

88
297



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ENEP "ACATLAN"

"LA DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

SALVADOR FLORES GONZALEZ



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

NAUCALPAN, ESTADO DE MEXICO

1991



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

		Pág.
I N T R O D U C C I O N		
CAPITULO I. ANTECEDENTES Y DEFINICION		
I.-	DEFINICION.	1
II.-	BREVE DESARROLLO HISTORICO DE LA DEFENSA.	6
III.-	EVOLUCION DE LA FIGURA DEFENSA.	13
IV.-	DERECHO DE DEFENSA.	18
CAPITULO II. LAS GARANTIAS INDIVIDUALES DEL IN-- CULPADO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO -- PENAL.		
I.-	VISION HISTORICA DEL ART. 20 CONSTI-- TUCIONAL.	26
II.-	ASPECTO CONSTITUCIONAL DE LA DEFEN-- SA EN LA AVERIGUACION PREVIA.	32
III.-	LA DEFENSA EN EL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.	42
IV.-	LA DEFENSA EN EL CODIGO DE PROCEDI-- MIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDE-- RAL.	55
V.-	EL MINISTERIO PUBLICO.	65
CAPITULO III. EL DEFENSOR		
I.-	DEFINICION.	90
II.-	NOBRAMIENTO COMO DERECHO Y GARAN-- TIA.	103

	Pág.
III.- LA DEFENSORIA DE OFICIO.	106
IV.- EL DEFENSOR ACTUA AL LADO DEL IMPU- TADO.	119
 CAPITULO IV.- EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO	
I.- ETAPAS DEL PROCESO PENAL.	132
II.- AVERIGUACION PREVIA.	139
III.- TIEMPO DENTRO DEL CUAL DEBERA INTE-- GRARSE LA AVERIGUACION PREVIA.	148
IV.- INTERVENCION DE LA DEFENSA EN LA -- AVERIGUACION PREVIA.	155
 CONCLUSIONES	 166
 BIBLIOGRAFIA .	

TEMA: LA DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA

OBJETIVO: La inquietud de referirse a la situación jurídica que va a guardar el inculpado dentro del procedimiento penal es sin duda uno de los problemas más relevantes que -- afronta la impartición de la justicia en la actualidad, en -- primer lugar porque sin duda el inculpado tiene una serie -- de garantías y derechos que la ley le concede si ha cometido algún ilícito ó ha violado algún precepto establecido y en -- segundo lugar porque no habiendo cometido., nó se le concede; se le viola algún derecho y de esta forma se le deja desamparado y por tal, se le aparta del espíritu de la constitución en donde se le ampara y se le protege por el solo hecho de -- ser persona.

De este modo mi inquietud al pretender hacer un ligero esbozo del presente tema es reafirmar y analizar esta figura y -- que el inculpado goce en verdad de una clara y verídica impartición de justicia.

Ya que vemos en la actualidad qué personas por necesidad incurren en algún ilícito y por tal motivo tienen que ser sancionadas, pero esa sanción debe de hacerse conforme a lo que marca la ley y nó a lo que algunas personas que están dentro de la administración de la justicia, vulneren sus derechos y cometan una injusticia al castigarlos. Por este motivo, -- sean culpables ó inocentes deben de garantizarles una verdadera impartición de justicia.

CAPITULO I

1.- DEFINICION.

La palabra defensa tiene muchas y variadas acepciones, por lo cual haremos mención de algunas de ellas entre las que encontramos:

Defensa.- Del latín defensa, que a su vez proviene de defenderse, el cual significa según el Diccionario Jurídico Mexicano "Defender" "Desviar un golpe" "Rechazar a un enemigo" "Rechazar una acusación o una injusticia". (1)

Defensa.- También se define como "Actividad encaminada a la tutela de intereses legítimos implicados en un proceso (civil, penal, etc.), realizada por un abogado, por persona no titulada (en aquellos regímenes procesales que permiten la intervención de personas no tituladas en esta función o por el propio interesado)". (2)

Recurriendo a Joaquín Escriche, observamos que defensa "es todo cuanto alega el reo para sostener su derecho o inocencia, rechazando la acusación o una acción entablada en su contra". (3)

No podemos pasar inadvertido el juicio de Joaquín Escriche al señalar en su concepto que abarca tanto la materia civil como penal al establecer acción o acusación; pero el meollo del asunto se halla al remarcar que la defensa es todo cuanto alega el reo.

- (1) Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Porrúa S.A., 1989.
- (2) Diccionario de Derecho, Pina Rafael de, Porrúa S.A., 1980, - 9a. edición.
- (3) Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, Joaquín Escriche, Madrid 1873.

Aquí, no es acusado o demandado y además se establece que la finalidad es lograr la convicción en el juzgador por medio de la defensa para obtener una sentencia exitosa.

Continuando con la definición del término defensa tenemos lo manifestado por Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra, en el sentido de que la defensa "es un derecho público subjetivo del inculcado frente al Estado, es una garantía Constitucional, - que ampara los actos procesales de audiencia y de defensa". (4)

Manizini y Fenech, coinciden al indicar que defensa "es en sentido amplio, la actividad encaminada a hacer valer en el proceso penal (consideramos más amplio hablar de procedimiento penal por su amplitud), ante la autoridad competente, los derechos e intereses propios". (5)

José María Lozano considera que defensa "es un derecho natural -- privar de ella al que se acusa de la comisión de algún delito, importa desconocer los principios más elementales de la justicia: - No se tiene noticia de que alguna vez se haya negado ese derecho por la ley pero suelen olvidarlo los hombres que prestándose a ser instrumentos ciegos de la tiranía, van a formar un tribunal ó comisión especial con el ánimo deliberado, con la voluntad preconcebida de condenar a la víctima". (6)

El término "defensa" comunmente y dentro del lenguaje jurídico significa: Amparo, protección, resistencia al ataque, amparo - defensa, mantimiento de una causa, idea o plan discutido ó impugnado.

- (4) Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra "Prontuario de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa S.A., 2a. Edición 1982, pág. 109.
- (5) Citado por Valiente Mario: Il Novo Processo Penale Principi - Fondamentali; Milano, Dott. A. Finfre Editore, 1975, pág. 256.
- (6) José María Lozano, "Tratado de los Derechos del Hombre", México Porrúa S.A., 2a. Ed. Fasimilar, 1972, pág. 331.

nado por otros, socorro, ayuda, repulsa o rechazamiento de agresión, abogado defensor, escrito con el cual se trata de atenuar la conducta del acusado ante el tribunal, hecho o derecho en juicio civil o contencioso o de otra índole.

También se entiende como el conjunto de medios que pueden ponerse en acción para responder a una querrela criminal; defensa en juicio la que por uno mismo o por letrado se asume ante una pretensión ajena planteada judicialmente para intentar la absolución de una u otra especie; integra un derecho aún en los casos de mayor flagrancia en lo penal y de mayor iniquidad en lo civil, por la posibilidad de que las apariencias queden desvirtuadas o los hechos encuentren alguna justificación; en lo personal garantiza integridad física y los derechos individuales; en la práctica se traduce en el derecho de las partes o del reo, según se trate de asuntos civiles o penales, para elegir con libertad la asistencia profesional que deseen como garantía se proclama en todas las constituciones y se regula en todos los ordenamientos procesales, a grado tal que hasta contra la pasividad y la negativa se nombra defensor de oficio.

Por último y para después pasar a mencionar la opinión personal diré que para:

Fernando Arias Bas quien manifiesta que: "la defensa es provocada por el ejercicio de la acción penal para contrarrestar ésta". (7)

Clarita Olmedo Jorge al respecto señala que defensa "es aquella que consiste en resistir la pretensión punitiva estatal, mediante la afirmación y comprobación de inocencia o menor responsa

(7) Arilla Bas, Fernando: "El Procedimiento Penal en México", -- Editores Mexicanos Unidos, S.A., 7a. Edición 1978, pág.83.

bilidad que tiende a destruir o reducir la amenaza de la actividad persecutoria. (8)

Antes de pasar a dar una opinión personal del término defensa considero que indudablemente la institución de la defensa es producto de la civilización y de las conquistas libertarias, es signo inconfundible del sistema procesal acusatorio y del progreso obtenido en el orden jurídico procesal.

En el proceso penal la defensa tiene funciones específicas y que son: coadyuvar a la obtención de la verdad y proporcionar una verdadera asistencia técnica al procesado para evitar todo acto de arbitrariedad de los demás órganos del proceso, con lo cual se cumple con una importantísima función social.

Así mismo y no sin antes señalar que más adelante se desarrollará con amplitud considero mencionar que la persona que pone en práctica todos los medios a que se refiere el contenido del término defensa, es el defensor, que de una manera general es quien defiende, ampara o protege, quien sostiene una causa o plan que es impugnado por otro o varios. En síntesis; es la persona encargada de defender los intereses de su defenso.

Esto nos lleva a la reflexión de que la defensa es una figura no decorativa dentro del proceso penal ya que cumple una función importantísima y conviene que esté en manos de un técnico en el derecho; por lo que debe encomendarse a peritos conocedores de la función técnica jurídica como los abogados.

(8) Claria Olmedo Jorge A., "Tratado de Derecho Procesal Penal", - Tomo IV, Editorial Ediar; Buenos Aires, 1964, pág. 419 y siguientes.

Con los anteriores elementos, nos encontramos en aptitud de proporcionar un concepto personal de defensa, considerando que - defensa es la actividad desplegada por el inculpado y/o su defensor con la finalidad de contra atacar la acción penal.

II. BREVE DESARROLLO HISTORICO DE LA DEFENSA.

La institución de la defensa se ha conocido desde las más antiguas legislaciones: en efecto, se puede afirmar que hay defensa desde que existe la humanidad, considerada y como un impulso propio o por auxilio de terceras personas, por lo tanto, proponemos en este espacio determinar de qué manera se ha presentado en la relación adjetiva penal, analizando dicha figura a través de los documentos antiguos de los cuales se tiene conocimiento, para poder establecer el tratamiento que se le ha dado, esto es, como función pública como derecho, como garantía, etc.

El dato más remoto lo encontramos "en el antiguo testamento" donde se expresa que Isafas y Job dieron normas a los defensores para que por su intervención tuvieran éxito las gestiones en favor de los mentecatos, de los ignorantes, de los menores, de las viudas y de los pobres, cuando sus derechos hubiesen sido vulnerados. (1)

Debemos subrayar que en el pueblo hebreo la defensa de un acusado podía hacerla cualquier persona, aún en el mismo momento del suplicio, y podía renovarse la defensoría hasta cinco veces. Dicha aseveración merece una crítica negativa en el sentido que lo pretendió esa reglamentación: primero, que sea cualquier persona el defensor; segundo, que la defensa puede ser en cualquier momento del proceso y tercero, que la defensa es revocable (hasta cinco veces), a fin de que el procesado no se sienta completamente ligado a su defensor, y al existir esta situación tiene el derecho de cambiar de defensor durante el proceso.

(1) Bustamante González Juan, "Principios de Derecho Procesal Penal", Séptima Edición, Ed., Porrúa S.A., México 1984. pág. 86.

Ahora bien por lo que hace al derecho griego, por el estrecho ligamento con el derecho romano, y éste a su vez, interesada para el derecho universal así, Guillermo Colfn Sánchez establece: "En el derecho griego, aunque en forma incipiente, hubo noción de la defensa; se permitió al acusado durante el juicio, defenderse por sí mismo o por un tercero". (2)

Abundando al respecto, en Atenas, el acusado comparecía ante el Tribunal acompañado de sus testigos y sus defensores; así, el flagrante delito, hasta la confesión de los acusados, no justificaba una sentencia si no había existido una libre defensa. Las sentencias pronunciadas sin ella, aún por delitos irrefragables, pasaban por actos de violencia y no de justicia.

Se requiere aceptar que en el derecho griego, la institución de la defensa se estatuye como una garantía procesal, en razón de ser imprescindible en el proceso.

En Roma, en los primeros siglos de la república, el acusado ejercía por sí mismo el derecho de defensa, que estaba reconocido y admitido por la ley por la costumbre.

Fue hasta el siglo VI en la era romana, cuando se introdujo la costumbre de que los acusados fueran defendidos por otras personas. También se estableció, que el pretor nombrara un defensor al acusado que no lo tenía; esto demuestra el principio de la defensoría de oficio, no importando que el acusado tuviera el carácter de esclavo, aunque cabe mencionar que no todo fue plausible, pues antes del establecimiento del imperio se abandonó el derecho a la defensa.

(2) Colfn Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, México, Porrúa S.A., 1980, pág. 180.

Aunque después instaurado el imperio, se siguió con la situación anterior, esto es, se consideró que la defensa se podía realizar por una tercera persona, sobre el particular, Javier Malagón Barceló, explica: "Las características especiales del procedimiento romano en relación con las garantías del acusado son:

- 1.- Días edictio o citación para un día fijo, que tiene por consecuencia el derecho de ser oído.
- 2.- Publicidad no sólo legal, sino efectiva, como exigencia material, puesto que los juicios se celebran en los mercados.
- 3.- Posibilidad de defensa por terceras personas, garantía que se da en todos los tiempos y que origina la defensa múltiple.
- 4.- Publicidad absoluta en relación con las pruebas, especialmente de la de testigos". (3)

En lo relativo a España, Colín Sánchez, nos ilustra al decir: "En el derecho español también existió la defensa. El fuero juzgó la novísima recopilación y otros cuerpos legales señalaron que el procesado debería estar asistido por un defensor, que inclusive - en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de Septiembre de 1882, impuso a los abogados integrantes de los Colegios, la obligación de avocarse a la defensa de aquellas personas carentes de recursos para pagar el patrocinio de un defensor particular". (4)

(3) Historia del Procedimiento Criminal. Revista de la Facultad de Derecho. Enero-Marzo 1952. Tomo 11 número 5. pág. 152.

(4) Op. Cit., pág. 180.

No podemos perder de vista dos aspectos importantes en el derecho español; el primero consiste en la defensa realizada por otra persona y el segundo estableció obligación de la defensa gratuita al acusado carente de defensor particular, lo que se tradujo en la defensoría de oficio. Destacamos la importancia de estos hechos ya que en México se aplicaron las leyes españolas aún después de consumada la independencia.

En México durante la conquista, se impusieron las leyes españolas y tiempo después de la independencia es cuando aparecen ordenamientos nacionales, y en lo relativo a la defensa, tenemos lo siguiente:

El antecedente nacional más remoto lo hallamos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, en que se plasmó el derecho a la defensa gratuita.

Durante la misma década, en el año de 1858, es publicada la Ley - Miranda dicha ley reglamentaba la Defensoría de oficio en sus numerales de los cuales transcribimos los siguientes:

ARTICULO 460.- "Al concluir la confesión, se le prevendrá que nombre defensor y si no lo hiciera se le nombrará de oficio y en México se encargará la defensa a los - abogados de los pobres, por riguroso turno, que -- llevarán a cabo el Juez más antiguo en un libro que firmará la partida el abogado que corresponda".

ARTICULO 461.- "En el mismo día en que se nombre defensor, se le hará saber a éste su nombramiento, y en el acto se le entregarán las actuaciones, asentándose la hora en que éste se verifique..."

El 17 de octubre de 1867, se expide la Ley Orgánica de Agentes de Negocios que obliga a los legos a tomar la defensa gratuita de -- los pobres. Las leyes mexicanas consagran el principio de que la defensa penal es obligatoria y gratuita en materia federal común y militar, existe la institución del defensor de oficio para patrocinarse gratuitamente a quien lo solicite; así mismo, las leyes penales reglamentan la defensa estableciendo obligaciones, derechos y sanciones para el abogado en el ejercicio de sus funciones.

Siendo las garantías un legado de la Constitución de 1857, -- en México, en esa época se vivía una serie de problemas internos que no permitían una acertada atención al cumplimiento de cada -- una de las garantías individuales, y si bien es cierto que con la Ley de Agentes de Negocios se estableció la obligación a los legos de tomar la defensa gratuita de los pobres como retribución a la sociedad, también lo es, que por las circunstancias sociales -- imperantes, no se le daba cabal cumplimiento.

Fue hasta 1903, durante el gobierno del General Porfirio -- Díaz, cuando se expide la primera Ley Orgánica del Ministerio Público para el Distrito Federal; dentro de dicha ley se reglamentó la función de la defensoría de oficio, lo cual además resultó obsoleto.

Al publicarse la Constitución de 1917, encontramos que dentro de las garantías individuales se contempla al igual que en la carta magna de 1857, el derecho a la defensa, tal garantía está -- plasmada en el artículo 20 en su fracción IX. Es oportuno señalar que dicha fracción IX del artículo 20 constitucional continúa vigente hasta nuestros días sin haber sufrido alguna modificación desde su expedición mismo que establece:

ARTICULO 20.- "En todo juicio de 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",

En 1919, es publicada la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público para el Distrito Federal, dicho ordenamiento llamado la Ley Carranza del Ministerio Público suprimió el capítulo que regulaba el funcionamiento de la Defensoría de Oficio, que contemplaba la ley anterior de 1903.

En razón de no ser posible el análisis total de las leyes reglamentarias de la defensa en México, sólo enunciaremos algunas de ellas que la contienen ya que más adelante nos adentraremos y analizaremos ampliamente algunas de ellas puesto que este capítulo no es el adecuado para ello.

Leyes reglamentarias de la defensa en México:

- Proyecto del Código Procesal Penal de 1872.
- Código de Procedimientos Penales de 1880.
- Ley Orgánica de Tribunales de 1880.
- Reglamento de la Ley Orgánica de Tribunales de 1880.
- Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903 que reglamenta la defensoría de oficio.
- Ley Orgánica del Ministerio Público de 1919, llamada Ley Carranza del Ministerio Público que ya mencionamos en párrafos anteriores y que merece una crítica negativa ya que suprimió la defensoría de oficio, puesto que tal actitud no se justifica ya que la Constitución Política de 1917, goza de fama de ser una garantía social entre otras garantías.

- En la actualidad regulan el funcionamiento de las distintas defensorías de oficio la Ley de la Defensoría de Oficio Federal, publicada en el Diario Oficial de 9 de febrero de 1922 y su reglamento de 25 de septiembre del mismo año, aprobado por la Suprema Corte de Justicia.

En materia común. La Ley y Reglamento de la Defensoría de Oficio fue publicada en el Diario Oficial del 2 de junio de 1940.
(5).

(5) Andrade Manuel; "Legislación Penal Mexicana" Editorial Información Aduanera, 1938.

III.- EVOLUCION DE LA FIGURA DEFENSA.

Para adentrarnos en esta importantísima institución diremos - que esta misma representa en el procedimiento penal moderno una -- función de altísimo interés, sea que se le considere como un órgano encargado de prestar gratuitamente asistencia técnica a las partes o como la persona que, a cambio de retribución, pone los conocimientos profesionales que posee al servicio del inculpado.

A efecto de ubicar en un principio el derecho de defensa, consideramos importante el señalamiento que hace Teodoro Mommsen, en el sentido siguiente: "... la defensa originaria fue, a no dudarlo, -- la autodefensa, y esta autodefensa, sin asistencia jurídica ajena, y sobre todo como concurrente con la asistencia jurídica ajena, -- fue cosa que se conoció en todas las épocas. Pero además de ella, al lado de ella, apareció desde bien temprano el procurador o agente, el patronus... Esta asistencia dependía de la libre elección y voluntad de las partes..." (1)

Esta situación descrita sirve para generar una primera impresión: -- en el Derecho Antiguo no existía el derecho de defensa ni el defensor figuras que surgirían con posterioridad. Al respecto, Juan José González Bustamante indica: "...En el derecho Atico, el acusador y el acusado comparecían personalmente ante el Tribunal del -- pueblo a alegar de viva voz. No se admitía la intervención de terceros, pero después llegó a ser costumbre que concurrieran al proceso..." (2)

- (1) Mommsen Teodoro, Derecho Penal Romano; Editorial Temis; Bogotá 1976; pág. 246.
- (2) González Bustamante, Juan José; "Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano; Editorial Porrúa S.A., Novena edición, -- 1988; pág. 86.

