

Los requisitos que debe contener la sentencia del orden penal, tanto federal como en el común, serán los siguientes:

- 1.- Lugar y fecha en que se dicta;

2.- El preámbulo.- Que consiste en que en esta parte deberá expresarse la declaración de que vistos los autos para dictar resolución definitiva respecto de la causa instruida (de oficio o a petición de parte), ante el juzgado que conoce del asunto, número de expediente, delito por el que se siguió el proceso, en contra de qué persona, las generales de ésta, y si en el momento de dictar la sentencia se encuentra gozando del beneficio de libertad provisional bajo caución, o bien se encuentra detenida en el Reclusorio Preventivo correspondiente.

3.- El resultando.- Que consiste en la narración histórica del proceso, a partir de que el Ministerio Público ejercitó la acción penal (con detenido o sin detenido) en contra del acusado, por considerar que existían elementos suficientes para presumir su responsabilidad en la comisión del delito imputado; la radicación de la consignación del Ministerio Público, y en el caso de que hubiere sido sin detenido, la expresión de que se le giró orden de aprehensión en su contra o de comparecencia, cuando así procediere, para el efecto de recibirle su declaración preparatoria; la manifestación de que al indiciado se le tomó su declaración preparatoria, e igualmente que dentro del término constitucional se le decretó formal prisión o sujeción a proceso como presunto responsable del delito por el cual lo acusó el Ministerio Público; la exposición de la secuela del procedimiento, a partir

del período de instrucción del proceso (sumario u ordinario), el desahogo de las pruebas que aportaron las partes, agregándose el informe de la autoridad respectiva en que se aprecia si el acusado cuenta o no con ingresos anteriores a prisión, y la orden de que el procesado fuera identificado por el sistema administrativo, asentándose si se recibió su ficha señalética o no; la declaración de que el Ministerio Público y la defensa formularon sus conclusiones y finalmente dadas las condiciones del procedimiento la expresión de que se turnaron los autos para dictar la sentencia que resuelve en definitiva la controversia jurídica que motivó la instrucción de la causa;

4.- El considerando.- Que consistirá en los razonamientos lógico jurídicos que exprese el juez para resolver el proceso penal; comenzando con la declaración, si se comprobó el cuerpo del delito, y en su caso con qué elementos de prueba (que deberán de estar detallados y numerados en forma progresiva, y el valor que les conceden los artículos correspondientes del Código de Procedimientos Penales respectivo; si se encuentra acreditada plena y legalmente la responsabilidad penal del indiciado en la comisión de delito por el cual se le instruyó la causa, conforme a lo dispuesto en los preceptos aplicables del Código Penal y con qué elementos de convicción se acreditó, formulándose un análisis minucioso de tales elementos y finalmente la valoración concatenada de todos los elementos para determinar dicha responsabilidad. En el caso de que

no se haya comprobado, ya el cuerpo del delito, ya la responsabilidad penal del acusado, deberá hacerse el mismo análisis.

En la hipótesis de que el juez concluya que el acusado no es penalmente responsable de la comisión del delito que se le imputa, lo declarará así y en los puntos resolutivos, hará la misma declaración y decretará su absoluta e inmediata libertad, notificándola personalmente a las partes.

En el supuesto de que se haya acreditado plenamente la responsabilidad penal del inculcado en la comisión del delito por el que lo acusa la Representación Social, con los elementos de prueba suficientes, entonces procederá a la individualización de la pena, en la que el juez federal o local, tomarán en consideración lo dispuesto en los artículos 51, 52 y 60 del Código Penal, y hecho lo mismo le impondrán al sentenciado la pena que estimen pertinente, y si se le condena o no al pago de la reparación del daño, y en caso de que así sea deberán señalarse los elementos de prueba que obran en autos para tal determinación, también, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Penal en los artículos relativos se expresará si procede concederle al sentenciado el beneficio de la condena condicional, la sustitución o conmutación de la pena; y finalmente tendrá que insertarse la orden de que se cumpla con lo dispuesto en los artículos 577 y 578 de los Códigos Federal y para el Distrito Federal de Procedimientos Penales

respectivamente.

En el caso del fuero común también se cumplirá con lo ordenado en el artículo 578 del Código de Procedimientos Penales.