En efecto, hacia el siglo V de la fundación de Roma, los plebeyos debían preparar su propia defensa; pero, con posterioridad, la -- práctica jurídica permitió la comparecencia de un orador, en el -- proceso penal llamado "patronus", quien debía ser instruido en -- las cuestiones técnico-legales, por el "advocatus", perito en Derecho.

La característica a resaltar en esta época, se hace consistir en que la carga de representar y proteger al cliente (acusador o acusado) recaía en el "patronus".

Desprendemos de lo expuesto que el patronus, podía comparecer representando al acusador y al acusado, protegiéndolo respectivamente. Esta figura gestó lo que sería después el germen del defensor en materia penal, que en diversos países y momentos históricos, adoptó características peculiares a saber:

ESPAÑA.- Las leyes españolas se ocuparon, preferentemente, de proveer que el inculcado tuviera defensor para que estuviese presente en todos los actos del proceso, se facultaba a los jueces para apremiar a los profesores de Derecho y abogados del foro, a fin de que destinaran parte de sus horas de trabajo diario, en la defensa de los pobres y desvalidos, se expidió la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 en donde se señala que los colegios de Abogados estaban obligados a señalar periódicamente a alguno de sus miembros para que se ocupasen de la asistencia gratuita de los menesterosos. Se criticó en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se empleara el término derecho de defensa, siendo que es más bien una garantía que tienen todos los procesados a defenderse por sí o por terceros, hasta el extremo de no poder renunciar a ser oídos y de que si no se les designan -- Procuradores o letrados, se les nombra a los de oficio.

Las leyes expedidas con posterioridad, reconocen la gratuidad de la defensa, cuando se trata de personas de escasos recursos y que no pueden sufragar los honorarios de los defensores. Es notorio -- el interés del Estado al procurar el equilibrio de las partes.

FRANCIA.- La Revolución Francesa suprimió la abogacía, por decreto de 25 de agosto de 1790, pero posteriormente se dispuso que las -- partes se defendiesen por sí mismas o utilizando los servicios de los defensores de oficio. Aspecto importante en este país es que el principio de que la defensa es obligatoria y la consagración de que el acusado debe de disfrutar de toda clase de libertades para prepararla, tuvieron su origen en la Asamblea Constituyente en este país.

RUSIA.- Lo mismo sucedió con la Revolución Rusa, que mediante el -- decreto de 24 de noviembre de 1917, se volvió a consagrar el derecho de defensa ya que antes la había suprimido porque se consideraba una profesión de tipo burgués, en la actualidad la defensa se -- encuentra consagrada a cuerpos de defensores retribuidos e inspeccionados por el Estado. (3)

Después de haber hecho un pequeño recorrido por algunos países y -- momentos históricos, podemos establecer que la menor o mayor elasticidad en el derecho de defensa, está condicionada históricamente por el sistema procedimental que se adopte. Al respecto Eugenio -- Florian comenta; "Los sistemas inquisitorios y acusatorios se -- caracterizan por la diferente asignación de las funciones procesales, por lo tanto se dividen y se caracterizan los sistemas en:

ACUSATORIO.- Si cada una de las funciones es encomendada a un órga -- no propio e independiente, tendremos tres órganos diferenciados a

(3) Op. Cit. pág. 86.

saber; acusador, defensor y juez.

INQUISITORIO.- Cuando las tres funciones están concentradas en manos de una sola persona, de un mismo órgano..." (4). "Incluso en este último puede ocurrir que el acusado pierda su calidad de parte, para convertirse en el objeto del proceso, entonces el derecho a la defensa desaparece o por lo menos queda afectado, al grado de quedar reducido a límites mínimos". (5)

Así mismo por lo que respecta al Procedimiento Penal Mexicano, -- Don Jacinto Pallares al comentarlo señala que todos los abogados, tienen la obligación de patrocinar gratuitamente a los pobres ya que la contraen al recibir sus títulos profesionales. Esta obligación se impuso desde el Estatuto de 23 de mayo de 1829 y al triunfo de la República, se afirmó con la expedición de la Ley Orgánica de Agentes de Negocios (misma que ya se citó anteriormente), -- que obligaba a los legos a tomar la defensa gratuita de los pobres de solemnidad. (6)

Al seguir analizando la evolución de la defensa en México consideré que ha sido breve porque la finalidad de este trabajo no es narrar historia sino señalar que la defensa se ha establecido en todas épocas desde que se instituyó hasta la fecha, la legislación siempre ha tutelado, no sólo los intereses del Estado que se ha quebrantado por la comisión de algún delito sino que también tutela y garantiza los derechos procesales del inculcado en la medida que las mismas leyes señalan y reconoce el principio de que este disfrute de la más amplia libertad para preparar su defensa.

- (4) Citado por Zaffaroni, Eugenio Raúl; Sociología Procesal Penal Colección Gabriel Botas; 1a. Ed. 1968, pág. 21.
- (5) CFR. Pérez Palma, Rafael; Guía de Derecho Procesal Penal; -- Cardenas, Editor y Distribuidor, 2a. Ed., 1977, pág. 277.
- (6) El Poder Judicial, México. Imprenta del Comercio, 1874.

De esta forma la evolución de la defensa hasta nuestros días se puede simplificar al señalar que las leyes mexicanas consagran el principio de que la defensa penal es obligatoria y gratuita, y en materia, federal común y militar, existen órganos de peritos en Derecho defensores de oficio, para la atención técnica de quienes no estén en condiciones de pagar un defensor particular.

De lo antes expresado podemos concluir que la evolución en términos generales o sea no sólo en México sino en todo país del mundo; de la defensa a partido de ser autodefensa hasta ser una obligación por parte del Estado, respecto al inculpado de ser una garantía constitucional, hasta ser un derecho inviolable para todo ser humano aún en el caso de haber cometido algún ilícito que vulnere derechos ajenos.

IV.-- EL DERECHO DE DEFENSA.

El tema que se tratará en las líneas siguientes, es de tal importancia en nuestro sistema jurídico, ya que si no existiera esta figura habría un desequilibrio en la impartición de la justicia y se estaría en contra del espíritu de nuestra Carta Magna, máximo instrumento de justicia y equidad que los Constituyentes de 1917 nos heredaron.

Por lo tanto en este breve espacio trataremos de analizar la figura del derecho de defensa visto por diversos tratadistas y señalar si es una garantía constitucional, una obligación ó un derecho del inculcado, etc.

Un signo aún más significativo de su importancia lo constituye el derecho que encierra en sí misma, una contribución de igualdad -- entre los sujetos que concurren a la actividad procedimental.*

Dentro de nuestro sistema jurídico, viene a ser una garantía constitucional, consagrada en nuestro Código Político, comprendida en el artículo 20 Fracción IX y que es la base de las vertientes y -- por lo cual lo transcribiremos:

ARTICULO.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías;... IX.- Se 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 defensores de oficio para que elija el que, -- o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio.

El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea oprimido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite". (1)

El anterior precepto constitucional fundamenta la esencia y contenido, que son reglamentados por las leyes a lo largo de las actividades del procedimiento penal, dando paso a una serie de características que identifican a la figura en estudio.

Recurriendo a algunos estudiosos del Derecho empezaremos por mencionar que para Jorge Carpizo el derecho de defensa "es una garantía de seguridad jurídica para el inculcado, que le da la oportunidad de presentarse ante las actividades propias del procedimiento penal en igualdad de circunstancias técnico-jurídicas ante la Representación Social, que tiene en sus manos la función persecutoria y la lleva a cabo con pericia, situación que permite fluidez a la realización de las actividades que atiende, ocasionando la cristalización de las finalidades del procedimiento penal, de tal manera que la defensa como garantía o control del exacto cumplimiento de sus lineamientos jurídicos abraza una serie de circunstancias que van estableciendo las características que identifican a la defensa" (2)

José María Lozano da su razonamiento respecto del tema que nos ocupa y señala que "Estima imprescindible en la ley la regulación de la defensa, además de no condenar sin que se defienda al hombre, de donde podemos decir que: nadie puede ser condenado sin que se le oiga en su defensa, o también que "A ningún procesado -

- (1) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Título primero, capítulo primero.
- (2) Carpizo, Jorge. La Constitución Mexicana de 1917: UNAM. México D.F., 1982. pág. 156.

su lo podrá rehusar, impedir o coartar ninguno de sus legítimos - medios de defensa, ni imponerle pena sin antes ser oído", lo anterior nos lleva a la conclusión de que el acusado no puede quedar en estado de indefensión, máxime si se encuentra privado de su libertad y nunca podría rebatir la denuncia o querrela formulada en su contra". (3)

Explicando la anterior manifestación hecha por este autor se considera que este derecho es de importancia y por lo tanto no debe perderse de vista su exacto cumplimiento partiendo de lo preceptuado por la constitución.

Fix Zamudio Héctor y José Ovalle Favela manifiestan al respecto - que el derecho de defensa es "Una institución de derecho de suma importancia en nuestro sistema jurídico mexicano, ya que a nivel Constitucional en su artículo 20 principalmente su fracción IX se ha consagrado los derechos fundamentales del inculpaado que tiene por objeto asegurarle una defensa razonable". (4)

Visto desde este punto de vista la defensa constituye una garantía constitucional que ampara los actos procesales de audiencia y defensa del inculpaado.

Una vez analizado el derecho de defensa como garantía constitucional pasaremos a señalar a la defensa como derecho del inculpaado:

La defensa es un derecho del inculpaado frente a la acción del Estado lo que puede notarse sin lugar a dudas en los Códigos de Procedimientos Penales, desde el primer momento derivado de la pre-

(3) Lozano Marfa José: "Tratado de los Derechos del Hombre"; - - México Porrúa, S.A., 2a. Edición Facsimilar, 1972, pág.331,

(4) Fix Zamudio, Héctor y José Ovalle Favela; "Derecho Procesal" de la serie Introducción al Derecho Mexicano". UNAM.1981, -- pág. 20.

tensión punitiva, al manifestar que debe ponerse en conocimiento del inculpado datos necesarios para conocer ampliamente el hecho delictuoso que se le imputa al manifestar"...So lo impondrá del - motivo de su detención..." "...Con el fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo por - sí mismo..." (artículos 154 C.F.P.P.; y 290 fracciones I y III -- C.P.P.D.F. respectivamente), facultad que retoma el legislador de la garantía constitucional comentada, originando la posibilidad - de oír al inculpado por sí mismo lo que convalida la parte de la defensa, a lo que Giovanni Leone denomina material, (5) término- que acogeremos, por dar todo el contenido y la definición de és- ta, que es una defensa reconocida por la ley pero no regulada por cuanto a su actuar, dejando a su titular (inculpado) en amplia li- bertad, para desenvolverse de acuerdo a sus intereses, en contra- de la pretensión punitiva.

Respecto a éste punto de vista algunos tratadistas como Vélez Ma- ricone considera el derecho de defensa "Es un derecho subjetivo público, individual del inculpado para acreditar su inocencia o - cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabi- lidad". (6)

Analizando el anterior razonamiento se considera que es un dere- cho del inculpado la defensa ya que el mismo puede defenderse por sí mismo o por persona de su confianza, o por ambos así como de - hacer de su conocimientos los hechos punitivos que existan en su contra para poder desarrollar mejor su defensa en contra de la -- imputación; de lo que se desprende que tiene su origen en el - --

(5) Giovanni Leone, Tratado de Derecho Procesal Penal, traducida por Santiago Sentles Melendo; T.I.; Ediciones jurídicas Euro- pa-América, Buenos Aires, Argentina, 1961, pág. 564.

(6)

artículo 20 Constitucional en su fracción IX el cual es conocido ya de todos nosotros.

En el sentido apuntado es decir el derecho de defensa como una obligación para el órgano jurisdiccional, representa la inviolabilidad de la defensa en todo momento, estableciendo para él deberes perfectamente delineados en:

- Dar a conocer los datos necesarios para la defensa
- Recibir el conocimiento respecto al hecho delictuoso que aporte el inculpado en defensa de su causa.
- Nombrar defensor, cuando no lo haga el inculpado y
- Vigilar el cumplimiento de las funciones encomendadas a la defensa (artículos 20 Constitucional fracciones VII y IX; 290 - - fracciones I y II 292 C.P.P.D.F.; 310, 318, 326, C.P.P.D.F. y - 154, 159 y 297 del C.F.P.P.). (7)

Ahora en el sentido de que la defensa es una obligación, se desprenden dos vertientes, que siempre van por su control, vertientes que van íntimamente ligadas; la primera corresponde al defensor, titular de la defensa formal, determinada así por atender en todo momento los lineamientos jurídicos, su actividad está íntegramente prevista con anterioridad al evento delictuoso imputado (artículo 14 constitucional) investida de un poder que vincula irremediamente la ejecución de lo previamente establecido por la ley ocasionándose con su omisión graves consecuencias a la defensa; y la segunda como obligación del órgano jurisdiccional ya anotado anteriormente.

Como podrá verse el cumplimiento del derecho en la defensa material y de las obligaciones reservadas a la defensa formal, deben-

(7) Códigos de Procedimientos Penales del Distrito Federal y - - Federal.

por motivo de observancia del Órgano Jurisdiccional, que en todo momento debe impedir su omisión, la que contempla la ley, en doble efecto que ataca la función propia de la defensa:

- 1.- Se deja en estado de indefensión al inculcado, provocando la violación a la garantía de seguridad jurídica de éste, que dá base al juicio de amparo;
- 2.- Se provoca un incumplimiento a las formalidades del procedimiento penal, haciendo válida la reposición del procedimiento penal.

La defensa es un ente jurídico complicado, que implica la presencia del inculcado y del defensor, que a decir de Silvestro Gracia no "son elementos; individual y social respectivamente (8), que pensamos que más bien plantea una hipótesis que marca la presencia de dos sujetos jurídicos con diversas actividades denominadas: defensa material que corresponde directa y exclusivamente al sujeto que se le imputa el delito; y defensa formal o técnica reservada al defensor, según lo manifiesta el tratadista Loone Giovanni en su Tratado de Derecho Procesal Penal. (9)

Tratando de dejar bien claro la finalidad del presente apartado se hará un breve resumen señalando que la defensa como una garantía de seguridad jurídica, que dá al inculcado auxilio para resistir la acción punitiva del Estado, nivelando la fuerza de éste -- con la de quien sufre la imputación del delito, creando un equilibrio en la balanza jurídica está señalada en nuestra Constitución en su artículo 20 fracción IX.

(8) Citado por Colfn Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales; 4a. Ed., México: Porrúa S.A. 1977, pág. 179.

(9) Idem. pág. 198.

Esta garantía constitucional, al ser reglamentada por las leyes - resalta las características que la identifican, tales como:

- a).- La defensa es un derecho del inculpado, que fundamenta la de fensa material, permitiendo al imputado conocer a plenitud - el hecho delictuoso, dejando a su titular (inculpado) en libertad, para desenvolverse de acuerdo con sus intereses.
- b).- La defensa constituye una doble obligación interrelacionada. La primera le dá vida a la defensa formal, de la que es titu lar el defensor que por seguir los lineamientos jurídicos -- vincula irremediamente la ejecución de lo establecido por la ley. También constituye obligación por el órgano jurisdiccional, traducida en la inviolabilidad de la defensa en - todo momento y para ello se le obliga a observar el exacto - cumplimiento de las funciones reservadas tanto a la defensa formal como a la material.

En otro orden de ideas pero en, y remarcando dicho punto a pesar de la amplitud y elasticidad que la propia constitución y las leyes procedimentales confieren a la autodefensa, ésta se reduce a un simple deseo de protección del constituyente hacia el inculpado en virtud de que en la práctica, éste sólo podrá realizar gestiones necesarias para su defensa, cuando goce de libertad provisional; independientemente de lo apuntado, les asiste la razón a RAFAEL DE PINA y JOSE CASTILLO LARRAÑAGA, en el sentido de que "... cuando la ley permite la intervención en los procesos, como aseso res o representantes, a personas que carecen de preparación suficiente (aunque sean las mismas partes), las actividades de los órg anos de jurisdiccional se ven frecuentemente perturbados y entor pecidas, con grave daño para el interés público y aún para el pr ivado..." (7)

(7) Derecho Procesal Civil; Ed. Porrúa S.A. 15a. Ed. 1982. pág. 265 y 266.

HECTOR FIX ZAMUDIO y JOSE OVALLE FABELA dicen al respecto: -
 "...En nuestro ordenamiento procesal existe el principio, deriva-
 do de una concepción decimonónica, tanto del proceso como de la -
 abogacía, en el sentido de que es indispensable el asesoramiento-
 técnico de las partes, de manera que las mismas puedan comparecer
 por sí mismas, sin asistencia de un abogado, e inclusive el artí-
 culo 20 Constitucional en su fracción IX dispone que comparezcan-
 personas no necesariamente profesionistas en derecho, todo lo - -
 cual no deja de ser una mera ilusión ya mencionada ya que el mun-
 do moderno se hace indispensable la asistencia de técnicos y pro-
 fesionistas preparados..." (8)

Con mayor razón si tomamos en consideración que en los proce-
 dimientos penales están en juego valores de gran trascendencia --
 para la vida humana como son: la libertad personal, la que puede-
 verse seriamente afectada cuando el defensor carece de una adecua-
 da formación profesional.

GUILLEMO COLIN SANCHEZ, señala al destacar que el defenso -
 puede nombrar o designar persona de su confianza, aunque no sea -
 abogado, con lo cual resultaría gravemente afectado el inculpa-
 do, debido al desconocimiento técnico de la materia de quien así fue-
 designado. (9)

(8) Op. cit. pág., 46

(9) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales; Editorial Porrúa
 S.A., 4a. Ed. 1977, pág. 184 y 185.

CAPITULO II

I.- VISION HISTORICA DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL.

Para iniciar el estudio del presente apartado mencionaremos que las garantías individuales consagradas en la Constitución de 1917 nos demuestran la preocupación que tuvo el constituyente para garantizar los derechos del individuo, basado en un pensamiento humanista y de auténtica justicia social.

Por lo tanto haciendo un recorrido en la historia de nuestro país trataré de hacer una somera síntesis de los antecedentes nacionales de las garantías individuales, a fin de poder desprender de ahí, de la mejor manera posible su nacimiento y consolidación-jurídica como derecho del gobernado.

En la historia de nuestro país, es beneplácito encontrar que a lo largo de su evolución y desarrollo, en lo que a textos constitucionales se refiera, éstos han tratado de salvaguardar las -- garantías ciudadanas indispensables de los ciudadanos, se dice de los individuos; tal vez porque los legisladores que le han dado -- cauce; concededores de la tradición y formación sociológica de -- nuestro pueblo han encontrado en sus habitantes esa nefasta pre-- disposición a satisfacer necesidades y caprichos personales en -- exceso, particularmente cuando se tiene la oportunidad y los me-- dios políticos o económicos para realizarlo.

Entrando al punto en cuestión tenemos que el 18 de Marzo de 1812, se expidió por las Cortes Generales y Extraordinarias de -- la nación Española, la primera Constitución Monárquica de España, y cuyo ordenamiento puede decirse que estuvo, relativamente vigen-- te en México, hasta la consumación de la Independencia, registra--

da el 27 de septiembre de 1821, con la entrada del Ejército trigarante, la vieja capital Neo Española, en dicho documento jurídico político aparecen disposiciones fundatorias de las garantías individuales que fueron la fuente de inspiración de las disposiciones constitucionales que han llegado hasta nuestros días.