5.- Puntos resolutivos.- Consisten en las conclusiones concretas y precisas que expuestas en forma de exposición lógica, derivada de las consideraciones jurídicas y legales formadas en el caso de que se trata en los considerandos de la propia sentencia. En este orden de ideas, en el punto resolutivo primero, se declarará que el procesado es penalmente responsable de la comisión del delito de que lo acusó el Ministerio Público; en el segundo, que por su autoría, circunstancias exteriores de ejecución del delito y peculiares del delincuente se le impone una pena privativa de libertad de "X" número de años de prisión (en caso de que el delito se castigue con prisión), misma que deberá cumplir en el lugar que para el efecto designe la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social dependiente de la Secretaría de Gobernación; en el tercero si se absuelve al sentenciado del pago de la reparación del daño, o en caso de que se le condene el monto que deberá pagar por ese motivo; en el cuarto, si se le concede o no al sentenciado, el beneficio de la condena condicional, la sustitución o conmutación de la pena, el fundamento legal que lo regule, y la cantidad que

deberá exhibir, si es que así procede. En el quinto, la amonestación de ley, a que se hizo referencia con anterioridad; en el sexto (sólo en el fuero común), la orden de que se cumpla con lo establecido en el artículo 578 del Código de Procedimientos Penales; y en el séptimo, la notificación, comunicación, expedición de las boletas de ley y la declaración de que se haga saber al sentenciado el derecho y término que le asiste para interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia (en el fuero común, sólo cuando el procedimiento sea ordinario); la orden de que se hagan las anotaciones correspondientes en el Libro de Gobierno, y una vez que cause ejecutoria la sentencia se archive como asunto totalmente concluido.

CAPITULO III

LA ACTIVIDAD DEL DEFENSOR EN LA AVERIGUACION PREVIA EN MATERIA FEDERAL.

1.- Fundamento Legal del Defensor en la
Averiguación Previa en Materia Federal.

a).- Análisis del artículo 128 párrafo tercero
y 160 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En el capítulo primero de este trabajo, se hizo mención del fundamento constitucional y legal del defensor. En este caso, en materia común y en materia federal, dejando el comentario respectivo para el presente apartado, por constituir el tema esencial de que se trata, razón por la cual, a continuación nos avocaremos al estudio de los preceptos legales en materia federal, que fundamentan la intervención del defensor, tanto ante el Ministerio Público Federal, como ante el juez de Distrito.

El artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, en su párrafo tercero, literalmente expresa lo siguiente:

"Desde el momento en que se determine 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 esta notificación en las actuaciones. El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor oportunamente aporten dentro

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

Consideramos inexacta la denominación que emplea el párrafo antes transcrito en cuanto a que se diga: "Desde el momento en que se determine la detención...", porque el artículo 16 de la Constitución Federal prevé que no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, entonces el Ministerio Público, en este caso, el Federal carece de facultades para determinar una detención, no obstante, se estima que debe de tomarse en cuenta la segunda parte del propio precepto que se indica, que literalmente expresa: "...Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial..."; por tanto, debe decirse, que sólo en este caso podrá el Ministerio Público Federal decretar una detención, por lo cual el precepto que

se analiza evidentemente se refiere a la parte reproducida del numeral constitucional citado, que será cuando el presunto responsable haya cometido un acto que sea considerado como delictuoso.

Ahora bien, una vez que ha sido detenido y puesto a disposición del Ministerio Público Federal, éste le hará saber al detenido la imputación que se le hace, que en la especie podríamos decir que quien le hace dicha imputación, seguramente será la Policía Judicial que haya aprehendido la delincuente, rindiendo su informe correspondiente; y acto continuo, dicha Representación Social le hará saber al mismo el derecho que tiene para designar una persona de su confianza para que lo defienda, dejando constancia de tal notificación en las actuaciones. Dicha persona podrá ser cualquiera que sea de su confianza para asumir el cargo citado, encontrándose debidamente autorizado para enterarse de la acusación, y así mismo para presentar las pruebas de descargo que puedan desahogarse en la averiguación previa. Debiéndose recalcar que conforme a lo dispuesto en el párrafo del dispositivo legal que se examina, el Ministerio Público tiene obligación de recibir las pruebas que el defensor o el acusado ofrezcan dentro de la averiguación previa, sin embargo, tenemos conocimiento de que, aun y cuando existe esta obligación por parte de la autoridad administrativa, no se cumple porque al actuar como autoridad y como lo veremos al analizar el