Por otra parte, existen constancias de que el primer documento político constitucional que encontramos en México Independiente es el elaborado por Don José María Morelos y Pavón, sancionado en Apatzingan, el 22 de octubre de 1814, documento que nunca entró en vigor en México Independiente, pero que sin duda fué el mejor documento político Constitucional expedido en esa época, ya que contenía un amplio capítulo dedicado a las garantías constitucionales.

La Constitución Federativa de 1824, no contiene ningún capítulo especial en el cual se enumeren garantías, que se reconozcan a las personas frente al estado en general y a los funcionarios públicos en lo particular, este capítulo careció de una sistematización jurídica en su contenido.

Pasando al análisis de 1836, conocida como la de las Siete Leyes Constitucionales, tenemos que ésta sí enumera en una forma especial algunas garantías individuales mencionandolas como derechos del mexicano.

La primera de las Siete Leyes Constitucionales, de 1836, que a mí en lo particular me parece la más importante en este estudio, se refiere a los derechos y obligaciones de los mexicanos y habitantes de la República; en sus preceptos que contienen diversas garantías de seguridad jurídica.

Pasando al análisis de la Constitución de 1857, tenemos que; fué promulgada bajo el régimen presidencial que como interino ocupaba Don Ignacio Comonfort, en dicho documento encontramos un capítulo especial enumerado bajo el rubro de derechos del hombre. - Constaba de 128 artículos y un transitorio, distribuidos en VIII títulos, conformaban entonces la federación mexicana un total de cinco Estados y tres territorios. A diferencia de la promulgada en 1824, a ésta la caracterizaba la lucidez política de sus autores, pues tenía una estructuración y sistematización jurídica mucho más precisa en su articulado, así como en sus partes dogmáticas y orgánicas, comprendiendo la primera garantía individual, de manera congruente y unificada.

Al acaecer el triunfo de la revolución mexicana en 1910, esta tiene como corolario, un nuevo ordenamiento constitucional que ve la luz del 5 de febrero de 1917, donde es ratificado el carácter federalista y republicano del gobierno; esta constitución, consta de 136 artículos y 16 transitorios, habiendo tenido una gran influencia y similitud respecto a la dictada en 1857; en la Constitución de 1917, actualmente en vigor, encontramos una extensión del poder estatal interviniendo éste con un mayor interés y facultades en la regulación de las relaciones sociales diversas y en la salvaguarda colectiva de los derechos de los ciudadanos.

Ahora bien para efectos de conocer someramente ya que no es materia de este tema solamente enumeraremos las garantías que sean divididas para su estudio según diversos autores en:

- a).- GARANTIAS DE LIBERTAD.
- b).- GARANTIAS DE SEGURIDAD JURIDICA.
- c).- GARANTIAS DE DERECHO DE DEFENSA.

A).- "GARANTIAS DE LIBERTAD.- En el caso concreto tenemos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, vigente en la actualidad consagra para el individuo en sus artículos 4,5,6,7,8,9,10,11,24 y 25, las garantías de libertad" (1)

B).- GARANTIAS DE SEGURIDAD JURIDICA.- Una vez que se mencionó los artículos de las garantías de libertad, resalta como una situación lógica, que la privación de la libertad física de una persona, no se encuentra regulada por ese capítulo, sino que está regulada esa garantía de no ser privado de su libertad por autoridad administrativa, así como el derecho de la norma misma para -- realizarlo únicamente en casos excepcionales, la encontramos dentro del conjunto de garantías individuales determinadas de seguridad jurídica y que es precisamente el tema que vamos a desarrollar a continuación.

Para mejor entendimiento de este apartado es oportuno señalar todos y cada uno de los artículos en los cuales queda asentada esa seguridad jurídica misma que se encuentra contenida en -- nuestra Carta Magna de 1917, actualmente vigente, en sus artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23, artículos que hemos hecho solamente una mención ya que el espacio aquí es breve y no es materia de este tema el de analizar todas y cada una de las garantías de que goza el individuo dentro de esta nuestra sociedad.

La defensa como garantía individual y a la vez constitucional de nuestro Derecho Procesal Penal Mexicano se encuentra reglamentada como ya se mencionó en apartados anteriores en el artículo 20 Constitucional fracción IX. Es aquí en donde en parte está comprendida una de las garantías de seguridad jurídica del indivi

(1) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada, 1989.

duo, que se crearon evidentemente para proteger al gobernado-
por el Estado en su calidad de procesado, imponiendo este or-
denamiento Constitucional a toda autoridad jurisdiccional que
conoce de los juicios criminales correspondientes, diversas -
obligaciones y prohibiciones a título de requisitos legales -
constitucionales, que debe llenar todo procedimiento criminal
para que en esta forma no sean despojados del derecho de de-
fensa los propios acusados.

En nuestra república germinó con gran beneplácito de los na-
cionales, la semilla sembrada con sangre, naciendo de ella --
los ideales y pensamientos tendientes a alcanzar una entera -
libertad del inculgado.

Así mismo tenemos que en nuestra Constitución de 1857 se esta-
tuyó expresamente una de todas esas garantías que comprendían
el derecho que tenía el acusado de defenderse, diciéndonos al
respecto en su artículo 20 fracción V: "Que se le oiga en de-
fensa, por sí o por persona de su confianza o por ambos según
su voluntad, en este caso de no tener quien lo defienda, se -
le presentará lista de defensores de oficio para que elija él
o los que le convengan". ()

Encontramos en nuestra vigente Constitución producto de la de
1917, misma que sustituyó a la de 1857, el enfoque con más vi-
gor del derecho de defensa, dándole al mismo el carácter de -
garantía constitucional.

() Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, --
1955.

C).- GARANTIAS DE DERECHO DE DEFENSA.- La garantía de defensa está contemplada en nuestra Constitución Federal de la República como ya se dijo antes en su artículo 20, fracción IX, mismo que es menester volver a citar para un mejor entendimiento de lo que en este apartado se pretende señalar:

ARTICULO 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: "Fracción IX.- Se le oír en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambas, según su voluntad. En caso de no tener -- quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que ó los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de haber sido requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio.- El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en -- que sea aprehendido y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite".

(2)

II.- ASPECTO CONSTITUCIONAL DE LA DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA.

Por lo que toca al derecho de defensa visto desde el punto de vista constitucional, se percibe una amplia protección del constituyente de 1917, en beneficio de todas aquellas personas sujetas a un procedimiento penal, porque el artículo 20 constitucional y en especial la fracción IX expresa lo siguiente:

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

FRACCION 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 ó los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite". (3)

La norma constitucional es determinante; al decir que "puede el inculcado nombrar defensor desde el momento mismo -

que es detenido o aprehendido? Empero, es práctica administrativa reiterada que sólo se le permita el acceso al abogado a los actos procedimentales, cuando este se radica en sede judicial, esto es, tras de haber concluido la fase administrativa del procedimiento; llamada averiguación previa, la cual se -- desenvuelve ante el Ministerio Público exclusivamente y tiene por objeto primordial acreditar la probable responsabilidad -- del inculpado y fincar por ende las bases para que el órgano-público de la persecución de los delitos ejercite la acción -- penal ante los tribunales.

Ahora bien; del citado ordenamiento constitucional se desprenden diversos momentos procedimentales para el nombramiento -- del defensor:

a).- En la declaración preparatoria en donde el presunto responsable tiene derecho a nombrar defensor particular o -- de oficio; después de haber sido requerido para ello, el juez le nombrará uno de oficio.

Es decir, la figura jurídica de la defensa es un derecho para el inculpado y es una obligación del juez hacerle -- saber al inculpado de que le asiste ese derecho de nombrar, pero si no lo hace lo nombrará el propio juez; uno de oficio.

b).- La parte penúltima de la fracción IX del artículo 20 -- de nuestra Carta Magna, establece que el inculpado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido

y tendrá derecho a que este se halle presente en todos los actos del juicio. Sobre el particular es conveniente señalar que el término aprehendido debe interpretarse como el estado a través del cual el sujeto está privado de su libertad, ya sea porque -- se trate de flagrante delito o de notoria urgencia, o bien, que sin existir ninguno de esos dos casos, la policía judicial ó el Ministerio Público "privó" de la libertad a una persona, y nó en el sentido de que se refiere a aquella persona respecto de quien se ha ejecutado una orden de aprehensión, porque en ese sentido -- no tiene repercusión alguna el nombramiento de defensor". (4)

Por lo anterior, considero que cuando el artículo 20, fracción IX de la Constitución, en su penúltima parte, dice que el acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, se refiere al nombramiento de defensor en la averiguación -- previa, porque no tendría sentido pensar que esa parte se refiere a la facultad de nombrar defensor a partir de que está en presencia del órgano jurisdiccional, pues tal situación se encuentra prevista en la parte tercera de la fracción señalada.

En la penúltima parte de la fracción referida se dice que el acusado tendrá derecho a que el defensor se halle presente en todos los actos del juicio, pero ello no invalida la aseveración de la necesidad constitucional de que el presunto responsable, desde la averiguación previa, pueda nombrar defensor y se halle presente en todos los actos procedimentales y no sólo en el juicio --

(4).-- Tomado del Anuario Jurídico: XII, 1985; UNAM; Exposición -- de Minerva Cervantes Castillejos sobre "la defensa en la -- Averiguación previa", pág., 472.

como se pretendía hasta antes de las reformas suscitadas en el año de 1990 y que entraron en vigor el 1º. de febrero de 1991 y que más adelante se harán mención con mayor amplitud.

En este orden de ideas y para comprender el objeto del presente punto consideramos prudente hacer una breve exposición del artículo 20, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por ser éste y esta fracción la base constitucional de toda nuestra exposición.

ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL.- El Artículo 20 Constitucional establece un conjunto de garantías para los sujetos a proceso penal, el alto valor concedido a la libertad, exigía que el derecho rodeara de garantías cualquier procedimiento por virtud del cual aquella pudiera perderse, desde la constitución de Cádiz se señalan normas al respecto, a fin de evitar las detenciones prolongadas, la compulsión para obligar al acusado a declarar en su contra, la creación de impedimentos que lo colocaran en situación de no poderse defender adecuadamente, o el empleo de amenazas o torturas en su contra; estos principios se recogieron por los diversos documentos constitucionales mexicanos, incluso en las leyes constitucionales de 1936 que tuvieron un carácter fuertemente conservador.

La primera fracción de este artículo 20 Constitucional establece la garantía de poder obtener la libertad provisional bajo caución. Esta institución tiende a armonizar el interés

que la sociedad tiene de no privar injustamente de la libertad a los individuos y al mismo tiempo, el no dejar sin sanción una conducta punible, pero para fijar la caución y obtener la libertad, tienen que satisfacerse ciertos requisitos, como lo son el no ser reincidente o delincuente habitual, y el importante, que el término medio aritmético de la pena -- aplicable al ilícito cometido, no sea mayor de cinco años. -- La ley penal establece mínimos y máximos del tiempo de prisión para diversos delitos; el término medio aritmético se obtiene sumando el mínimo con el máximo y dividiéndose el resultado entre dos.

También se establece en esta primera fracción; que el juzgador al fijar la caución deberá de tomar en cuenta las circunstancias personales del inculcado, entre ellas, su situación-económica, con el objeto de que la caución resulte equitativa, así mismo con el objeto de evitar que se burle la acción de la justicia, al momento de que el inculcado obtiene su libertad se le hacen saber las obligaciones que contrae con el juzgado y se le notifica que en caso de no cumplir con ellas se le revocará de plano su libertad y se ordenará su reaprehensión, entre las obligaciones que se contraen con el juzgado que son: la de presentarse cuantas veces se lo requieran, firmar oportunamente el libro de control, etc.; también es de mencionarse que nuestra constitución abre diversas posibilidades para el otorgamiento de la caución, que puede ser --

por medio de un depósito por una cantidad de dinero o el establecimiento de una hipoteca sobre un bien inmueble; o bien una finca que es la más común y la cual consiste en que un tercero se constituya como fiador y responder por el acusado y en caso de que este se sustraiga de la acción de la justicia, cubra la cantidad que se fijó; ahora por el frecuente empleo del término fianza, a esta forma de libertad se le denomina libertad bajo fianza, siendo sinónimo de libertad bajo caución.

En los delitos con efectos económicos en los que el autor -- prevé ó obtiene un beneficio ó causa un daño patrimonial, se le prevé la aplicación de una regla distinta en cuanto al límite de la caución, ya que de no ser así podría resultar significativamente menor el beneficio obtenido a los daños y perjuicios ocasionados, siempre que el ilícito sea intencional, el monto de la caución será por lo menos de tres veces mayor que los beneficios ó los daños y perjuicios ocasionados, y tratándose de delitos cometidos imprudencialmente, -- bastará con que se garantice la reparación de los daños y -- perjuicios patrimoniales, ya que sería muy severo aplicar el mismo criterio de triplicar el monto de la caución para obtener su libertad.

La fracción segunda del artículo 20 Constitucional, garantiza al individuo frente a acciones arbitrarias, injustas o -- excesivas de la autoridad para obligarlo a que se declare --

culpable. En el ámbito penal debe insistirse en la aportación de pruebas objetivas que pueden evidenciar la responsabilidad del acusado en lugar de pretender basarse en el reconocimiento que de los hechos delictivos haga el propio imputado.

Las fracciones III, IV, V, VII y IX, establecen un conjunto de garantías tendientes a crear verdaderas posibilidades de defensa para el inculcado, se prevé que éste deberá de conocer dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que haya sido puesto a disposición del juez, quien lo acusa, y de qué se le acusa, de tal forma que se encuentre en la posibilidad de responder la imputación que en su contra se hace, así como el acto en que esto ocurra deberá de ser público, se procurará con estas disposiciones legales -- eliminar las prácticas inquisitorias, que se empleaban en el pasado, en donde no se le concedía al acusado el derecho -- real a la defensa y mucho menos se le proporcionaran datos -- que le permitieran conocer con precisión los hechos que se le imputaban; así mismo la publicidad en el proceso busca -- también evitar la práctica de diligencias indebidas que por realizarse a puerta cerrada impedían que el público se enterara de su realización y le coartaban, en la fracción quinta su derecho a denunciar actos irregulares.

Se garantiza que se reciban los testimonios a las personas -- que tengan conocimiento de hechos relacionados con el ilícito

to en investigación, así como las demás pruebas que el inculpado ofrezca apegándose dichas pruebas a los principios generales en la materia probatoria, como es de ser idóneas, posibles y moralmente procedentes; así también las fracciones VI y VII, definen principios aplicables al proceso, y la propia constitución, abre la posibilidad de que los juicios penales sean realizados por un juez profesional o por un jurado, el cual deberá de estar formado por ciudadanos que sepan leer y escribir, con el objeto de que puedan ilustrarse verdaderamente en los términos del proceso, pero la tradición jurídica mexicana se ha inclinado por el sistema profesional de -- justicia, siendo el jurado popular una Institución de excepción.

La fracción VIII, se vincula con el principio de que la justicia debe ser pronta y expedita como lo expresa el artículo 17 Constitucional, ya que se prevé que los juicios penales-- relacionados con delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión, deberá de concluir en menos de un año, entendiéndose que es en primera instancia, por último, la fracción X, -- se refiere a la garantía de libertad y se determina que no -- podrá extenderse el tiempo de prisión por causas económicas-- como la falta de pago de honorarios a los defensores o la cobertura de responsabilidades civiles, ello no impide que dentro de los límites previstos para la pena, el juez pueda -- aplicar una sanción más grave cuando no se reparen los daños

y perjuicios causados a la parte ofendida. Una garantía de equidad es la que dispone que la prisión preventiva, esto es, la que opere en el transcurso del proceso, no puede ser mayor al tiempo máximo de la pena fijada por el delito que dá lugar al juicio, consecuentemente el juzgado puede dar -- por compugnada la pena al emitir un fallo final respecto de un ilícito que se investigó, por lo tanto el lapso por el -- cual una persona ha estado detenida, mientras dura el proceso, se considera como parte de la pena impuesta, de otro modo se cometería una grave injusticia.

Ahora por ser la fracción IX del citado artículo la más importante para la comprensión del presente tema, consideramos importante comentar algo al respecto:

En esta fracción se consagra la garantía de audiencia y tiene como fin que el acusado sea escuchado respecto de lo que tenga que decir en su defensa, ya sea por sí mismo o por persona de su confianza que también puede ser su defensor, esto quiere decir que no necesariamente quien lo defienda tiene -- que ser un abogado con título de derecho, aunque sí está establecido y se comentará más adelante cuando se trate el tema del defensor, que en caso de que el inculcado y la persona de su confianza quien lo pretenda defender no sean abogados, estarán asistidos por un defensor de oficio, para que -- intervengan conjuntamente y con el mismo fin. Esta fracción establece la base de la Defensoría de Oficio, al señalar que

si el acusado se niega a nombrar defensor particular o carece de él, la constitución vfa órgano jurisdiccional le nombrará un defensor de oficio que escogerá de una lista que le presentarán, mismo que aportará pruebas en favor del acusado y sus honorarios serán cubiertos por el Estado ya que el defensor de oficio "no" cobra ninguna retribución por prestar sus servicios y estará para atender a las personas de escasos recursos.

En virtud de lo anterior podemos decir que las diez fracciones del artículo 20 Constitucional son un conjunto de normas sobresalientes protectoras de carácter procesal, tendientes a evitar la consumación de injusticias en el proceso penal y que el individuo debe exigir se cumplan debidamente.

III.- LA DEFENSA EN EL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Bajo este rubro se pretende analizar al derecho de defensa, preceptuado en el Código Federal de Procedimientos Penales. Artículos que hasta hace unos meses regían la vida de aquélla que a partir del 1º de febrero de 1991, se han reformado y le han dado nueva vida y un nuevo enfoque en el procedimiento penal mexicano.

El Código en estudio ha sido reformado en varias ocasiones; la penúltima y la que citaremos por ser la antecedente de la actual fue la que se dió en el año de 1983, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre del mismo año, indicando en su parte conducente de la iniciativa presidencial, bajo el rubro de derechos del inculgado:

"Las garantías penales que la constitución expresamente establece, implican sólo el mínimo de derechos que la autoridad debe reconocer al gobernado. En consecuencia, la ley secundaria puede ampliar ese mínimo de derechos y otorgar al individuo nuevos y mayores derechos frente al poder público, cuando ello resulte conveniente y no vulnere los intereses de la sociedad. En esta virtud se propone la reforma del artículo 128, extendiendo garantías constitucionales y favoreciendo la defensa del inculgado... La garantía de defensa --

del detenido durante la averiguación previa fortalece los -- principios de libertad y seguridad jurídica." (1)

En virtud de que el citado artículo fue reformado totalmente con la última reforma considero que no es necesario mencionar la reforma anterior, ya que el presente trabajo se pretende ser lo más actual posible, sólo diremos que en base a esta -- reforma se plasmó ya la defensa en la averiguación previa -- como un derecho del inculpaado.

A continuación se mencionarán algunos artículos en los cua-- les interviene el defensor como parte sustancial del procedi-- miento penal mexicano.

Artículo 22.- Reformado y analizado posteriormente.

Artículo 57.- Se hace obligatoria la presencia del defensor

Artículo 124. bis. adicionado ya con la última reforma

Artículo 127- bis. adicionado de igual forma.

Artículo 128.- Reformado en su totalidad y en el cual se -- plasma ya con amplitud el derecho de defensa-- al momento de iniciar la averiguación previa.