apartado cuatro de este capítulo, sigue un procedimiento inquisitorio y por consiguiente regularmente habrá consignación del detenido y desde luego se aplicará lo dispuesto en la parte final del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, ya que se aducirá que no es posible el pleno desahogo de las probanzas ofrecidas por el acusado y su defensor, ya que podrán ofrecerlas ante la autoridad judicial federal a quien corresponda conocer del negocio.

Finalmente en cuanto al párrafo en estudio se refiere, corrobora lo dicho cuando hicimos alusión al pliego de consignación en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, en cuanto a los requisitos que debe reunir, los cuales no se indican en este momento, en virtud de que ya fueron expuestos con anterioridad, razón por la cual deben tenerse por reproducidos.

Ya se examinó el artículo 128 del referido cuerpo de leyes, y como puede observarse, se refiere al procedimiento penal en su etapa de averiguación previa. Ahora pasaremos al análisis del artículo 160 del ordenamiento legal citado que señala las prohibiciones para que una persona pueda ser defensor, y los requisitos que se requieren para poder ser designado defensor en un proceso penal.

"Art. 160.- No pueden ser defensores los que se hallen presos ni los que estén procesados. Tampoco podrán

serlo los que hayan sido condenados por alguno de los delitos señalados en el capítulo segundo, título décimo segundo del libro II del Código Penal, ni los ausentes que, por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse su nombramiento a todo defensor.

Fuera de los casos excluidos en el párrafo anterior, el inculpado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en Derecho o autorización de pasante, conforme a la ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculpado en todo lo que concierne a su adecuada defensa.

Si el inculpado designare a varios defensores, éstos deberán nombrar en el mismo acto a un representante común, y si no lo hicieren, en su lugar lo determinará el juez".

Como se puede advertir claramente de la lectura del precepto legal antes reproducido, las prohibiciones y requisitos que señala para el defensor son propiamente en un proceso penal y no ante la autoridad administrativa que es el Ministerio Público Federal, sin embargo, en cuanto a las prohibiciones se refiere, resulta lógico que también sea aplicable el primer párrafo del artículo 160 de la ley adjetiva

penal federal a la averiguación previa, por lo cual debe interpretarse para este aspecto.

Ahora bien, en el caso a estudio tenemos el análisis del dispositivo en cuestión, en el que en su primera parte prevé la prohibición para los procesados o los presos para que tengan el carácter de defensores, lo que implica una limitación a éstos, dada la situación jurídica en que se encuentran, esto aun y cuando pudiesen tener la calidad de Licenciados en Derecho.

En la segunda parte del numeral que se estudia, también contiene una prohibición en lo que se refiere a quienes pueden ser defensores en un proceso penal, ello en virtud de haber sido condenados por los delitos señalados en los artículos 231 y 232 del Código Penal Federal, situación esta que consideramos correcta en virtud de que precisamente estos delitos se refieren a la responsabilidad profesional que deben tener los Licenciados en Derecho y particularmente los defensores en una causa penal, y que indebidamente no la tiene, y a virtud de ello, han sido condenados por tales delitos, circunstancia que puede probar cualquiera de las partes en el proceso.

La tercera parte del artículo que se examina en su primer párrafo, también establece otra prohibición para los defensores, que es cuando se encuentren ausentes del lugar del juicio y no puedan trasladarse a este dentro del término

de veinticuatro horas.

En cuanto al segundo párrafo del citado artículo 160 del ordenamiento legal antes mencionado, estimamos conveniente transcribir lo que al respecto afirma el maestro Marco Antonio Díaz de León al decir: "Este artículo debe interpretarse de conformidad con lo que realmente establece la fracción IX del artículo 20 constitucional, en el sentido de que no pueden ser defensores aquéllos que carezcan de título profesional de licenciado en Derecho o de la autorización correspondiente de la Ley de Profesiones, pues si bien es cierto que la Constitución indica que al acusado se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, ello implica que la persona de su confianza sepa defender y esto sólo lo puede hacer quien tenga los conocimientos jurídicos probados ante la autoridad competente, que por ello expide la correspondiente cédula profesional. Es éste el correcto sentido de interpretación respecto de la poco feliz expresión "ser defendido por persona de su confianza", que necesariamente implica que ésta sepa defender en juicio.

La interpretación errónea de los enunciados anteriores, ha permitido una corrupción que afecta gravemente al sistema de nuestra justicia penal, lo cual vulnera principalmente al inculpado que, además de ser estafado por gestores

sin título, le dejan sin defensa en el proceso". (31)

Estamos totalmente de acuerdo con lo expresado por el referido maestro, por lo cual no se harán comentarios al respecto, sólo pudiendo agregar que aun y cuando la designación de defensor, recaiga en una persona autorizada para el ejercicio de la profesión de licenciado en Derecho, ello no da como consecuencia que éste no intervenga en el juicio, sino que, podrá intervenir, pero con el asesoramiento de un defensor de oficio para los efectos que marca el propio numeral.

Finalmente, en lo relativo al último párrafo del artículo que se comenta, cuando el presunto responsable designe a varios defensores, de estos deberán nombrar uno sólo para que intervenga en el juicio y en la audiencia, lo cual es adecuado en función de que al ser varios los que intervienen en el asunto, impide el mejor manejo y clarificación del negocio.

2.- Momento Procedimental de la Intervención del Defensor en la Averiguación Previa.

a).- Con Detenido.

b).- Sin Detenido.

a).- Con Detenido.- Derivado de lo establecido

(31).- DIAZ DE LEON, Marco Antonio.- Op. Cit.- Pág. 147.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

- 79 -

en el párrafo tercero del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, debe entenderse que el defensor podrá intervenir en la averiguación previa, una vez que el detenido haya rendido su declaración ante el Ministerio Público Federal, dado que antes de ese estadio procedimental no puede ser posible el que intervenga el defensor, habida cuenta que podría aconsejar o asesorar al inculpado, motivo por el cual no se permite que antes de la declaración pueda entrevistarse con él, sino una vez que se haya rendido tal declaración, inclusive no puede presenciar el defensor la declaración mencionada, pues podrá conocerla una vez que termine la diligencia; y entonces éste podrá aportar las pruebas de descargo que puedan diligenciarse dentro de la averiguación previa, haciendo la aclaración que sólo podrá enterarse el defensor de las diligencias que se hayan practicado hasta la declaración del presunto responsable, ya que respecto de las posteriores, como sabemos el procedimiento de averiguación previa es secreto y el Ministerio Público Federal no tiene ninguna obligación de enterar al defensor o al inculpado de las diligencias que vaya a realizar, lo cual resulta benéfico porque podría resultar el caso de que el defensor entorpeciera la investigación del Ministerio Público.

En conclusión a lo anterior, el defensor podrá intervenir en la averiguación previa a partir del momento en que haya concluido la diligencia en que declare el inculpado.

b).- Sin Detenido.- Al referirnos al momento procedimental en que interviene el defensor en la averiguación previa sin detenido, queremos decir que es cuando el inculpado no ha sido detenido ni por el Ministerio Público Federal, ni por la Policía Judicial, por lo cual al iniciar el Ministerio Público Federal la averiguación previa correspondiente por haber tenido conocimiento de un hecho que tenga el carácter de ilícito y esté enderezada la denuncia o querrela en contra de una determinada persona, entonces procederá a citarla en el domicilio que se haya proporcionado de la misma, mediante una orden de comparecencia y con fundamento en el artículo 44 del Código Federal de Procedimientos Penales, y una vez que dicha persona comparezca le hará saber a la misma la imputación que se le hace y también el derecho que tiene para designar defensor, que podrá intervenir éste cuando, al igual que en el caso que antecede, haya rendido el inculpado su declaración ante el Ministerio Público Federal.

3.- La Presencia del Defensor en la Averiguación Previa por el Principio de Legalidad.