Artículo 154.- Reformado también.

Artículo 156.- Quedando de igual forma y en donde se señala-- que tanto la defensa como el Ministerio Públi-- co podrán interrogar al inculpaado. (2)

(1).- Cita tomada del Anuario Jurídico, XII 1985, UNAM pág.- 473.

(2).- Código de Procedimientos Penales del D.F., Editorial - Porrúa 1991.

Artículo 159.- Sin cambio alguno menciona que procedimiento se siga al nombrar defensor de oficio y para lo cual consideramos pertinente transcribir una tesis jurisprudencial que a la letra dice:

"DEFENSA, GARANTIA DE LA.- La garantía que -- consagra el artículo 20 Constitucional en su fracción IX, al establecer que si el acusado no quiere nombrar defensor, después de haber sido requerido para ello, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio, debe entenderse en el sentido de que el nombramiento de defensor de oficio por parte del juez, deberá ser hecho al rendir el acusado su declaración preparatoria, pero siempre que el acusado no quiera nombrar persona que lo defienda después de -- ser requerido. (3)

Artículo 160.- "No pueden ser defensores los que se hallen presos ni los que estén procesados. Tampoco pueden serlo los que hayan sido condenados... fuera de estos casos el inculpa do puede nombrar a personas de su confianza para que lo defienda, pero en caso de que la designación recaiga en persona que no tenga título profesional de Licenciado en Derecho, el tribunal dispondrá que intervenga además del designado -- defensor; un defensor de oficio, para una adecuada defensa. Si el inculpa do designare a varios defensores, estos deberán nombrar en el mismo acto a un representante común, y si no -

(3) Quinta época; Tomo XXXV, p. 2137, Delgadillo Pedro y -- Coags.

lo hicieron, en su lugar lo determinará el juez". (4)

Comentario: Respecto a este precepto podemos decir que la -- Constitución señala en su artículo 20 fracción IX, que el inculpado puede ser defendido por persona de su confianza, lo debemos de tomar como que esta persona a la que se le encomienda el cargo, deberá ser persona que tenga título profesional porque en caso contrario se estaría en contra de una verdadera defensa ya que una persona carente de conocimientos jurídicos no puede desarrollar una verdadera defensa en favor del inculpado.

Artículo 197.- "Siempre que se trate de aprehensión en virtud de orden judicial, quien la hubiere ejecutado deberá poner al aprehendido, sin demora 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..." (5)

Comentario: Este artículo señala que cuando en virtud del cumplimiento de un orden judicial se detenga a una persona, deberá hacerle saber que tiene derecho a nombrar defensor, con independencia de que sin demora se le ponga ante el Tribunal respectivo.

Artículo 287.- Reformado en su totalidad.

Artículo 296.- Formulación de conclusiones.

Artículo 297.- Tiempo de formulación de las conclusiones.

(4) Ob. cit. pág. 189.

(5) Ob. cit. pág. 189.

En virtud de que el presente tema no se concreta a analizar en su totalidad los preceptos del Código Federal de Procedimientos Penales, sólo hemos hecho mención de algunos de ellos los más importantes y los básicos para conocer el origen y el fundamento legal del tema que nos ocupa.

Ahora una vez que se han hecho mención de algunos artículos en los que se alude el derecho de defensa en el Código Federal de Procedimientos Penales, se pasará a analizar las reformas que se hicieron al mismo, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de enero de 1991 y que entraron en vigor el día 1º de febrero de 1991.

En primer lugar se pasará a transcribir los artículos antes de la reforma para después comentar la reforma y cómo quedó finalmente.

Artículo 22.- "Cada diligencia se asentará en acta por separado. El inculpado, el ofendido, los peritos y los testigos firmarán al calce del acta en que consten las diligencias en que tomaron parte y al margen de cada una de las hojas donde se asiente aquélla. Si no superan firmar, imprimirán su huella al calce y al margen de alguno de los dedos de la mano, debiéndose indicar en el acta cuál de ellos fue..."

Comentario: En este artículo y en base a las reformas hechas se incluye el término defensor y en su caso la persona de su confianza que, el inculpado puede designar. En base a esto también el defensor o la persona encomendada para la defensa

firmarán todo acto en el que intervenga.

Artículo Reformado.- "El inculcado, su defensor y en su caso, la persona de su confianza que, el inculcado pueda designar, sin que esto último implique exigencia procesal, el ofendido los peritos y los testigos firmarán al calce del acta en que consten las diligencias en que tomaron parte y al margen de cada una de las hojas donde se asiente aquella..."

Artículo 57.- "Las audiencias se llevarán a cabo, concurran o no las partes, salvo el Ministerio Público que no podrá -- dejar de asistir a ellas.

En la audiencia del juicio será obligatoria la presencia del defensor, quien en la misma, tiene el deber de formular la - defensa oral del acusado, sin perjuicio del alegato escrito que quiera presentar..."

Comentario: El anterior artículo mencionaba que el defensor comparecería en la audiencia del juicio y no antes, dejando un vacío en el tiempo en que el inculcado debía estar asistido por su defensor o por persona de su confianza.

Artículo reformado: "...En la diligencia de declaración preparatoria comparecerá el inculcado asistido de su defensor y en su caso, la persona de su confianza, sin que esto último implique exigencia procesal.

En la audiencia final del juicio también será obligatoria la presencia del defensor quien podrá hacer la defensa oral del acusado..."

Así mismo se adiciona el artículo 124 Bis., que a la letra di
ce:

"En la averiguación previa en contra de personas que no hablen o no entiendan suficientemente el castellano, se les nombrará un traductor desde el primer momento, se dice desde el primer día de su detención, quien deberá asistirles en todos los actos procedimentales sucesivos y en la correcta comunicación que haya de tener con su defensor.

El juez, en su caso, de oficio ó a petición de parte verificará que perdure ese canal de comunicación; y si lo estimare prudente, podrá nombrar defensor o el traductor que mejore dicha comunicación".

También se agrega el artículo 127 Bis que a la letra dice: - Toda persona que haya de rendir su declaración, en los casos de los artículos 124 y 125, tendrán derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él.

El abogado podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contra derecho. Pero no pueden producir ni inducir las respuestas de su asistido".

El artículo 125, anterior a las reformas preceptuaba: "Los funcionarios que practiquen diligencias de policía judicial determinarán, en cada caso, qué personas quedarán en calidad de detenidos, y en qué lugar, haciéndolo constar en el acta respectiva..."

Comentario: El anterior artículo en virtud de su ya añeja fi
nalidad es reformado en su totalidad para quedar como sigue.

Artículo 128.- *Cuando el inculcado fuere aprehendido, deteni-
do ó se presentare voluntariamente, se procederá de inmediato de la siguiente manera:

I.- Se hará constar el día, hora y el lugar -
de su detención, en su caso, así mismo el nom-
bre y cargo de quienes la practicaron.

II.- Se le hará saber la imputación que exis-
te en su contra y en su caso, el nombre del -
denunciante, así como los siguientes derechos:

a).- El de comunicarse inmediatamente con -
quien estime conveniente;

b).- El de designar sin demora persona de su-
confianza para que lo defienda o auxilie, -
quien tendrá derecho a conocer la naturaleza-
y causa de la acusación, y

c).- El de no declarar en su contra y de no -
declarar si así lo desea.

Para los efectos de los incisos a) y b) se le
permitirá utilizar el teléfono o cualquier --
otro medio de comunicación.

III.- Cuando el detenido fuere indígena que -
no hable castellano, se le designará un tru-
ductor quien le hará saber los derechos a que
se refiere la fracción anterior. Si se trata-
re de un extranjero, la detención se comunica-
rá de inmediato a la representación diplomáti-
ca o consular que corresponda:

IV.- El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, que se tomarán en cuenta, como legalmente corresponda, en el acto de la consignación o de la libertad del detenido, en su caso. Cuando no sea posible desahogar las pruebas -- ofrecidas por el detenido o su defensor, el -- juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas; y

V.- En todo caso, se mantendrán separados a -- los hombres y a las mujeres en los lugares de detención".

Artículo 154.-De igual forma que el anterior se ve reformado en su totalidad y que transcribiremos tal y -- cual es:

"La declaración preparatoria comenzará por las generales del inculcado, en las que se incluirán también los apodos que tuviere, el grupo -- étnico indígena al que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho que tiene para defenderse por sí ó por personas de su confianza, advirtiéndole que si no

lo hiciere, el juez le nombrará un defensor de oficio.

Si el inculpado no hubiere solicitado su libertad provisional bajo caución, se le hará nuevamente conocedor de ese derecho en los términos del artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del artículo 399 de este Código. A continuación se le hará saber en qué consiste la denuncia, acusación o querrela así como los nombres de sus acusadores y de los testigos que declaren en su contra: se les preguntará si es su voluntad declarar y en su caso de que si lo desee se le examinará sobre los hechos consignados. Si el inculpado decidiere no declarar, el juez respetará su voluntad dejando constancia de ello en el expediente. Igualmente se le harán saber todas las siguientes garantías que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: que se le recibirán todos los testigos y las pruebas que ofrezca, en los términos legales, ayudándole para obtener la comparecencia de las personas que solicite, siempre y cuando estén domiciliadas en el lugar del juicio; así como será sentenciado -

antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, o antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo; y que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

Acto seguido el juez le interrogará sobre su participación en los hechos imputados, y practicará careos entre el inculcado y los testigos que hayan declarado en su contra y estuvieran en el lugar del juicio, para que aquél y su defensor puedan hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa, mismo derecho que también corresponde al Ministerio Público".

Artículo 287.- Este artículo se le agrega y se reforma en casi todas sus fracciones ya que la confesión de que habla el citado artículo resultaba incompleto y se consideraba a la confesión como prueba plena.

El artículo ya reformado menciona que: "La confesión ante el Ministerio Público y ante el juez deberá reunir los siguientes requisitos:

I.- Que sea hecha por persona no menor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento, y sin coacción ni física o moral:

II.- Que sea hecha ante el Ministerio Público ó el tribunal de la causa y en presencia del defensor o persona de su confianza, y que el inculcado esté debidamente enterado del procedimiento y del proceso:

III.- Que sea de hechos propios, y

IV.- Que no existan datos que, a juicio del juez o tribunal, lo hagan inverosímil.

No podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión. La Policía Judicial podrá rendir informes pero no obtener confesiones; si lo hace estas carecerán de todo valor probatorio". (6).

Una vez que se ha procedido a hacer mención de algunos artículos, los cuales se ve plasmado el derecho de defensa así como las reformas podemos decir que:

Las reformas que se sucedieron en los incisos del presente año han dado un vuelco a las disposiciones que años anteriores regían a la defensa y al inculcado, siendo este en muchas ocasiones vulnerado en su calidad de persona con derecho a una justicia en todo el sentido de la palabra.

(6) Tomado del Diario Oficial de la Federación; Decreto por el cual se modifican diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales y que se publicó el 8 de enero de 1991 y que entró en vigor el 1° de febrero del mismo año.

En virtud de las anteriores reformas se considera que el inculpado goza ya con un principio de legalidad para que sea juzgado cuando por diversas circunstancias ha cometido algún delito por el cual se le deba de castigar.

IV.- LA DEFENSA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Para después adentrarnos en lo preceptuado por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en cuanto a este tema diremos que ese ordenamiento fué publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de agosto de 1931, vigente a partir del 17 de septiembre del mismo año.

Para tener una secuencia lógica del tema que trataremos en este capítulo diremos que el artículo 270 antes de la reforma del presente año (1991) nos decía:

Artículo 270.- Antes de trasladar al presunto reo a la cárcel preventiva, se le tomarán sus generales y se le identificará debidamente haciéndole saber el derecho que tiene para nombrar defensor. Este podrá, previa protesta otorgada ante los funcionarios del Ministerio Público ó de la Policía Judicial que intervenga, entrar a su cometido". (1)

Ahora bien en el anterior artículo si bien es cierto se mencionaba como un derecho del inculcado de nombrar defensor en la averiguación previa e intervenir éste en la misma, se mostraba confusa su interpretación para la mayoría de la gente y por lo tanto no operaba como se tenía pensado, dejando al inculcado en desigualdad de circunstancias frente al Minis-

(1).- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 1937, Porrúa, S.A.

terio Público.

Ese numeral se ve reforzado jurídicamente por el artículo -- 134 bis, párrafo final, del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal-Decreto de Reformas y Adiciones a ese ordenamiento, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de diciembre de 1981, el cual indica que "los detenidos, desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otra, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio". (2)

Al indicar ese artículo que el nombramiento es para que el abogado ó la persona de la confianza del acusado se encargue de su defensa está facultando al defensor a la aportación de pruebas a nivel de averiguación previa, debiéndose desahogar las pertinentes.

Siguiendo con lo planteado en el presente apartado se mencionan los artículos que ya una vez que ha sido consignado el inculpado ante el juez que va a conocer del asunto o del delito que se le imputa.

Por lo tanto tenemos al artículo 290 que en su fracción III, nos dice: "...El derecho que tiene para defenderse por sí -- mismo o por persona de su confianza que lo defienda, advirtiéndole que, si no lo hiciera, el juez le nombrará un defen

(2) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. 1989.

sor de oficio" (3)

El artículo 294 del citado ordenamiento nos dice: "Terminada la declaración preparatoria y obtenida y en caso de que el reo no desee declarar, si fuera posible, el juez le nombrará al acusado un defensor de oficio, cuando proceda de acuerdo con lo establecido por la fracción III del artículo antes citado".

El artículo 296 nos dice: "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, ó en su defecto, lo hará el juez".

De lo hasta aquí expuesto podemos decir que los ordenamientos del presente Código de Procedimientos Penales son amplios y en este espacio no podemos lograr estudiar con amplitud, - pero sí podemos dejar claro que está estipulado ese derecho tan importante desde el momento de la detención hasta el juicio en sí.

No sin antes pasar a analizar las reformas que sufrió el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en el presente año (decreto que entró en vigor el 1º de febrero de 1991), diremos que los artículos mencionados en el presente apartado son sólo unos cuantos de los muchos en los cua-

(3).- Código Cit.

les se plasma a la defensa dentro del procedimiento penal -- mexicano.

Al igual que el Código Federal de Procedimientos Penales, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, -- también sufrió reformas muy significativas para el derecho -- de defensa, tema que nos ocupa y que para lo cual se procederá a citar los preceptos reformados.

Artículo 59.- Se le adicionan cuatro párrafos finales quedando de la siguiente forma: "...Las audiencias se llevarán a -- cabo, concurran o nó las partes salvo el Ministerio Público, que no podrá dejar de asistir a ellas. En la diligencia de -- declaración preparatoria comparecerá el inculpado asistido -- de su defensor y en su caso, la persona de su confianza que -- el inculpado pueda designar sin que este último implique exi -- gencia procesal.

En la audiencia final del juicio, también será obligatorio -- la presencia del defensor quien podrá hacer la defensa oral -- del acusado, sin perjuicio del alegato escrito que quiera -- presentar.

En el supuesto a que se refiere el artículo 183 de este Código no podrán llevarse a cabo las audiencias en que deba -- participar el inculpado sin traductor a que dicho precepto se -- refiere.

No podrá consignarse a ninguna persona, si existe como única -- prueba la confesión. La Policía Judicial podrá rendir infor-

mes, pero no obtener confesiones; si lo hace, éstas carecerán de valor probatorio". (4)

Artículo 249.- Se reforman las fracciones II y IV para quedar de la siguiente forma: "La confesión ante el Ministerio Público y ante el juez deberá reunir los siguientes requisitos:

I.-

II.- Que sea hecha por persona no menor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia física o moral.

III.-

IV.- Que sea hecha ante el Ministerio Público, juez o tribunal de la causa y en presencia del defensor o persona de su confianza y que esté el inculpado debidamente enterado del procedimiento y del proceso.

V.-

Artículo 269.- Se reforma casi en su totalidad quedando de la siguiente manera: "Cuando el inculpado fuere aprehendido, detenido o se presentare voluntariamente, se procederá inmediatamente de la siguiente forma:

I.- Se hará constar el día, hora y lugar de su detención, en su caso, así como el nombre y cargo de quienes lo presentaron;

II.- Se le hará saber la imputación que exista en su contra y en su caso, el nombre del denunciante, así como los si

(4).- Tomado del Diario Oficial de la Federación; Decreto -- por el cual se reforman diversas disposiciones del Código de Procedimientos Penales para el D.F., publicado el 8 de enero de 1991 y que entró en vigor el 1º de febrero del mismo año.

güentes derechos:

- a).- El de comunicarse inmediatamente con quien estime conveniente.
- b).- El de designar sin demora persona de su confianza para que lo defienda o auxilie, quien tendrá el derecho a conocer la naturaleza y causa de la acusación.
- c).- El de no declarar en su contra y de no declarar si así lo desea.

Para los incisos a) y b) se le permitirá utilizar el teléfono o cualquier otro medio de comunicación.

III.- Cuando el detenido fuere indígena que no hable castellano, se le designará un traductor, quien le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratare de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda.

IV.- La autoridad que decrete la detención, la comunicará de inmediato al servicio público de localización telefónica del Distrito Federal, asentando en autos su cumplimiento con indicación del día y hora en que se verificó, y

V.- En todo caso, se mantendrán separados los hombres y mujeres en los lugares de detención.

Artículo 270.- Este artículo se reformó respecto al defensor y su defendido al momento de ofrecer pruebas ya dentro de la

averiguación previa ya que en el anterior, antes de la reforma no se contemplaba esa posibilidad, por lo tanto el citado artículo queda como sigue:

Artículo 270.- Antes de trasladar al presunto responsable a la cárcel preventiva, se le tomarán sus generales y se le identificará debidamente: El -- Ministerio Público recibirá las pruebas que -- el detenido y su defensor aporten dentro de -- la averiguación previa y para los fines de -- ésta, que se tomarán en cuenta como legalmente corresponda, en el acto de la consignación o de libertad del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas ofrecidas por el detenido ó su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas".

Artículo 290.- Este artículo fué reformado totalmente y se le dió una nueva visión dentro del proceso penal, se le hace saber al inculcado el derecho que tiene para defenderse por sí mismo o por persona de su confianza y en su caso por defensor de oficio, con esto último aparece la figura de la Defensoría de Oficio, misma que más adelante se estudiará. El artículo citado queda entonces de la siguiente forma:

Artículo 290.- La declaración preparatoria comenzará por las generales del inculcado, en las que se incluirán también los apodos que tuviere, el grupo-

étnico al que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho que tiene para defenderse a sí mismo, o por persona de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciera, el juez le nombrará un defensor de oficio. Si el inculcado no hubiere solicitado su libertad provisional bajo caución, se le hará nuevamente conceder de ese derecho en los términos del artículo 20, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del artículo 556 de este Código.

A continuación se le hará saber en qué consiste la denuncia, acusación o querrela; así como los nombres de sus acusadores y de los testigos que declaren en su contra; se le preguntará si es su deseo declarar y si es así se le examinará sobre los hechos consignados. Si el inculcado decidiera no declarar, el juez respetará su voluntad dejando constancia de ello en el expediente.

Igualmente se le harán saber todas las siguientes garantías que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; que se le recibirán todos los

testigos y las pruebas que ofrezca, en los -- términos legales y ayudándole para obtener la comparencia de las personas que solicite, - siempre y cuando estén domiciliadas en el lugar del juicio; así como será sentenciado antes de cuatromeses, si se tratare de delitos- cuya pena máxima no exceda de dos años de pri sión, o antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo; y que le serán facili tados todos los datos que solicite para su de fensa y consten en el proceso".

Una vez mencionado lo anterior podemos decir que la defensa en la averiguación previa, según lo preceptuado por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, hasta antes de la reforma era un poco confusa en cuanto a su parti cipación ya sea hecha por el inculcado mismo o por persona - de su confianza así como el defensor.

Con las reformas que se sucedieron en el presente año (8 de enero de 1991), se trata ya con un poco más de claridad este tan importante derecho para el inculcado, toda vez que en -- los artículos reformados ya se señala que puede defenderse - por sí mismo o por persona de su confianza desde el momento de su detención o aprehensión así como ofrecer pruebas dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta.

También se especifica que toda declaración hecha por el inculgado dentro de la averiguación previa carecerá de valor -- si no está presente su defensor o persona de su confianza -- que él designe; lo que trae a garantizar el derecho de defensa como lo señala nuestra Carta Magna en el artículo 20 en su fracción IX y que es la base de todo cuanto se hace en el proceso penal.

V.- EL MINISTERIO PUBLICO

En el orden lógico de ideas planteado en este estudio corresponde ahora, referirnos al órgano oficial del Estado; Ministerio Público, pieza fundamental del proceso penal moderno, quien es el encargado de accionar la justicia criminal.

Un error no menos contrario al fin social deseado de su propia seguridad, para nuestras modernas congregaciones sería el de pensar que en la actualidad se pudiera dejar al arbitrio del individuo de manera directa, el ejercicio de la acción penal y en la misma forma pretender ante el órgano jurisdiccional.

Ahora bien, para un más correcto planteamiento del tema central de esta obra, en relación con nuestro estudio, interesa conocer aunque en forma somera la Institución del Ministerio Público como órgano estatal, competente, encargado de cumplir con el deber de ejercitar la acción penal; así como de intervenir como parte o sujeto de la relación procesal en las diversas facetas de la requerida acción y actividad en el curso del procedimiento penal.

Para unos autores, el Ministerio Público representa la sociedad, para otros es representante del Estado, siendo este con una personalidad jurídica propia, que en cambio no tiene la sociedad.

Concepto ajeno al orden normativo, que puede responder a mejor técnica, concebir al Ministerio Público, como representante del Estado por más que en términos comunes, frecuentemente incorporados a los usos curiales, se le mencione en condiciones de representante o representación social.

DESARROLLO HISTORICO GENERAL.

Es bastísima la relación de antecedentes del moderno Ministerio Público, cuyo final desarrolló es sólo cosa de siglos recientes.

Para efectos de la mejor comprensión de esta figura pasaremos a analizar sus antecedentes en diferentes tiempos y lugares.

GRECIA.- "Recuerda Mac Lean Estenós, que en Grecia los Temógeti eran meros denunciadores, la acción penal podía ser ejercitada por el agraviado, Licurgo creó los éforos, encargados de que no se produjese la impunidad cuando el agraviado se abstenía de acusar. Con el tiempo, los éforos fueron censores, acusadores y jueces. A partir de Pericles, el Areópago acababa de oficio y sostenía las pruebas en caso de que el inculcado hubiese sido injustamente absuelto por los magistrados. Aquí comenta Mac Lean, el Areópago fungía como M.P. al ejercer la acción penal ante el tribunal del pueblo para revocar las sentencias contrarias a la ley, por su parte, -- el Arconte denunciaba cuando la víctima carecía de parientes

ó estos no ejercitaban la acción. Finalmente el sostenimiento de ésta quedaba muy a menudo en manos de los oradores". -

(1)

ROMA.- En esta época de la historia el germen del M.P., se halla en el procedimiento de oficio, dice Mac Lean, atribuye el carácter de verdaderas fiscalías en términos latos a ciudadanos que, como Cicerón y Catón, ejercieron reiteradamente el derecho de acusar. Empero es de advertirse que la acción popular constituye, justamente un régimen del todo distinto del M.P. Bajo Tulio Hostilio aparecieron los Quaestori, que perseguían los atentados perturbadores del orden público o lesivos para los ciudadanos. Del Derecho Romano son también los Curiosi, Stationari o Irenorcas, Advocatio Fisci y Procuradores Caeseris. En la época imperial, los prefectos del pretorio reprimían los crímenes, perseguían a los culpables que eran denunciados administrando justicia en nombre del emperador.

En el siglo IX, recuerda Manzini "había denunciadores elegidos en cada lugar, en el siglo XIII se crearon, con funciones de Policía Judicial, y a semejanza de los irenarcas romanos, los administradores, alcaldes, ancianos, cónsules, jurados, sobrestantes, etc., ya mencionados", ahora bien, el propio Manzini acoge una idea de Pertile quien da al M.P. raíz italiana, con apoyo en la existencia de los avogadori di común del Derecho Veneto, que ejercen funciones de fiscalía, -

(1) Citado por Sergio García Ramírez, "Derecho Procesal Penal, Porrúa, S.A., 1983 pág. 233.

otras figuras significativas en el mismo orden de cosas eran los conservadores de la ley, florentinos y el abogado de la gran Corte napolitano". (2)

En las partidas, el patronus fisci fué "ome puesto para que pertenezcan a la cámara del rey", invoca Quintano Ripolles - en su reseña sobre el particular, Cerezo Abad refiere como - en el siglo XIII Jaime I. de Valencia, creó el abogado Fiscal y el Fiscal patrimonial. En Navarra advino, además, el - procurador de la Jurisdiccional Real. Aragón estableció en - el siglo XIV el Procurador General del Reyno, y Castilla el Procurador Fiscal. En el siglo XV Juan II dispuso el establecimiento del promotor Fiscal. Los Reyes Católicos crearon -- los Procuradores Fiscales. Felipe II entronizó los Fiscales de su Majestad, que bajo esta denominación perduraron hasta el siglo XIX. Felipe V intentó unificar a los Fiscales de su majestad, prosigue Cerezo Abad, creó un Fiscal con los abogados Fiscales; pero, establecidos en 1713, desaparecieron en 1715, en las leyes de Recopilación se reglamenta el Promotor ó Procurador Fiscal, Promotoría regulada en las Leyes de las Indias, Felipe estableció dos solicitadores Fiscales.

"Garraud, reivindica el origen puramente francés del Ministerio Público, su origen se halla en las gens du roi medievales estas, que en un principio cuidaban ante las cortes sólo los intereses del monarca acabaron por hacerse cargo de la - función persecutoria. En el siglo XIII hubo Procuradores del

(2).- Op. Cit. pág. 234.

rey y abogados del rey, regulados por la Ordenanza del 23 de marzo de 1302". (3).

Durante la Revolución Francesa se conservaron los comisarios del rey a quienes era preciso escuchar sobre la acusación en materia criminal y que requerían en interés de la ley, pero la iniciativa de la persecución se reservó a funcionarios de la Policía Judicial; jueces de paz y oficiales de la gendarmería. El acusador público, elegido popularmente, sostenía la acusación. En materia correccional, el comisario del rey poseía la iniciativa de la persecución y ejercitaba la acción penal. En la Constitución de 3-14 de septiembre de 1791, las atribuciones del M.P. quedaron fraccionadas entre los comisarios del rey, los jueces de paz, las partes y otros ciudadanos y el acusador oficial. Por decreto de 10-22 de octubre de 1792 (artículo 1º), la Asamblea Nacional fundió las funciones del comisario y del acusador público en este último, quien subsistió en la Constitución 5 fructidor año III (artículo 216 y 268). La Constitución del 22 de febrero de 1793 suprimió al acusador público y transfirió sus poderes al comisario del gobierno. La completa restauración y la forma contemporánea del M.P. comenta Roux, han derivado del Código de instrucción criminal y de la ley de 20 de abril de 1910.

DESARROLLO HISTORICO EN MEXICO

Al referirnos al moderno M.P. mexicano, señala Ciniceros: -- "Que éste se ha formado por tres elementos, a saber: la Promo

toría Fiscal Española, el Ministerio Público Francés y elementos propios mexicanos". Igualmente Piña y Palacios reconoce tres elementos que dan origen al Ministerio Público: Francés, Español y Nacional". (4)

Juventino V. Castro al referirse al origen del M.P. escribe: "Del ordenamiento francés tomó característica principal la de la unidad e indivisibilidad, pues cuando actúa el agente del Ministerio Público lo hace a nombre y representación de toda la institución; la influencia española se encuentra en el procedimiento, cuando el M.P. formula conclusiones, las que siguen los mismos lineamientos formales de un procedimiento de la inquisición". (5)

En cuanto a la influencia nacional está en la preparación del ejercicio de la acción penal, está reservada exclusivamente al M.P., que es el jefe de la Policía Judicial.

La Constitución de Apatzingán incluyó a dos fiscales letrados; uno de lo penal y otro de lo civil, ante el Supremo Tribunal de Justicia. El artículo 124 de la Constitución de 1824 incorporó al Fiscal en la propia Corte, lo mismo hizo el artículo 140 con los promotores fiscales, por lo que respecta a los tribunales de circuito. En idéntica línea actuó el artículo 2 de la 5a. Ley de las Constituciones de 1836 al referirse a la composición de la Corte Suprema de Justicia,-

- (4).- Citado por Sergio García Ramírez, "Derecho Procesal Penal" Editorial Porrúa S.A., México 1983, pág. 233.
- (5).- Castro Juventino V. "El Ministerio Público en México". Editorial Porrúa S.A., México 1976, pág. 31.

materia también por los artículos 12, Fracción XVII, 13 y 14; el artículo 116 de las bases Orgánicas de 1843 incluyó a un Fiscal en la Suprema Corte y el artículo 194 dispuso el establecimiento de Fiscales Generales cerca de los Tribunales para los negocios de Hacienda y los demás que sean de interés público.

En nuestras constituciones de 1857 y 1917 surgieron diversos ordenamientos secundarios dotados de gran importancia para la historia del Ministerio Público en México. Cítese en primer término la Ley de Jurados en materia criminal para el Distrito Federal, de 15 de julio de 1869, que aportó al tema un principio de organización al crear tres Promotores Fiscales, sin unidad orgánica, que habfan de fungir como parte acusadora independiente del agraviado.

En el Código de 1880, que aquí adoptó, dice Piña y Palacios: "los lineamientos franceses según quedó el M.P. conceptuado como una magistratura instituída para pedir y/o auxiliar la pronta administración de justicia, en nombre de la sociedad, y para defender ante los tribunales los intereses de ésta. El Ministerio Público fue miembro de la Policía Judicial, de la que el juez era jefe; así las cosas, el control de la investigación recaía en este último, el paso que la misión de aquél era fundamentalmente requirente. El mismo sistema siguió, sobre el particular, el Código de 1894, sostiene Piña y Palacios, que la Ley Orgánica Distrital de 12 de septiembre de 1903 creó en rigor el cuerpo del M.P., inde

pendientemente del poder judicial. En la Exposición de motivos, se hizo ver que dicho Ministerio, no era un auxiliar -- del juzgador, sino una parte procesal; cronológicamente a la Ley de 1903 siguió la Federal de 1908, hasta el advenimiento de nuestra Ley Suprema en vigor". (6)

En el Constituyente de 1916-1917 fue objeto de significativo interés la institución que ahora nos ocupa. Es sabido que Carranza le otorgó gran jerarquía a través del mensaje dirigido al Congreso. Puso de manifiesto el primer jefe que el M.P., en su nueva dimensión, absorvía funciones que antes, -- indebidamente tenfa a su cargo el juzgador, de tal suerte -- convertido en un indeseable órgano de inquisición. El instituto del Ministerio Público, y la libertad personal quedaron estrechamente vinculados en el Mensaje Carranza. El proyecto fué modificado por el Congreso, como adelante se verá.

Sentados los principios fundamentales de la Institución en el artículo 21 Constitucional, los ordenamientos posteriores se plegaron a aquéllos y quedar como lo conocemos actualmente y que es producto de la Constitución de 1917 vigente en la época moderna.

DEFINICION

Ahora bien, para un correcto entendimiento del tema planteado, en relación con nuestro estudio, interesa saber cómo se define a esta tan importante institución y para ello recurri

(6).- Op. Cit. 235

remos a algunos ilustros tratadistas de Derecho Procesal Penal.

Miguel Fenech, al hablar del M.P. lo define diciendo que: -- "Es una parte acusadora necesaria, de carácter público, encargada por el Estado a quien representa, de pedir la actuación de la pretensión punitiva y de resarcimiento, en su caso en el proceso penal". (7)

Igualmente el estudioso Guillermo Colfn Sánchez nos da su definición del Ministerio Público de la siguiente manera: "El Ministerio Público es una institución dependiente del Estado (poder Ejecutivo) que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social en todos aquéllos casos que le asignen las leyes". (8)

El ilustre Rafael de Pina, al referirse al Ministerio Público lo sitúa de la siguiente forma: "...Ampara en todo momento el interés general implícito en el mantenimiento de la legalidad por lo cual en ningún momento debe considerársele -- como un representante de alguno de los poderes estatales independientemente de la subordinación que guarda frente al Poder Ejecutivo, más bien la ley tiene en el Ministerio Público su órgano específico y auténtico". (9)

- (7).--Fenech, Miguel."Derecho Procesal Penal", Vol. 1, Ed. La Labor S.A. Barcelona España. 1960.
- (8).--Colfn Sánchez Guillermo."Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Editorial Porrúa S.A., 5a. Ed.México - 1979, pág. 967.
- (9).--De Pina, Rafael."Comentarios al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales", Ed.Herrero, México 1961, pág. 31.

Es indudable que el Ministerio Público representa en sus múltiples atribuciones el interés general, ese interés que originariamente corresponde a la sociedad; al instituirse el Estado, queda delegado en él para proveer todo lo necesario para el mantenimiento de la legalidad y aunque por lo general no representa al Estado en aspectos particulares de éste, -- concebido como persona moral, dicha representación es posible, debido a que la legalidad siempre debe ser procurada -- por el Estado a través de sus diversos órganos.

Una vez teniendo el concepto aunque sea someramente del Ministerio Público, entremos al estudio que nos ocupa y que es de las funciones del mismo, concebido por los artículos 21, 73-fracción VI base 5a.; y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para hacer el planteamiento de sus respectivas funciones, es necesario conocer lo que señalan estos artículos por lo cual transcribiremos cada uno.

El artículo 21 de Nuestra Carta Magna establece:

"La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la -- cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y -

de policia, el cual únicamente consistirá en multa o -- arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, -- se le penmutará ésta por el arresto correspondiente, -- que no excederá en ningún caso de quince días.

Si el infractor fuese jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornal o -- sueldo en una semana". (10)

ARTICULO 73.- Fracción VI, base 5a.: "El Ministerio Público en el Distrito Federal y en los territorios estará a -- cargo de un Procurador General, que residirá en la Ciudad de México, y el número de agentes que determine la Ley, dependiendo dicho funcionario directamente del Presidente de la República, quien lo nombrará y removerá libremente:..." (11)

ARTICULO 102.- "La Ley organizará el Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados ó removidos por el Ejecutivo, de acuerdo a la Ley respectiva, debiendo estar precididos por un Procurador General el que deberá tener las mismas calidades requeridas para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia. Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá --

(10) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos - 1989.

(11) Op. Cit. Constitución.

solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpa-
dos; buscar y presentar pruebas que acrediten la respon-
sabilidad de éstos: hacer que los juicios se sigan con-
toda regularidad para que la administración de justicia
sea pronto y expedita: pedir la aplicación de las penas
e intervenir en todos los negocios que la ley determine.
El Procurador General de la República intervendrá perso-
nalmente en las controversias que se suscitaren entre -
dos o más Estados de la Unión, entre un Estado y la Fe-
deración o entre los poderes de un mismo Estado.

En todos los negocios en que la Federación fuese parte;
en los casos de los diplomáticos y los cónsules Genera-
les y en los demás en que deba intervenir el Ministerio
Público de la Federación, el Procurador General lo hará
por sí ó por medio de sus agentes.

El Procurador General de la República será el consejero
jurídico del Gobierno. Tanto él como sus agentes serán-
responsables de toda falta, omisión o violación a la --
ley, en que incurran con motivo de sus funciones". (12)

Estos tres artículos transcritos literalmente, son el esque-
ma de la institución que las leyes secundarias desarrollan -
para reglamentarla, ordenándola como una magistratura inde-
pendiente, con funciones propias, sin privarla de la acción-
y requerimientos y bajo cuyo control está la policía judi- -
cial (como función), quien tiene a su cargo la investigación
de los delitos.

(12).- Op. Cit. Constitución.

Para que el Ministerio Público pueda cumplir con sus funciones es imprescindible que observe determinados principios -- que le son inherentes, que entre los más importantes mencionaré: el de unidad y control de mando, que consiste en el re conocimiento de un superior jerárquico que es el Procurador de Justicia (la institución constituye una pluralidad de fun cionarios y la unidad consiste en que haya una identidad de mando y dirección, con una representación única e invariable) el principio de individualidad que caracteriza por su estrecha relación con el de unidad en el mando y consiste en que cada uno de los funcionarios del M.P. representa la institución y actúa de una manera impersonal, la persona física que representa a la institución, no obra en nombre propio, sino en nombre del órgano del que forma parte. En este mismo -- orden de ideas mencionaré el principio de independencia, que tiene como fin lograr cierta autonomía en cuanto al desempeño de sus funciones; pero para cierta realización, es necesario consagrar la inamovilidad de sus funcionarios para que éstos actúen en un ambiente de más independencia y libertad, además debe de estar compuesto por elementos capaces y honestos, y con amplio criterio jurídico, alejados de toda influencia política que pueda desvirtuar el ejercicio de sus funciones.

El Ministerio Público tiene diversas atribuciones y funciones en nuestro derecho: interviene en el campo del Derecho Civil, en cuestiones de tutela social, representa a los inca

pacitados y ausentes; en el Derecho Mercantil; en el Derecho Familiar, protegiendo los intereses de los menores en caso de divorcio, y su intervención en los procedimientos de orden penal. Es muy importante, al grado de que si dicho representante social no interviene, las actuaciones practicadas son anticonstitucionales y violatorias de la garantía, consagrada en el artículo 21 Constitucional.

En materia penal la institución que estamos comentando tiene como atribuciones, la investigación de los delitos así como la persecución de los presuntos responsables; dirige a la policía judicial, la cual está bajo su autoridad y mando; representa a la víctima ó al ofendido, por lo que podemos considerarlo como parte formal en la relación procesal y con excepción del artículo 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal y es el encargado de llevar la voz de la acusación durante todo el proceso.

Fundamentalmente; las atribuciones del Ministerio Público derivan de los mandatos contenidos en los artículos 21 y 102 Constitucionales.

Una de las atribuciones del Ministerio Público es la persecución de los delincuentes y la desempeña tanto en la averiguación previa de los delitos anterior al ejercicio de la acción penal, como al través de su función procesal acusadora.

El Ministerio Público debe promover todo cuanto sea necesario para la buena administración de la justicia, para que ésta se realice con eficiencia y rectitud.

Las atribuciones del Ministerio Público pueden resumirse de la siguiente forma:

- a).- Es el representante de la sociedad en materia penal.
- b).- Es el vigilante de los intereses privados de carácter general o de ciertas personas que no puedan defenderse por incapacidad o por ausencia.
- c).- Es el representante de la ley en los casos de interés público.
- d).- Es parte en los juicios de amparo;
- e).- Es el representante de la Hacienda pública siempre que comparezca ante los tribunales, y del poder ejecutivo y de la federación en los casos en que estos son parte como actores ó como demandados y
- f).- Es el consultor jurídico del Gobierno.

Analizadas, en términos generales las atribuciones del Ministerio Público, corresponde ahora el estudio de las funciones de la citada institución, dentro del marco del Derecho Procesal Penal.