El Dr. Osorio y Nieto afirma: "El procedimiento penal implica una serie de actos que pueden afectar fuertemente bienes constitucionalmente protegidos, como son la libertad, el patrimonio, el domicilio, el honor y muchos otros bienes objeto de tutela constitucional, de lo que se deriva que dicho procedimiento se encuentre rodeado de una serie de garantías

que invariablemente deben observarse a efecto de preservar los derechos de las personas que se vean involucradas en él.

La averiguación previa, como etapa, como fase del procedimiento penal, requiere de garantías que aseguren un irrestricto respeto a los derechos de las personas que con uno u otro carácter -denunciantes o querellantes, ofendidos o víctimas, indiciados, testigos, etc., intervienen en la misma.

El Ministerio Público al integrar una averiguación previa debe observar y respetar íntegramente en todos los actos que realice, las garantías constitucionales establecidas para todos los individuos de manera que la averiguación se efectúe con absoluto apego a derecho y no vulnere la seguridad y tranquilidad de los individuos".⁽³²⁾

En las relacionadas condiciones, tenemos un principio de legalidad que debe regir en la averiguación previa y si la legislación adjetiva penal señala con toda precisión el derecho que tiene el inculpaado de designar defensor en la propia averiguación, entonces la intervención de éste en la misma, implica el principio de legalidad de que se habla, pues no es una facultad potestativa para el Ministerio Público el que permita al presunto responsable designar defensor dentro de la averiguación previa, ni la intervención de éste se da

(32).- OSORIO Y NIETO, César Augusto.- Op. Cit.- Pág. 34.

por uso de esa facultad que se indica en líneas precedentes, sino como consecuencia del derecho que tiene el inculpado para designar defensor por disposición expresa de la ley, de donde resulta el principio de mérito, aun y cuando en la mayor de las veces no sirva en absoluto, en razón de que las pruebas que pueda ofrecer el defensor, con cierta frecuencia, por no decir en todas las ocasiones, nunca se desahogan en la averiguación previa, sin perjuicio de la reserva a que alude el numeral 128 del Código en cita. No obstante, debe decirse que lo expresado, al menos en teoría, exceptuando esta última parte, constituye indudablemente el principio de que se trata.

4.- El Sistema Inquisitivo y el Defensor.

Como hemos visto en el capítulo segundo del presente trabajo, al analizar el sistema inquisitorio, este tiene todas las características que aparecen en la averiguación previa del Ministerio Público, en virtud de que éste se encuentra investido de facultades omnímodas en la averiguación porque se dedica a la investigación oficiosa de probanzas tendientes a acreditar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado, sin limitación alguna, pues en la ley no existe un artículo que prevea el que el Ministerio Público tenga alguna restricción en cuanto a pruebas se refiere, además de que ese procedimiento de averiguación previa lo hace en forma secreta y en verdad lo único que toma en cuenta dentro de la

misma son las constancias o actuaciones que él mismo ha realizado al considerar que hay indicios suficientes de un hecho punible y adquiere el convencimiento pleno de la existencia del delito, con la procedibilidad de oficio y la investigación de la verdad con iniciativa y poderes autónomos para ello, con más o menos intervención de la defensa que como ya se apuntó regularmente no se toma en cuenta, existe una limitada contradicción y una publicidad nula de los actos del Ministerio Público, para que el inculcado pueda conocerlos, teniendo aquél la fuerza pública a sus órdenes y convertirse él mismo en policía para después tomar el papel de acusador. De ahí que como se advierte el procedimiento de averiguación previa es realmente inquisitorio y el papel de la defensa dentro de la misma es verdaderamente limitado, por los motivos que se han expresado, y aun más de acuerdo a lo establecido en el párrafo tercero del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, se deja el desahogo de las pruebas ofrecidas en la averiguación previa por parte de la defensa como un derecho reservado para ejercitarse ante los tribunales.

5.- Ofrecimiento de Pruebas por parte del Defensor en la Averiguación Previa.

Ya se determinó el estadio procedimental en que puede intervenir el defensor en la averiguación previa y a consecuencia de ello podemos decir en que momento puede el defensor ofrecer pruebas en la averiguación previa. Así

las cosas, puede decirse que el defensor podrá ofrecer las pruebas que estime pertinentes, en favor del inculcado a partir del momento en que tome posesión de su cargo, hasta en tanto el Ministerio Público no efectúe el acto de consignación o de liberación del detenido.