Consideramos que son cuatro las funciones que dentro del campo del Derecho Procesal Penal podemos atribuir a la institución, objeto de nuestro estudio; a saber: la función investi

gadora, la función persecutoria, la función acusatoria y la función de representación.

1.- **FUNCION INVESTIGADORA.**- La función investigadora del M.P., tiene su fundamento en el artículo 21 Constitucional y debe apegarse a lo preceptuado en el artículo 16 del mismo ordenamiento, teniendo por finalidad decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal. La referida función es una etapa preprocesal, en donde el Representante Social, una vez llenados los requisitos que para el efecto establece la ley, investiga si realmente se cometió el delito, las circunstancias de lugar, tiempo y forma en que se concibió así como la presunta responsabilidad de quién o quiénes hubiesen participado en su comisión, todo lo anterior, para estar en aptitud de ejercitar la acción penal ante el órgano jurisdiccional.

Cabe aclarar, que la policía judicial no presta auxilio en la función persecutoria, sino exclusivamente en la fase investigadora; "al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que las atribuciones de esta policía son de mera investigación". (13).

El artículo 21 Constitucional, otorga por una parte atribuciones privativas al M.P., el monopolio de la función investigadora, por otra parte una garantía para los individuos, pues sólo el M.P., puede investigar los delitos, de modo que la investigación se inicia a partir del momento en que el --

(13).- S.J.F.T.XXVII, Segura Martínez, Vicente, pág. 560.

Representante Social tiene conocimiento de un hecho que posiblemente se estime delictuoso al través de una denuncia o -- una querrela, y que tiene por finalidad optar en sólida base jurídica, por el ejercicio o abstención de la acción penal.

Dentro de las funciones que estamos estudiando, el M.P., puede llegar a alguna de las siguientes determinaciones o resoluciones:

- a).- Archivo de la investigación;
- b).- Reserva y
- c).- Consignación o ejercicio de la acción penal.

a).- ARCHIVO.- Se dicta la resolución de archivo o el nó -- ejercicio de la acción penal, cuando agotadas las diligencias de la investigación, el M.P., llega a la conclusión de que no existe cuerpo del delito de ninguna figura típica y -- no hay por lo tanto, un hecho que se considere delictuoso; o bien, que ha operado una causa extintiva de la acción penal, esta resolución surte efectos definitivos.

b).- RESERVA.- Se da la reserva de la investigación, cuando de las diligencias practicadas, el M.P., llega a la conclusión de que no hay elementos suficientes para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que pueda practicar otras, pero con posterioridad pudiera allegarse datos para -- proseguir la investigación.

c).- CONSIGNACION O EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.- La consignación es el acto procedimental a través del cual el M.P., --

ejercita la acción penal, es decir, pone a disposición del órgano jurisdiccional las diligencias practicadas en la investigación, por haberse convencido de la comisión del delito y la presunta responsabilidad de un sujeto, para que dicho órgano inicie un proceso penal en contra del presunto responsable y le aplique la sanción que conforme a derecho le corresponde, por haber infringido la ley.

11.- **FUNCION PERSECUTORIA.**- La función persecutoria del M.P. se encuentra relacionada con el ejercicio de la acción penal.

El M.P. tiene en nuestro derecho, el monopolio de la acción penal; a él incumbe la persecución de los delitos, nos dice el artículo de nuestra Carta Magna, redacción que nos parece incorrecta y poco afortunada y que debemos interpretar en el sentido de que al M.P., incumbe la persecución de los presuntos responsables de la comisión de los delitos.

Esta función la realiza el Representante Social, a través de una serie de actividades, cuya finalidad es perseguir al que de las investigaciones realizadas aparezca como presunto responsable de la comisión de los hechos delictuosos, compruebe el cuerpo del delito con los elementos que para el caso concreto establece nuestra legislación adjetiva, establezca la presunta responsabilidad del ó de los que hubiesen participado en la realización de la conducta antisocial y para estar en aptitud de llevar a cabo su función acusatoria, mediante

el acto procedimental denominado consignación.

En esta etapa, el M.P., para poder llevar a cabo su fin, realiza una serie de actividades como son la de interrogar tanto al ofendido como al presunto responsable, a los testigos, pide la intervención de peritos, si el caso lo requiere; practica inspección ocular sobre personas, lugares, objetos, etc. que tengan relación con la comisión del delito que se investiga; analiza y agrega su investigación con el parte de policía, en caso de que lo hubiese, en fin, realiza una serie de actividades tendientes a demostrar si realmente se cometió el delito.

La función investigadora entraña una labor de auténtica averiguación, de búsqueda constante de pruebas que acrediten la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes -- en ellos participan.

El Ministerio Público trata de proveerse de las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos y poder estar en aptitud de comparecer ante los tribunales para poder pedir la aplicación de la ley a un caso concreto.

El M.P. actúa como autoridad, en la investigación de los hechos y es auxiliado en dicha función, por el ofendido, peritos, terceros y principalmente por la policía judicial, la cual por mandato constitucional se encuentra bajo su autoridad y mando inmediato.

Las funciones de la policía judicial, tanto en el fuero común como en el federal, son: recibir denuncias y querellas, practicar diligencias urgentes, dando cuenta de ellas al M.P.; - investigar hechos delictuosos y acreditar la identidad de los responsables, recabando pruebas del delito y de la participación de los que en él intervinieron, cumplir citas y presentaciones, detener en casos de flagrante delito, ejecutar aprehensiones y cateos y dar cumplimiento a las órdenes que reciban de sus superiores; proceder a recoger en los primeros momentos de la investigación, las armas, instrumentos u objetos de cualquier clase que pudieren tener relación con el delito y se hallaren en el lugar en que éste se cometió, en poder del presunto responsable o de cualquier persona.

Podemos decir que la función persecutoria, tiene un contenido y una finalidad íntimamente entrelazadas; el contenido consiste en la realización de actividades necesarias para que el autor de un delito no evada la acción de la justicia, y la finalidad consiste en que se aplique a dicho autor del delito, las consecuencias fijadas por la ley, es decir las sanciones.

Manifestamos que la función persecutoria se encuentra relacionada con el ejercicio de la acción penal, por lo que consideramos conveniente explicar en qué consiste el ejercicio de la citada acción.

El ejercicio de la acción penal tiende a perseguir al sujeto que ha infringido la ley sustantiva, y exigir la responsabi-

lidad a toda aquella persona que se ha colocado en la hipótesis que establece la ley penal.

Al respecto Rivera Silva manifiesta que: "El ejercicio de la acción penal es un conjunto de actividades realizadas por el M.P. ante un órgano judicial, con la finalidad de que éste, pueda declarar el derecho en un acto que el propio M.P. estima delictuoso". (14)

Por otra parte el Código Federal de Procedimientos Penales - al hablar de la acción penal nos dice en su artículo 136 que a la letra dice: "El ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público:

- I.- Promover la incoación del proceso judicial;
- II.- Solicitar las órdenes de comparecencia para preparación y las de aprehensión, que sean procedentes;
- III.- Pedir el aseguramiento preventivo de bienes para los efectos de la reparación del daño;
- IV.- Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculcados;
- V.- Pedir la aplicación de las sanciones respectivas, y
- VI.- En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos". (15)

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 2º. dice:

"Al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto:

- (14).- Rivera Silva, Manuel. "El Procedimiento Penal", México, Ed. Porrúa S.A., 1977, pág. 60.
- (15).- Código Federal de Procedimientos Penales, Título 3º.

- I.- Pedir la aplicación de las sanciones establecidas - en las leyes penales;
- II.- Pedir la reparación del daño en términos específicos en el Código Penal? (16)

III.- **FUNCION ACUSATORIA.**- El Ministerio Público realiza una función acusatoria, debido a que después de haber investigado los hechos que le han sido denunciados y haber integrado la averiguación previa correspondiente, ejercita acción penal, mediante el acto procedimental denominado consignación y es en éste momento, cuando el Representante Social acusa, realiza la función que estamos estudiando y no como manifiestan algunos autores, que el M.P., lleva a cabo su función -- acusatoria en el momento en que formula sus conclusiones acusatorias.

Nó compartimos la opinión de los procesalistas, que aseveran que el M.P. acusa en el momento en que formula sus conclusiones acusatorias, porque de ser así, qué fué lo que hizo dicho órgano, cuando consignó la averiguación previa, cosa que llevó a cabo después de haber realizado la investigación de los hechos y haberse convencido de que con dicha investigación, quedó comprobado la comisión del delito y la presuntiva responsabilidad, además, de que se llenaron los requisitos -- que para el efecto establece la ley, en el sentido de que la noticia del delito, llegó al conocimiento del órgano acusador, a través de una denuncia o de una querrela, según el --

(16).- Código de Procedimientos Penales para el Distrito --- Federal.

caso, y a mayor abundamiento, nos preguntamos qué fué lo que hizo el M.P. durante todo el proceso cuando formula conclusiones inacusatorias, no integró la averiguación previa, no se convenció de la comisión del delito, no acusó al presunto responsable cuando consignó. Consideramos y como lo manifestamos en líneas anteriores, que la institución, de la averiguación previa a el juez, para que éste aplique la ley al caso concreto, independientemente de que en el pliego de conclusiones, éste sea inacusatorio, situación que criticamos ampliamente y que no compartimos porque consideramos que el M.P., desempeña atribuciones que no le corresponden, como es la de juzgar si un sujeto es responsable o nó, cosa que corresponde exclusivamente al juez; a tal situación se llega cuando el Representante Social formula conclusiones inacusatorias.

Ahora bien para que el M.P., no desempeñe funciones de juzgador acuse o deje de hacerlo a su arbitrio, juzgando sobre la responsabilidad o irresponsabilidad de un sujeto, somos de la opinión de que se debe reformar los artículos 323 y 324 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; los cuales establecen que cuando el M.P. formula conclusiones de no acusación; éstas obligan al juez a sobreseer el asunto, ordenando la libertad del procesado y además, que tal sobreseimiento producirá los mismos efectos de una sentencia absolutoria. Proponemos que el juez debe continuar el proceso hasta llegar a la sentencia y en ella determinar si el sujeto es responsable o nó como establecen los artículos ya mencionados, de los que se concluye que es el M.P. el

que juzgó sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del sujeto y que el juez, lo único que hizo fué apegar-se a lo dicho por el Representante Social, cosa que reprobamos, en virtud de que el juzgador debe resolver la situación de un sujeto, de acuerdo con las pruebas que obren en la causa y no -- atenerse exclusivamente a la solicitud del M.P. debido a que esto se presta a muchas injusticias, así como arreglos de tipo económico del uso de determinadas influencias, para que -- el órgano acusador formule conclusiones inacusatorias, teniendo como fin la obtención de una sentencia absolutoria.

Para concluir, manifestaremos que la consignación es el acto procedimental, por medio del cual el M.P. remite al órgano -- jurisdiccional la averiguación previa, una vez convencido de que se han llenado los requisitos que para el efecto la ley establece, y que tal remisión se hace con el fin de que el -- juez inicie un proceso penal en contra de un sujeto señalado como el responsable de la comisión del delito, especificado en la citada averiguación y para que aplique la ley al caso -- concreto.

No existen requisitos formales en nuestro derecho para llevar a cabo la consignación, podemos decir que ésta en términos generales debe contener los siguientes: Lugar y día en -- que se hace, la expresión de que se hace con detenido o sin él, el número de la consignación, el número de acta, la agencia ó mesa que la realiza, el número de fojas, el juez al -- que se dirige, la mención de que se procede al ejercicio de-

la acción penal, nombre del ó de los presuntos responsables, delito ó delitos que se imputan, la forma y términos con que se comprobó el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, así como sus fundamentos legales y la solicitud de que se radique la averiguación, la síntesis de los hechos materia de la averiguación, él o los objetos que se hayan recogido durante la investigación y que tengan relación con los hechos, así como el original de las diligencias que se hayan practicado en la investigación de los mismos, si se realiza con detenido se debe precisar el lugar en dónde queda esta a disposición del juez y si se lleva a cabo sin detenido se solicitará la orden de aprehensión o de comparecencia según el caso, por último, debe llevar la firma del responsable de la consignación.

IV.- FUNCION DE REPRESENTACION.- El M.P. es el representante de la sociedad en el ejercicio de la acción penal, representa al ofendido en la relación procesal penal, ya que éste no es parte en dicha relación, por lo que el M.P. comparece ante el órgano jurisdiccional para participar en un litigio en el cual no tiene un interés particular, sino un interés general, que consiste en proteger a los miembros de la sociedad a la que representa, contra la delincuencia, en virtud de que el Estado lo ha instituido con este fin, y evitar que los ofendidos por la comisión del delito, se hagan justicia por su propia mano, lo que ocasionaría la venganza privada, misma que se encuentra prohibida por nuestra Constitución -- (artículo 17).

CAPITULO III.

I.- EL DEFENSOR.

Para poder conocer esta figura en toda su amplitud e importancia, consideramos importante en primer lugar hacer mención una vez más del concepto de defensa por ser esta como institución que le dá origen a aquél para lo cual tenemos:

La defensa en su connotación más amplia, ha sido considerada como un derecho natural e indispensable para la conservación de la persona, de sus bienes, de su honor, de su vida, etc.: misma que ha sido objeto de una reglamentación especial en diversos campos en los que puede darse.

Dentro del procedimiento penal es el defensor una figura indispensable, ya que representa una función de altísimo interés, sea que se le considere como un órgano encargado de prestar gratuitamente asistencia técnica a las partes ó como la persona que, mediante una retribución, pone los conocimientos profesionales que posee al servicio del inculgado.

De lo anterior se puede decir que la defensa del inculgado puede tomarse en dos sentidos, ya en capítulos anteriores se ha mencionado, pero que creemos necesario volver a considerar para una mejor comprensión del presente tema:

Uno formal, definido como aquella actividad encomendada especialmente a una persona idónea en relación a un inculpado, - con la obligación de aportar y estimular en pro del mismo todos los elementos que le sean favorables, tanto procesal como substancialmente. La persona a quien la ley encarga esta obligación, se denomina defensor ó meramente defensa por - transposición del contenido a su servidor.

Y otro material, entendido como toda actividad dirigida a -- proteger los derechos de una persona y particularmente los - del inculpado.

Antes de proseguir es de hacerse notar, que la función del - defensor por una parte de oficio y por otra particular, son generalmente iguales, por lo que aprovechando este espacio - procederá a citar algunos conceptos de defensor y así iniciar esta tan importantísima figura.

Para Belling: "Es el defensor una persona que, abunda al lado del imputado, y no en su lugar, debe defenderlo de pretensiones primitivas y de actos procesales injustificados". (a)

Camelutti, al hablar del defensor, nos dice: "El concepto - de defensa es opuesto y complementario del de acusación, no se puede dar acusación sin defensa. A una pasión, es necesario contraponer otra pasión para alcanzar la serenidad. El - que va a ser juzgado está por lo general privado de la fuerza y habilidad necesaria para explicar sus razones y cuanto-

(a).- Belling, Ernest., "Derecho Procesal Penal", Editorial Labor Buenos Aires, 1943, pág. 113.

más progresa la técnica del juicio más se agrava esta capacidad". (b)

ANTECEDENTES DEL ABOGADO.

La profesión de abogado nace en Grecia, su antecedente empieza con la oratoria, en un momento muy importante en que los oradores tienen un papel de relevancia histórica, ya que -- asisten a los actos públicos y a los tribunales; es decir -- participan tanto en actividades de derecho como de política.

Con Isócrates nace la oratoria académica y, en consecuencia, se dá origen a la persuasión mediante la oratoria depurada.

Aparecen los logógrafos, quienes elaboran el discurso por escrito (discurso forense), sobresaliendo Antifón y Lisias como los más importantes escritores de alegato; pero éstos no tomaban directamente la palabra, escribían discursos para -- que otros los leyera y cobraran honorarios por sus servicios; en tales condiciones surge la carrera de abogado, que defiende en los tribunales y en la asamblea los intereses -- de su pueblo y de su cliente.

De los abogados en Grecia sobresale Demóstenes, hombre superdotado en el dominio de la palabra y en el buen sentido lógico del razonamiento, características básicas del buen abogado. Para Demóstenes no se justificaba invocar el derecho sino era a través de las formas más depuradas de la expresión.

(b).--Carnelutti, Lezioni Francesco, "Figura Jurídico del Defensor" en Riv. Dir. Proc.Civ.". 1940, págs. 1-65

En Roma hubo patronus o causidicus oradores, defensores asesorados por un jurisperito (advocatus) habituado al razonamiento forense.

En el libro III, título III, del Digesto, existe un capítulo titulado De procuratoribus et defensoribus, que se ocupa de reglamentar las funciones de los defensores.

En el derecho germano la representación recaía en el intercesor que gradualmente se transformó en defensor.

En el Fuero Juzgo, se habló de defensores y mandadores actuando los últimos a nombre de príncipes y obispos, para que no desfalleciera la verdad por medio del poderío, tanto en el Fuero Real como en las partidas se fijó el régimen de voceros y personeros, abogados y procuradores, respectivamente.

La Revolución francesa trajo consigo la supresión de la abogacía y las partes se apoyaban en los defensores de oficio; -- posteriormente Napoleón reestablece el derecho de defensa. --
(1)

En México podemos decir que en todas las constituciones se ha establecido el carácter de la defensa y del defensor, ya que los abogados contraen la obligación de patrocinar gratuitamente a los pobres ya que al recibir sus títulos profesionales, la contraen con la sociedad, sin que la obligación se considere contraria a lo prevenido por el artículo 5 de la --

(1).-- Jesús López Leyva: "La Defensa en la Averiguación Previa" Participación en el Anuario Jurídico: UNAM: XII 1985; -- pág. 449.

Constitución Política de 1857, que prohibía los servicios forzados de persona a persona.

Así como antecedente de la figura del abogado en México tenemos a la Ley Orgánica de Agentes de Negocios del 17 de octubre de 1867, que obliga a los lagos a tomar la defensa gratuita de los pobres.

Las leyes mexicanas consagran el principio de que la defensa penal es obligatoria y gratuita en materia Federal, común y Militar, existe la Institución del defensor de oficio, para patrocinar gratuitamente a quien lo solicite, así mismo, las leyes penales reglamentan la defensa estableciendo obligaciones, derechos y sanciones; para el abogado en el ejercicio de su profesión.

El defensor en el proceso penal como se ha dejado asentado es indispensable por ser considerado parte: el juez es el funcionario del poder judicial, que viene a administrar la justicia que otorga el Estado y el Agente del Ministerio Público es la parte que representa a la sociedad y en atención a ello es la institución que se encarga de acreditar que el procesado por los delitos que se le imputan, es culpable; las partes se encargan de aportar las pruebas para esclarecer la verdad real; el juez, como su nombre lo indica juzga sobre las pruebas ofrecidas y desahogadas en el proceso, tanto por el defensor como por el propio procesado, personas que integran el órgano de defensa y por el Ministerio Público.

El defensor bien puede ser un letrado, o nó, según se desprende de lo preceptuado por nuestra Constitución Política en su artículo 20 fracción IX al indicar: "...se le oirá en defensa por sí ó por persona de su confianza, ó por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de defensores de oficio para que elija el que ó los que le convengan..." (2)

El anterior precepto constitucional es un poco vago al señalar que el acusado puede ser defendido por sí mismo ó por persona de su confianza, esto está bien, pero no deja claro si el mismo procesado es abogado ó la persona que designe lo es; por lo tanto estaría en desventaja al encargarse su defensa a un ignorante en la materia siendo él mismo ó la otra persona.

Nuestros legisladores en leyes secundarias captaron el espíritu de el precepto Constitucional y lo recogieron en beneficio del procesado, al otorgarle necesariamente como defensor a un letrado y ello en nuestro sistema procesal penal es un gran logro, pero que en la actualidad no se le ha dado el pleno valor y ese derecho consagrado por nuestros legisladores.

En otro orden de ideas pero corroborando el término del defensor y su función el maestro Guillermo Colín Sánchez en cuanto al defensor dice: "El defensor representa a la institución de la defensa, integrada por dos sujetos fundamenta--

(2).-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México. Porrúa S.A., 1988.

les: El autor del delito y el asesor jurídico, quienes constituyen un binomio indispensable en el proceso. El defensor complementa la personalidad jurídica del sujeto activo del delito, integra la relación procesal y tiene a su cargo la asistencia técnica". (3)

Para dejar un poco claro lo referente a la persona sobre la cual recae el nombramiento de defensor tenemos que:

Ni la Constitución ni los Códigos de Procedimientos exigen condición profesional alguna al defensor, pues basta que sea de la confianza del acusado.

A este respecto, la Ley reglamentaria de los artículos 4º, y 5º. Constitucionales, al normar el ejercicio de las profesiones, dispone:

"ARTICULO 2S.- En materia penal, el acusado podrá ser oído en defensa por sí ó por medio de persona de su confianza o por ambos, según su voluntad. Cuando la persona ó personas de la confianza del acusado, designados como defensores no sean abogados, se les invitará para que designe, además un defensor con título. En caso de que no lo hiciere, se le nombrará el de oficio". (4)

(3).- Opus. Cit., pág. 189.

(4).- Ley Reglamentaria del Artículo 5º. Constitucional Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, Capítulo Quinto, Editorial Pac, S.A., 1986.

Analizando al defensor como el titular de la defensa se pasará a desarrollar diversas teorías, así se ha considerado al defensor: como un representante, como un asesor, como un órgano, como parte de la defensa, como antagonista del Ministerio Público, como auxiliar de la administración de la justicia, como sujeto de la relación procedimental etc., por tanto, transcribiremos lo siguiente para tener una visión al -- respecto.

Para el ilustre maestro Guillermo Colín Sánchez "Desde el -- punto de vista de la representación no es posible situarlo -- dentro de la institución del mandato civil, porque ejerce -- funciones por disposición de la ley y por voluntad del mandan -- ta (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". (5)

Para Colín Sánchez, el defensor no es un asesor del procesa -- do: "La naturaleza propia de la institución, se encarga de -- demostrar que sus actividades no se circunscriben a la sim -- ple consulta previa con su defensa; sino a la realización de -- un conjunto de actividades que no sólo se refieren a aquél, -- sino también, al juez y al Ministerio Público. El defensor --

(5).- Colín Sánchez Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedi -- mientos Penales", México, Porrúa S.A., 1980. pág. 181.

tiene deberes y derechos que hacer cumplir dentro del proceso, de tal manera que otorgarle un carácter de mero asesor - desvirtuaría su esencia". (6)

Además señala que: "Tampoco se debe concebir como auxiliar - de la administración de la justicia, porque como acertadamente sostiene González Bustamante, si así fuera estaría obligado a romper con el secreto profesional y a comunicar a los jueces todos los informes confidenciales que hubiese recibido del inculcado. Desde el punto de vista general si la - asistencia técnica se dice jurídica del defensor consiste en la aportación de pruebas y en la interposición de los recursos procedentes, es un auxiliar de la administración de la - justicia..." (7)

Concluye Colín Sánchez, al afirmar: "A nuestro juicio, la -- personalidad del defensor en el derecho mexicano es clara y definida; si bien es cierto que está ligado al indiciado como tal, al acusado, etc., 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 se desarrollan 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..." (8)

(6).- *Idem*, pág. 151.

(7).- *Idem*, pág. 151.

(8).- *Idem*, pág. 151.

Genéricamente se ha considerado que en el proceso el defensor se contrapone al Ministerio Público, de ello deriva que muchos autores afirman que el defensor es antagonista en el proceso penal, cosa errónea, puesto que él no está en pleito con las partes procesales.

En lo relativo a considerar que el defensor es parte en el proceso existen criterios opuestos; algunos concluyen que sí lo es; otros no conciben este criterio.

Así encontramos que:

Francisco Carnelutti expone: "El Ministerio Público es una parte (refiriéndose al proceso penal), el defensor, no. Es bien cierto también que el defensor tiene el oficio de reforzar o integrar la acción de la parte, pero no por esto le corresponde una posición análoga a la parte, ni siquiera como parte accesoria..." (9)

José Hernández Acero al referirse al defensor como parte procesal afirma: "...nosotros sí admitimos tal carácter, descartando desde luego, rotundamente, la idea de considerarlo un representante del proceso, ya que su posición en el proceso, no es la de un mero mandatario, pues puede llegar a tener atribuciones autónomas e independientes de la voluntad del procesado a tal grado que la voluntad del procesado puede ser totalmente irrelevante para los fines procesales..."(10)

(9).- Francesco Carnelutti, "Derecho y Proceso". Editorial Jurídicas Europa América, Buenos Aires, pág.119-120.

(10). Hernández Acero José; "Concepto de parte", Revista Criminalia. Año III, No.8. Academia de Ciencias Penales.- pág. 471.

García Ramírez, citando a Franco Sodi, nos afirma respecto a la naturaleza del defensor lo siguiente: "...tiene personalidad; no es un simple representante ni un simple consejero del procesado, sino que obra por cuenta propia y siempre en interés de su defensa..." y apoyándose en González Bustamante, señala: "...posee el defensor una posición sui generis; su voluntad ha de prevalecer en beneficio del inculcado, inclusive sobre la de este mismo. No es mandatario ni asesor jurídico, ni órgano imparcial de los tribunales, ni auxiliar de la administración de la justicia..." (11)

También se considera a la defensa institución social, al no permitírsele que el procesado se quede sin defensor (aparece el interés de la sociedad de tutelar su defensa en el proceso), situación discutible en tanto que el propio procesado podría defenderse por sí mismo de acuerdo a lo establecido -- por la fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en lo relativo a que: -- "...El inculcado será oído en defensa por sí..." (12)

Existen por otro lado criterios en que se considera al defensor sujeto principal de la relación procesal, así Colín Sánchez dice: "...Atendiendo a las funciones que desempeñan, -- los sujetos del proceso se clasifican en: principales necesarios y auxiliares. Los primeros son: el órgano de acusación--

(11).- García Ramírez, Sergio: "Derecho Procesal Penal". México Porrúa S.A., 1980. pág. 268

(12).- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1988.

(ministerio público); el órgano de la jurisdicción (juez, magistrado); el sujeto activo del delito (indiciado); el sujeto pasivo del delito (ofendido); el órgano de defensa (defensor)...” (13)

Los criterios aquí asentados nos ilustran y demuestran la importancia que reviste la defensa, pero merece el siguiente comentario; consideramos que algunas situaciones señaladas son cualidades propias de la defensa; otras, son rasgos esenciales del defensor y algunas se conjugan en obligaciones y deberes inherentes a la defensa, por lo que aceptar una característica exclusiva con respecto a la defensa; es difícil de delimitar, razón por la cual cada autor sostiene su tesis y la fundamenta.

De lo antes anotado estamos en la aptitud de emitir en forma particular nuestro criterio respecto a la figura del defensor, podemos decir que actúa con el inculcado, en la defensa de éste; cuando aquél es letrado, participa como asesor técnico del mismo; significa indirectamente un elemento de equilibrio en la relación jurídica preprocesal y procesal, frente a la “omnipotencia” del Ministerio Público; integra, además, con personalidad y capacidad procesal propias, un elemento de la defensa, como aspecto técnico o formal, ello le da una connotación sui generis, pues sin tener un interés propio, tutela los intereses del inculcado, como un sujeto procesal principal, que siempre forma parte de la relación jurídica-adjetiva.

(13).- Ob. Cit. pág. 51

Del análisis realizado, fácil es darse cuenta de la importancia que reviste la defensa formal reservada al defensor, que la hace no sólo necesaria, sino obligatoria, situación que lleva a la Constitución a crear la figura del defensor de -- oficio, como fórmula ideal de garantizar la presencia en todo momento de la defensa formal, dando lugar a la reglamentación de esta defensoría; figura ésta que más adelante se analizará detenidamente.

11.- NOMBRAMIENTO COMO DERECHO Y GARANTIA

En el presente punto se tratará de una forma somera la figura del defensor, su base jurídica así como momentos en que puede nombrarse.

Como se ha visto anteriormente el derecho de defensa lo tenemos plasmado en la fracción IX, del artículo 20 constitucional que dice:

ARTICULO 20 "...FRACCION IX.- Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos según su voluntad. En caso de que no tenga quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el ó 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..."(1).

Es indispensable comentar este precepto de nuestra Carta Magna, toda vez que es una garantía del acusado que tiene en los juicios del orden criminal.

Así mismo, el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales en su párrafo in fine consagra a la figura del defensor y el momento para hacerlo al decir: "Desde el momento en que se determine la detención, el Ministerio Público -

(1).- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Porrúa, S.A. México 1988.

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". (2)

A su vez el artículo 134 y 134 Bis, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establecen el derecho - para nombrar defensor, el artículo 134 dice: "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." (3)

El artículo 134 Bis, del ordenamiento antes citado, preceptúa en su último párrafo lo siguiente: "Los detenidos, desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado ó persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de uno u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio". (4)

De lo antes descrito podemos afirmar que el derecho de defensa ya sea por sí mismo ó por persona ajena en materia penal está íntimamente ligado al concepto de libertad (que para el sustentante es el más grande atributo del ser humano, aunque más de alguna vez he discutido esto con algunos médicos), en

(2).- Código Federal de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa S.A., México 1938.

(3).- Ob. cit.

(4).- Idem.

virtud de que se sustrae al individuo de lo que es arbitra--
rio y de lo que tiende a destruir los derechos que le otorgan
las leyes.

Constitucionalmente y legalmente la designación de defensor--
se lleva a cabo en primer lugar por el inculpado, quien ha--
ciendo valer su derecho, puede elegir para tal designación a
uno ó varios defensores particulares ó a un defensor de ofi--
cio; pero si el inculpado no acoge su derecho a la designa--
ción de defensor, ésta se convierte en obligación para el órg--
ano jurisdiccional como ya anteriormente se ha explicado, -
quien tendrá que nombrar un defensor de oficio.

De lo antes dicho se puede afirmar que el nombramiento de de--
fensor en el procedimiento penal es un derecho y una garan--
tía que la propia constitución le otorga al inculpado de de--
fenderse por sí solo ó por defensores particulares ó de ofi--
cio, esto último que dá origen a la Defensoría de Oficio que
más adelante se estudiará.

III.- LA DEFENSORIA DE OFICIO.

El defensor de oficio constituye, a través de la historia -- del derecho penal, la piedra angular como representante del acusado ante los órganos de justicia que representan al Estado. Pero para el buen desempeño de su labor jurídica, debetener, no sólo ética profesional, sino un buen cúmulo de conocimientos de la materia y con amplio razonamiento. Debe afrontar con serenidad su actividad defensiva con estricto apego a la ley y al individuo, para así lograr un desarrollo digno de su jerarquía.

Todo el contenido al derecho de defender, de actuar como -- obligación de su ministerio, sería ideal con la existencia de un verdadero órgano regulador de la defensa y permitiría el desarrollo intrínseco en una organización para la mejor procuración de la defensa en materia penal.

Antes de proseguir es necesario citar lo que el doctor Alcalá Zamora dice respecto del abogado defensor: "La intervención del Abogado resulta indispensable, de tal manera que -- los ensayos de libertad y defensa y de prohibición de la -- anagoría han fracasado rotundamente. El abogado es una garantía para lograr una recta administración de justicia no sólo porque en la mayoría de los casos los interesados son incapaces de efectuar una ordenación clara, sistemática y --

conveniente de los hechos". (1)

Una vez hecho una pequeña recopilación de conceptos pasaremos a analizar propiamente al defensor de oficio.

DEFENSOR DE OFICIO.

Como institución, sus orígenes se remontan a la época en que como España, los jueces apremiaban a los profesores de Derecho y a los abogados del Foro, para que dedicaran algunas -- horas de su jornada diaria, en favor de la defensa de los pobres; así como, en la práctica de los Colegios de Abogados -- por asignar periódicamente a sus miembros, para que se dedicaran gratuitamente a la asistencia de los menesterosos.

La institución de la Defensoría de Oficio tiene su antecedente en nuestro derecho positivo, en la Ley de enjuiciamiento-criminal del 14 de septiembre de 1882, en España, al imponer al Colegio de Abogados, la obligación de avocarse a la defensa de los pobres a título gratuito.

En México, la institución del defensor de oficio, por su importancia, ha sido reconocida a nivel constitucional; de tal modo tenemos que el artículo 20 Constitucional, en su fracción IX, establece lo siguiente: ".En caso de no tener quien lo defienda se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que ó los que le convengan". (1b).

(1).- Alcalá Zamora y Levene, "Derecho Procesal Penal", T. - II, Ed. Krapf. Buenos Aires, Argentina, 1945, pág. 47.

(1b).-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México 1990.

En la práctica es de hacerse notar que no se cumple con esta disposición para que pueda elegir a su defensor, sino que se le nombra genéricamente al defensor de oficio que está adscrito al juzgado ó cualquiera que forme parte del cuerpo de la defensoría de oficio.

La Defensoría de oficio puede ser del fuero común y del fuero federal.

La del fuero común del Distrito Federal, está precidida por el Reglamento del 7 de mayo de 1940, en donde se establece que depende del Departamento del Distrito Federal.

La del fuero federal se apoya en la Ley del 14 de enero de 1922, regida en el reglamento del 25 de septiembre del mismo año, y que está bajo la dirección de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los servicios de la Defensoría de Oficio como institución recurriendo al derecho comparado se define como: "Una institución del orden público, obligatoria y gratuita, que tiene por objeto proporcionar la defensa necesaria en materia penal, a las personas que lo soliciten y a aquéllas que no estén en posibilidades de retribuir los servicios de un defensor particular..." (2)

Los elementos de esta definición nos obliga a reflexionar en torno a los siguientes aspectos del defensor de oficio:

(2).- Ley de la Defensoría de Oficio del Estado de México de 21 de diciembre de 1951. (artículo 1º.)

- a).- Su ubicación orgánica dentro del Estado;
- b).- Sus principales características: gratuidad y obligatoriedad en sus servicios;
- c).- Los casos en que debe intervenir; y
- d).- Sus obligaciones y las sanciones ante su incumplimiento.

a).- Sobre el primer aspecto, un breve estudio comparativo, nos permite señalar que en algunos estados de la República Mexicana, como: Puebla (antes de 1957) y Coahuila en (1964), la Defensoría de Oficio dependía del Tribunal Superior de Justicia del Estado, pero tal dependencia orgánica se ha ido superando, debido a que se ha sostenido que al defensor se le resta libertad de acción, con notable perjuicio de los inculcados ó de sus defensas; siguiendo este orden de ideas, paulatinamente se ha ido reubicando la institución dentro de la estructura orgánica del poder ejecutivo.

En Jalisco, la defensoría de oficio se encontraba adscrita a la Universidad de Guadalajara.

Finalmente debemos indicar que la Defensoría de Oficio Federal se encuentra inmersa dentro de la estructura orgánica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como claramente se puede desprender de lo dispuesto por los artículos 1º. y 2º. de la ley de la defensoría de Oficio Federal.

Se transcriben los siguientes artículos de la Ley de la Defensoría de Oficio Federal.

ARTICULO 2º. "El nombramiento y remoción del jefe y demás miembros del cuerpo de defensores los hará la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el órgano jurisdiccional es-juzgador y el defensor al mismo tiempo. Su separación y auto-nomía es indispensable para mejor ejecución de sus funcio-nes".

ARTICULO 5º.- "La Defensoría de Oficio en el ramo Federa-l se compondrá de un jefe de Defensoría y de los defenso-res que sean necesarios, a juicio de la Suprema Corte de Jus-ticia según las circunstancias..."

Cambiando el orden de ideas, la defensoría de oficio local, funcionaba dentro de la Dirección Jurídica y de gobierno del Departamento del Distrito Federal, bajo la coordinación de un jefe de dicha defensoría, pero por acuerdo del jefe del Departamento del Distrito Federal, en fecha 7 de julio de 1978, la Defensoría de Oficio en materia penal pasó a depender, como categoría de la Coordinación de la Dirección de Reclusorios del propio Departamento.

En abril de 1980 la Coordinación fué transformada en subdi-rección jurídica de la Defensoría de Oficio penal y poste-riormente, el 6 de agosto de 1981, fué elevada a la cate-goría de Dirección, empero siempre dentro de la Dirección Gene-ral de Reclusorios y Centros de Readaptación.

Es de hacerse notar que además de la Defensoría de Oficio -- del Distrito Federal, el Departamento estableció Bufetes -- Jurídicos gratuitos en cada una de las delegaciones del Distrito Federal, sin embargo estos bufetes no han tenido prácticamente ningún éxito y por lo mismo han ido desapareciendo.

Ya en el año de 1987 se creó la Ley vigente de la Defensoría de Oficio del fuero común en el Distrito Federal, misma que -- fué publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 9 de diciembre de 1987, y sobre la misma haremos las observaciones más importantes dentro del ámbito penal.

Por lo pronto esta Ley es de orden público e interés social. Su fin es proporcionar obligatoria y gratuitamente los servicios de asesoría, patrocinio ó defensa en materia penal.

b).- Respecto a la gratuidad de los servicios del defensor -- de oficio como ya se anotó anteriormente, Emilio O. Rabasa y Gloria Caballero, señalan que esta característica reiterada -- en el artículo 17 Constitucional, en el sentido de que la -- justicia es gratuita ya que los defensores de oficio deben -- actuar sin costo alguno para los procesados. (3)

Consideramos que el defensor de oficio que no cumple con sus obligaciones gratuitamente, comete el delito previsto por el artículo 222 fracción I del Código Penal, en virtud de ser -- un servidor público, que en este supuesto, por sí, recibe in

(3).- Cfr. Mexicano está es tu Constitución; LI Legislatura -- Cámara de Diputados; Cuarta Edición, 1982; pág. 61.*

debidamente para el dinero ó dádivas para hacer algo relacionado con sus funciones.

b1.) Por otra parte, en relación a la obligatoriedad, - Sergio García Ramírez indica que la defensoría de oficio funciona, automáticamente e impositivamente, pues proveería nó sólo es un derecho del inculpado frente al Estado, reclamable ó nó, sino un imperioso deber público -como hemos visto- frente a quienes declinan ó rechazan su cumplimiento. (4)

Al respecto Guillermo Colín Sánchez considera que la institución se ha establecido por nuestras leyes en razón del carácter obligatorio que tiene la defensa dentro del proceso.(5)

Desde luego que esta obligatoriedad presenta una excepción, - que opera en favor del defensor, prevista en el artículo 514 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que permite al defensor excusarse cuando intervenga un defensor particular.

c).- A continuación anotaremos los casos en que interviene, - el defensor de oficio:

c1.) Cuando el inculpado carece de defensor particular, (6), porque no tienen los medios económicos para pagarle sus honorarios, o aún contando con ellos, no lo designan; en este supuesto, se sobreentiende que el acusado no manifestó --

(4).-Cfr. "Noticia sobre el defensor en el Derecho Mexicano"; pág. 398.

(5).-Cfr. "Derecho Procesal Penal", Manual I del S.U.A. Facultad de derecho; UNAM; pág. 294.