Ahora bien, las pruebas que legalmente puede ofrecer el defensor dentro de la averiguación previa, son verdaderamente limitadas, pues estimamos que dada la redacción del artículo 128 del Código antes invocado, sólo podrán ser aquellas que se puedan desahogar por su propia y especial naturaleza, estas son las documentales que pudiese el inculcado tener en su poder para acreditar que no existe la presunta responsabilidad del mismo, dado que si se ofreciere algún otro tipo de probanza, como pudiera ser la prueba pericial, testimonial o inspección ocular, se caería en los extremos de la parte final de precepto mencionado y en consecuencia, se reservaría el derecho de la defensa para poder ofrecer esas pruebas ante la autoridad judicial, de donde aparece un principio que no es precisamente el de igualdad de las partes, pues como ya se vió el Ministerio Público tiene todas las facultades para la investigación del delito, en tanto que la defensa practicamente no tiene ninguna facultad.

6 .- Inoperancia del Contenido del Artículo 128 Párrafo Tercero del Código Federal de Procedimientos Penales.

Conforme al estudio realizado en el presente trabajo, debe decirse, que si bien es cierto que cuando una persona ha sido detenida y se encuentra ante la presencia del Ministerio Público Federal y que éste tiene la obligación de hacerle saber al detenido el derecho que tiene para designar persona que lo defienda, también lo es que en muchas ocasiones no es posible que la persona que se encuentre detenida tenga a su disposición una persona que a su vez la defienda dentro del procedimiento de averiguación previa, y entonces a nuestro juicio queda en estado de indefensión, por no tener una persona de su confianza que la defienda dentro de ese procedimiento inquisitorio de que hemos hablado, motivo por el cual consideramos que en el supuesto de que el detenido no tenga persona de su confianza a quien nombrar, el numeral en comento debería reformarse, para que en el caso de que el detenido no designe defensor, entonces el Ministerio Público Federal deberá designarle uno de oficio, que aunque como hemos visto la defensa es prácticamente nula en la averiguación previa, se cumpliría el pensamiento del legislador en cuanto a que el detenido tuviese una defensa en la averiguación previa por mínima que esta sea.

Finalmente, debe decirse que el Ministerio Público Federal no cumple con la disposición que establece el precitado numeral, pues únicamente le hace saber al detenido la imputación que se le hace, pero omite hacerle saber el

derecho que tiene para designar persona que lo defienda, aun y cuando tal circunstancia la haga constar en las actuaciones, ya que como sabemos la mayor parte de las personas que se encuentran detenidas no saben de leyes y por tanto sólo firman en el lugar en que les indica el Ministerio Público, después de haber rendido su declaración, de ahí que en ese aspecto sea irrelevante el artículo en cuestión, y por ende debe reformarse, en el sentido de que conste en forma fehaciente que al inculcado se le ha hecho saber que tiene derecho a nombrar defensor, por medio de que en su declaración manifieste que se le ha concedido tal derecho, y en su caso nombrar persona de su confianza para que lo defienda y en caso de que no lo haga, como ya se apuntó en el párrafo que antecede el Ministerio Público le designe un defensor de oficio, con lo que consideramos que se cumplirían los objetivos que el legislador supuso al crear el último párrafo del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- El defensor es el que protege, el que ampara, que resguarda una causa en un juicio determinado o en una averiguación previa.

SEGUNDA.- La figura del defensor en la averiguación previa en materia federal no se encuentra regulada en nuestra Constitución, sin embargo, el artículo 128, párrafo tercero del Código Federal de Procedimientos Penales, si la contiene, como se puede advertir de la lectura del mismo.

TERCERA.- La naturaleza jurídica del defensor en la doctrina, no se ha determinado realmente, pues cada autor expresa su propio punto de vista al considerar al defensor de diversas maneras a saber: como un mandatario, como un auxiliar de la administración de justicia, como un defensor del Derecho, como un asesor del procesado, como un colaborador del proceso o como un órgano imparcial de la justicia.

CUARTA.- La figura del defensor particular y la del defensor de oficio encuentran su fundamento constitucional en el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

QUINTA.- El legislador incurre en un error al expresar en la fracción VII del artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales, que en este se encuentra el procedimiento relativo a menores, pues el numeral 503 del ordenamiento legal invocado

remite a la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, en todo lo relativo a la cuestión de infracciones cometidas por menores de edad.

SEXTA.- La averiguación previa es un conjunto de actos realizados por el Ministerio Público encaminados, en su caso a comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de un presunto acusado, mediante las diligencias que considere convenientes conforme a la ley, para determinar si ejercita o no la acción penal.

SEPTIMA.- Las características de la averiguación previa son las siguientes: a).- Resulta un presupuesto necesario para el ejercicio de la acción penal; b).- Tiene el carácter de pública; c).- Tiene el aspecto de policía; d).- Es oficiosa; e).- Se encuentra sometida al principio de legalidad.

OCTAVA.- La institución del Ministerio Público se encuentra presidida por una sola unidad de mando y de control que es el Procurador General, ya sea de Justicia del Distrito Federal o bien de la República, según la noticia del delito sea de orden común o federal, respectivamente; y su fundamento constitucional de ambos, se encuentra regulado en los artículos 73, fracción VI, base 6a., que prevé que el Ministerio Público en el Distrito Federal estará a cargo de un Procurador General de Justicia, y 102 de la Ley Fundamental que dispone que el Ministerio Público de la Federación debe estar presidido por

un Procurador General.

NOVENA.- El principio de buena fe del Ministerio Público existe sólo en teoría, ya que la averiguación previa tiene todo el carácter de procedimiento inquisitorio en la práctica.

DECIMA.- La primera parte del tercer párrafo del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, en que se determina la detención por parte del Ministerio Público Federal, debe estar en concordancia con lo establecido en el artículo 16 constitucional en la parte relativa que expresa: "...Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial...".

DECIMA PRIMERA.- Las prohibiciones para ser defensor que regula el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales, son propiamente para un proceso penal y no en la averiguación previa, sin embargo, resultan aplicables a ésta dichas prohibiciones, por seguridad propia del inculpado.

DECIMA SEGUNDA.- El defensor podrá intervenir en la averiguación previa a partir del momento en que haya concluido la diligencia declarando el presunto acusado.

DECIMA TERCERA.- El Ministerio Público Federal en la averiguación previa se encuentra investido de facultades omnímodas porque se dedica a la investigación oficiosa y secreta de probanzas tendientes a acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del presunto acusado, sin limitación alguna, tomando en cuenta únicamente las actuaciones que él mismo ha realizado e investigaciones que ha aportado en la averiguación previa.

DECIMA CUARTA.- La intervención del defensor en la averiguación previa en materia federal es realmente limitada, ya que por una parte cuando ofrece diversas pruebas, el Ministerio Público no permite su desahogo tomando en consideración la parte final del párrafo tercero del artículo 128 de la Ley Adjetiva Penal Federal.

DECIMA QUINTA.- Si bien es cierto que cuando una persona ha sido detenida y se encuentra ante la presencia del Ministerio Público Federal, quien tiene la obligación de hacerle saber a aquel el derecho que tiene para designar persona que lo defienda, también lo es que en la mayor de las veces no es posible que el detenido nombre una persona que lo defienda, por no tenerla, por lo cual queda en estado de indefensión dentro del procedimiento inquisitorio de la averiguación previa por lo cual debe reformarse el artículo 128 párrafo tercero del Código Federal de Procedimientos Penales, para el caso

de que el detenido no designe defensor en la averiguación previa, entonces el Ministerio Público Federal deberá designarle uno de oficio cumpliéndose así con el pensamiento que inspiró al legislador al regular la figura del defensor en la averiguación previa.

DECIMA SEXTA.- El párrafo que se menciona en el apartado anterior conforme a lo expresado resulta irrelevante, habida cuenta que el Ministerio Público no cumple con las obligaciones que le impone ese precepto, ya que aun y cuando haga constar que le hizo saber al detenido el derecho que tiene para designar defensor, esto no lo hace en virtud de que las personas que se encuentran detenidas no saben de leyes y firman en el lugar en que los indica la autoridad administrativa, después de haber rendido su declaración.

DECIMA SEPTIMA.- El artículo 128, párrafo tercero del Código Federal de Procedimientos Penales, con la reforma que se propone deberá quedar redactado en su primera parte en la siguiente forma: "Desde el momento en que se determine la detención, en concordancia con el artículo 16 de la Constitución Federal, el Ministerio Público hará saber al detenido la imputación que se le hace y el derecho que tiene para designar persona que lo defienda, en caso de que no lo haga o no tenga quien lo defienda, dicha autoridad le nombrará uno de oficio...".

BIBLIOGRAFIA

- 1.- AGUILAR Y MAYA, José.- El Ministerio Público Federal en el Nuevo Régimen. - Editorial Polis.- 1ª edición.- México, 1942.
- 2.- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto.- Derecho Procesal Penal. - Editorial Jus.- Tomo II.- Milán, octubre de 1950.
- 3.- BRISEÑO SIERRA, Humberto.- Estudios de Derecho Procesal. - Volumen I.- Cárdenas Editor y Distribuidor.- 1ª edición.- México, 1980.
- 4.- CARNELUTTI, Francesco.- Derecho y Proceso. - Ediciones Jurídicas Europa-América.- Argentina, 1967.
- 5.- CASTRO, Juventino V.- El Ministerio Público en México. - Editorial Porrúa.- 3ª edición.- México, 1985.
- 6.- CLARIA OLMEDO, Jorge A.- Tratado de Derecho Procesal Penal. - Tomo III.- Editorial Edial.- Argentina, 1960.
- 7.- COLIN SANCHEZ, Guillermo.- Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. - Editorial Porrúa S.A.- 3ª edición.- México, 1974.
- 8.- DIAZ DE LEON, Marco Antonio.- Código Federal de Procedimientos Penales Comentado. - Editorial Porrúa S.A.- 2ª edición.- México, 1989.
- 9.- FENECH, Miguel.- El Proceso Penal. - Editorial Aagesa.- 3ª edición.- Madrid, 1978.
- 10.- FLORIAN, Eugenio.- Elementos de Derecho procesal. - Editorial Bosch.- Barcelona, 1934.
- 11.- GARCIA RAMIREZ, Sergio.- Curso de Derecho Procesal Penal. - Editorial Porrúa S.A.- 4ª edición.- México, 1983.
- 12.- GARCIA RAMIREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria.- Prontuario de Derecho Procesal Mexicano. - Editorial Porrúa S.A.- México, 1988.
- 13.- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José.- Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. - Editorial Porrúa S.A.- 9ª edición.- México, 1988.
- 14.- GUARNERI, José.- Las Partes en el Proceso Penal. - Editorial José María Cajica Jr.- 1ª edición.- Puebla, Pue. Mex., 1983.
- 15.- MANZINI, Vincenzo.- Derecho Procesal Penal I. - Editorial Egea.- Buenos Aires.- Argentina, 1960.

- 16.- OSORIO Y NIETO, César Augusto.- La Averiguación Previa.- Editorial Porrúa S.A.- 4ª edición.- México, 1989.
- 17.- PALLARES, Eduardo.- Prontuario de Procedimientos Penales.- Editorial Porrúa S.A.- 11ª edición.- México, 1989.
- 18.- PALOMAR DE MIGUEL, Juan.- Diccionario para Juristas.- Ediciones Mayo S. de R. L.- México, 1981.
- 19.- PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael de.- Diccionario de Derecho.- Editorial Porrúa S.A.- México, 1985.
- 20.- PEREZ PALMA, Rafael.- Guía de Derecho Procesal Penal.- Cárdenas Editor y Distribuidor.- 2ª edición.- México, 1975.
- 21.- PINA, Rafael de.- Comentarios al Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales.- Editorial Herrero.- 1ª edición.- México, 1961.
- 22.- RIQUELME, Victor.- Instituciones de Derecho Procesal Penal.- Editorial Atalaya.- Argentina, 1946.
- 23.- RIVERA SILVA, Manuel.- El Procedimiento Penal.- Editorial Porrúa S.A.- 14ª edición.- México, 1984.