(6).-Véase los artículos: 4º y 10º, fracción I, de la Ley de Defensoría de Oficio Federal; 9 del Reglamento de la -- Defensoría de Oficio del Fuero Común en el D.F.

que era su voluntad se oído por sí ó por persona de su confianza, o por ambos ó bien, pudo manifestar que nó designaría defensor particular por carecer de recursos para ello. Así, el inculpado elegiría un defensor de oficio, de la lista que el juez le presente; de no hacerlo después de haber sido requerido para ello, el juez lo designaría.

c2.) Conforme a lo dispuesto en el inciso anterior podría considerarse que el defensor de oficio no intervendría en los casos en que el inculpado manifiesta su deseo de ser oído en defensa: por sí, ó por "ambos" (incluyendo persona de su confianza designada por él), sin embargo recordamos -- que los artículos 28 de la Ley de profesiones y 84 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Hidalgo, establecen la participación de defensores de oficio cuando la persona de confianza del inculpado no sea abogado con título.

c3.) En el supuesto a que se refiere el artículo 1º., fracción VIII, del Reglamento de la Defensoría de Oficio Federal, consistente en que el jefe del cuerpo de defensores de oficio deberá designar, en los casos urgentes, de común acuerdo con el inculpado, cuando no estuviere presente el defensor de oficio que tenga intervención en el asunto, a otro defensor que, con igual carácter, sustituya a aquél en las diligencias de que se trate.

c4.) El artículo 159 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone que, en los lugares donde no resida tri-

bunal federal, la designación de defensor de oficio se hará entre los del orden común; agrega que se procederá en la misma forma, cuando no existan defensores de oficio federales - en los lugares en que resida el tribunal federal que conozca del asunto.

d).- Finalmente, debemos asentar que el defensor de oficio - tiene las obligaciones previstas en el artículo 10 de la Ley de la Defensoría de Oficio Federal; obligaciones que más adelante detallaremos basándonos ahora de un modo somero señalar cuáles con las funciones y quiénes pueden ser defensores de oficio.

Ahora bien para ser nombrado defensor de oficio, se requiere de acuerdo al artículo séptimo de la Ley de Defensoría de -- Oficio Federal lo siguiente:

- a).- Ser ciudadano mexicano en el ejercicio de sus deberes y derechos.
- b).- Abogado con título oficial.
- c).- Mayor de veinticinco años.
- d).- Tener dos años por lo menos de ejercicio profesional.

Al respecto y comentando el citado artículo, se contempla que no debería permitirse que el defensor no sea abogado; si - - bien en la fracción IX del Artículo 20 Constitucional se establece que pueden tomar la defensa personas de la confianza del indiciado, debemos observar que:

Cuando la defensa sea realizada por persona de la confianza del inculpado, se presenta el problema si el defensor debe ser o no abogado.

Desde el punto de vista técnico y con apoyo en la parte final del artículo 28 de la Ley de Profesiones, que dice: -- "Cuando la persona ó las personas de la confianza del acusado designados como defensores no sean abogados, se les invitará para que además designen un defensor con título. En caso de que no hiciera uso de este derecho, se le nombrará defensor de oficio". (7)

Decimos que en nuestro sistema es aceptable la defensa de -- personas sin título de abogado, pero siempre deberá de contribuir al abogado defensor, esto como una garantía constitucional enfocada a la seguridad jurídica del inculpado.

De lo anterior afirmamos que el defensor de oficio debe ser siempre abogado con título y no debe de dispensarse esa característica.

Sobre la adscripción de los defensores de oficio en materia penal tenemos que se encuentran en: Averiguaciones previas y juzgados calificadores, juzgados mixtos de paz, juzgados de primera instancia y en salas penales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

(7).- Ley Reglamentaria del artículo 5º. Constitucional relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, Capítulo. Editorial Pac., S.A., 1986.

Los defensores de oficio tienen diversas actividades dentro del ámbito penal como es:

- I.- Notificar al Superior Jerárquico inmediatamente la radicación de los expedientes, materia de apelación en donde intervengan el defensor de oficio, aceptando el cargo y rindiendo la protesta de ley.
- II.- Anotar en el libro de gobierno la sala en la cual se encuentra radicado el asunto, el número de tocas, etc.,
- III. Informar el trámite legal a los familiares.
- IV.- Estar presente en la audiencia de vista para alegar lo que a los intereses de su defenso correspondan.
- V.- Realizar lo conducente para obtener la libertad provisional de los interesados.
- VI.- Notificar de las resoluciones emitidas por la sala.
- VII. Formular cuando proceda, el amparo contra violación a -- las garantías constitucionales.

También tenemos que dentro de la defensa de oficio existen trabajadores sociales los cuales realizan las siguientes funciones:

- a).- Tramitar fianzas para la obtención de la libertad provisional.
- b).- Atender los problemas que tengan los internos en los aspectos social, familiar, laboral y cultural ante las --

instituciones que brinden seguridad social.

- c).- Promover la excarcelación de sentenciados en Coordinación con las Instituciones Penitenciarias, Dirección General de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación y Dirección General de Reclusorios y Centro de readaptación social del Departamento del Distrito federal.

Incurrir en responsabilidad oficial los defensores de oficio que:

- I.- Demoren sin justificación, las defensas, asuntos que les encomienden.
- II.- Por negarse sin causa justificada, a patrocinar las defensas que les correspondan.
- III.- Por solicitar a aceptar dádivas, remuneraciones de sus defensos ó de las personas que tengan interés.
- IV.- Por no promover oportunamente los recursos legales que procedan y por negligencia en la presentación de pruebas que favorezcan a su defenso.

Ahora bien; tratando de dar un pequeño resumen de lo expuesto en este apartado es de hacerse notar que la investidura del defensor de oficio por sus necesidades de organización tendientes al control de sus funciones, le dan la calidad de institución, que las leyes reglamentan y lo hacen depender económicamente del Estado y que tiene como finalidad llevar

a cabo la defensa formal o técnica de los inculcados que lo necesiten, sin interferencia de factor alguno.

La defensa de oficio aparecerá siempre que el inculcado no haga nombramientos de defensor particular ó cuando aquél requiera de defensa técnica.

La defensa penal que el defensor de oficio hace en favor del inculcado será siempre gratuita ya que es una institución solventada económicamente por el Estado; y que tiene su fundamento legal en nuestra Carta Magna, principalmente en el artículo 20 en su fracción IX.

IV.- EL DEFENSOR ACTUA AL LADO DEL IMPUTADO.

Una vez que se ha hecho mención en capítulos anteriores de la Institución de la defensa como garantía constitucional, al defensor como encargado de representarla en favor de otro sujeto que se haya acusado de algún ilícito, se pasará en este breve espacio a señalar el momento en el cuál el defensor inicia su tránsito por este largo camino lleno de asperezas pero con un gran espíritu de servicio social.

Así mismo se analizarán las obligaciones del defensor para con el inculcado dentro del procedimiento penal.

El momento procesal que dá origen a la relación abogado-inculcado se puede decir que es el momento en que el inculcado nombra a alguna persona ya sea de su confianza ó abogado particular para que lo defienda de una pretensión que le hace el Representante Social ó sea el Ministerio Público quien representa a los intereses de la sociedad y de los ofendidos, particularmente ó también en caso de que no tenga alguna -- de las personas mencionadas anteriormente el juez le nombra un defensor de oficio ó el mismo lo elige, ahora bien, en ese momento el defensor acepta el cargo y protesta su fiel y legal desempeño ante la presencia judicial, del caso que se le confiere; esto es, una vez aceptado dicho nombramiento nace una gran responsabilidad en el letrado para con su -- cliente, ésta responsabilidad lleva consigo intrínsecamente obligaciones y como consecuencia de ello el abogado tiene ya

en sus manos la defensa de una persona que se presume responsable de un ilícito penal.

Desde ese momento la defensa se convierte en un arte, en política en ética y primordialmente en acción.

Como arte tiene sus reglas pero no son absolutas ya que vienen a ser creadas por la actitud del hombre; como política la abogacía es la disciplina dentro del orden, los conflictos entre lo real y lo ideal, entre la libertad y la autoridad, entre individuos y el poder en medio de estos conflictos el abogado defensor no es una hoja de tempestad, por ello al contrario es el abogado quien desata las tempestades y puede contenerlas; como ética es una constante presencia de virtud, la tentación pasa varias veces al día por delante del abogado. Este puede hacer de su profesión, la más noble o la más vil de los oficios; como acción la abogacía es un constante servicio a los valores superiores que rigen la conducta humana.

La profesión demanda en todo momento la justicia, pero cuando la anarquía, el despotismo ó el menosprecio a la condición del hombre sacuden la institución y hacen temblar los derechos individuales, entonces la abogacía es militante en la lucha por la libertad.

En este mismo orden de ideas los abogados aclaran los hechos ambiguos de las causas y que por los esfuerzos de su defensa frecuentemente públicos, levantan las causas caídas y repa-

ran las quebrantadas, así confiados en su gloriosa palabra - defienden la esperanza, la vida y la descendencia de los que sufren.

Al efecto el tratadista Eduardo J. Couture en su obra los -- mandamientos del abogado nos dice: "Lo grave en el pensamien to del abogado es que en esa obra de transformación del dra ma humano en libro ó en escena tanto como la inteligencia, - juzgan la intuición y la experiencia. No es un razonamiento dice el filósofo, lo que determina al escultor a ahondar un poco más en la curva de la codera. Entre sus ojos fijos en el molde y sus dedos que acarician la estatua, se establece una comunicación directa..." (1)

En cuanto a los deberes del defensor, que desde otro punto - de vista son sus derechos, consisten en llevar a cabo todas las actividades necesarias para la marcha de la defensa. Un deber específico actual es el de estar presente desde la - - averiguación previa.

Está legitimado como defensor el que haya sido elegido por - el inculpado del círculo de personas elegibles, ó el nombra do por el juez como defensor entre las personas enumeradas.- Este nombramiento se realiza si falta defensor electivo, - - siendo en algunos casos "necesario", y en los demás casos el "arbitrio".

(1).- Eduardo J. Couture "Los Mandamientos del Abogado", Edi torial De Palma, Buenos Aires, décima edición, 1988.

Según lo que acabamos de exponer, si una persona está legitimada como defensor no puede ser excluida por la ley ni recusada por nadie.

La tarea del defensor se caracteriza por ser auxiliar del inculpado y por lo tanto, está limitada a una actividad defensiva. El defensor no pone de relieve puntos de vista desfavorables al inculpado ni le produce molestias procesales, ni intenta conseguir resoluciones desfavorables, no defiende -- el interés público y sólo debe emplear medios jurídicamente admisibles.

Tenemos que las obligaciones del defensor entre otras son:

- a).- Encontrarse presente en el momento en que su defendido rinda su declaración ante el Ministerio Público, sin -- que sea posible su intervención hasta después de que -- éste la haya emitido.
- b).- Exhibir peticiones.
- c).- Solicitar la libertad del inculpado.
- d).- Solicitar la libertad caucional en caso de que proceda.
- e).- Solicitar el arraigo domiciliario si es procedente.
- f).- Cuidar que no se detenga al inculpado, si este garantiza suficientemente ante el Ministerio Público, cuando -- procedan los beneficios citados en los puntos d y e.
- g).- Tener notificaciones de las actuaciones.
- h).- Solicitar al Ministerio Público, cuando la ley lo permita, copia de las actuaciones que considere necesarias -- para hacer valer un derecho ó el cumplimiento de una --

obligación.

- i).- Señalar en actuaciones los lineamientos legales adecuados para exculpar, justificar o atenuar la conducta del inculpado.
- j).- Asesorar y auxiliar al inculpado para hacer valer todos los medios de prueba a su alcance.
- k).- Auxiliar al inculpado en cualquier otra diligencia para la cual sea requerido por M.P.
- l).- Vigilar que se respeten los derechos del inculpado durante toda la etapa indagatoria.
- m).- Vigilar que el inculpado se encuentre en la sala de espera (como actualmente se llama el área que ocupan las personas detenidas y se encuentran sujetas a investigación, se encuentran a la vista del público.
- n).- Vigilar que cuando el inculpado se encuentre en la Agencia investigadora, no se ejerza sobre él presión alguna que pudiera desvirtuar su declaración.
- ñ).- Solicitar al Agente del Ministerio Público la atención médica para el inculpado, cuando lo requiera, por el médico legista en turno, e inclusive solicitar su traslado a algún hospital ya sea de beneficencia ó particular.
- o).- Vigilar que no existan demoras para la resolución que se deberá dar.
- p).- Vigilar que no existan demoras para dejar al inculpado en libertad, cuando se haya determinado la resolución procedente.
- q).- Solicitar al Ministerio Público, en caso de que el in-

culpado no resultare responsable del ilícito que se le imputa, levante el arraigo domiciliario ó, en su caso, la entrega de la caución al indiciado.

r).- Cuando proceda, tomando en cuenta los elementos de juicio necesarios, solicitar del Ministerio Público el no ejercicio de la acción penal para el inculpado.

Debe tomarse en cuenta que los elementos de defensa mencionados, se aplicarán por el defensor en beneficio del inculpado pero éste deberá expresar personalmente su petición cuando se solicite algún beneficio y misma que quedará asentada en actuaciones.

Por último, debe de mencionarse que dichos deberes o derechos del defensor podrán hacerse valer mientras dure su defensa hasta la determinación correspondiente.

CAPITULO IV

EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO

Una vez que se ha hecho un análisis en capítulos anteriores de las partes que integran la relación procesal dentro de un procedimiento (Ministerio Público y Defensor), pasaremos a describir las etapas o fases del mismo.

El Estado previene el delito y reacciones frente a éste, a través de una serie de procedimientos y medidas, cuenta con el régimen de los delitos y de las penas, de la persecución administrativa y procesal y de la ejecución penal. De lo antes dicho podemos afirmar que dichas prevenciones se encuentran perfectamente especificadas en el Código Penal y su vida jurídica se encuentra regida por el Código de Procedimientos Penales, ya sea en el ámbito federal o en el fuero común.

En relación a lo anterior Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra señalan: "Hoy en día, es común aceptar que el proceso penal constituye un supuesto indispensable para la imposición de penas y medidas de seguridad. En este sentido el proceso penal es necesario para la actuación del Derecho Penal. Más allá de formas autocompositivas, prácticamente descartadas del régimen mexicano y por encima de sus puestos aislados de autodefensa, el proceso constituye un medio indispensable para el ejercicio del Derecho Estatal a

castigar, ó mejor todavía, a readaptar socialmente al infractor. Este derecho persecutorio general, denominado jus puniendi, se actualiza por medio del enjuiciamiento penal. A su vez el juicio implica un requisito natural y necesario para la ejecución de la pena. Del mismo modo que, según el clásico principio de legalidad, no existen delitos ni penas sin ley, tampoco hay sanción sin juicio que la determine, ni debe haber ejecución sin normas precisas a las que ésta se sujeta. Surge aquí, en consecuencia, una de las proyecciones más importantes del Estado de Derecho. Del mismo resultan los derechos públicos subjetivos o garantías individuales, - como dice nuestra Carta Magna, del inculcado y del ejecutado". (1)

El Maestro Marco Antonio Díaz de León al comentar el Código Federal de procedimientos Penales nos dice: "Para comprender la gran importancia que tiene delimitar los componentes del proceso penal a explicar, habremos de analizar la confusión terminológica, frecuentemente utilizada en nuestra disciplina, acerca de los vocablos proceso, procedimiento y averiguación previa.

Tales expresiones aparecen frecuentemente en la lexicografía procesal de nuestro país, con distintos significados.

(1).- Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra, "Procedimiento del Proceso Penal Mexicano"; Editorial Porrúa, S.A., México 1980, pág. 1

Igualmente existieron y, aún hoy día, existen, ámbitos jurídicos equivocados ya caducos por fortuna, en los que se les otorga identidad semántica cuando en el fondo, fáctica y jurídicamente, denotan aspectos diferentes en la justicia criminal.

Acerca del proceso, sobre éste es una relación jurídica, una situación jurídica o bien una institución, de acuerdo al plan trazado no nos interesa; el proceso, antes que nada, es el medio por el cual el Estado cumple con su deber de prestar el servicio judicial; es un método del debate que sirve para constatar la procedencia o improcedencia de las pretensiones o excepciones deducidas por las partes, es un conjunto de reglas, posibilidades y cargas mediante las cuales se trata de encontrar la certeza del interés que, en justicia, se debe tutelar en la sentencia definitiva. En este sentido el proceso penal resulta ser, dentro del cúmulo de actos de política criminal del Estado un medio idóneo para dirimir imparcialmente, por auto de juicio de la autoridad jurisdiccional, un conflicto de intereses de relevancia jurídico-penal.

A la noción de proceso se arriba, no únicamente de investigar su esencia y teología de derecho, sino, igualmente de analizar los fines políticos del Estado. Cualquiera que sea la posición política de que se parta, de manera invariable -

se llegará a la idea de que el Estado se apoya en el poder público para cumplir sus cometidos. Dentro de éstos, sin duda alguna, de capital importancia es el que trata de impedir que uno de sus elementos, el pueblo, provoque su destrucción en lo interno vía de autodefensa.

El Estado debe, pues, impedir la justicia de propia mano, garantizando la paz social mediante la seguridad jurídica. Para ello se ha establecido el proceso.

Ahora bien, por lo que hace al procedimiento, éste se diferencia del proceso en lo tocante a su teología; esto es, el proceso tiene como finalidad resolver jurisdiccionalmente en definitiva, mediante sentencia que adquiere la calidad de cosa juzgada, un litigio ó conflicto de intereses sometido a la decisión del juzgador.

El procedimiento en cambio, que puede ser administrativo, legislativo y nó necesariamente jurisdiccional, carece de la finalidad del proceso y en lo procesal se reduce a ser, simplemente, un conjunto de actos procesales concatenados y coordinados entre sí, dirigidos hacia un determinado objetivo. En este sentido el proceso es un todo, consta de etapas y más bien de procedimientos que persiguen un objetivo dentro del propio proceso.

Finalmente, "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". (2)

Para dejar claro el planteamiento del problema y tener un orden lógico en el presente capítulo diremos que es común entender, por la mayoría de la doctrina y, específicamente por la doctrina mexicana, que el proceso constituye una relación que aparea derechos y obligaciones para quienes en ella participan. El proceso desde esta perspectiva según Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra nos dicen lo siguiente: "es una relación jurídica, autónoma y compleja, mediante hechos y actos jurídicos, conforme a determinadas reglas de procedimiento, y que tiene como finalidad la resolución jurisdiccional del litigio, llevado ante el juzgador por una de las partes o atraído a su conocimiento directamente por el propio juzgador". (3)

Aquí litigio, constituye el tema central a resolver por el proceso penal.

Son diversos los puntos de vista acerca del estudio de la relación procesal que se constituye en el proceso penal. Diversos autores afirman que tiene esta relación procesal un carácter triangular. Así, los sujetos de la relación procesal serían el juzgador, el acusador y el inculcado. El juzgador, tercero imparcial llamado a resolver la contienda, se sitúa por encima de las partes; estas a su vez, son el acusador y el imputado. Cabe distinguir entre partes en sen-

(2).- Díaz de León, Marco Antonio. "Código Federal de Procedimientos Penales Comentado", Porrúa S.A., 1989, pág.1

(3).- Ob. Cit. pág. 2

tido formal y partes en sentido material. Las partes formales son el Ministerio Público y el defensor; las segundas lo son de la relación material que determina el litigio a cuya composición sirve el proceso.

Junto a las partes intervienen en el proceso otros sujetos, ajenos a la relación procesal. Cuentan entre ellos los auxiliares de la función judicial, como los secretarios, la policía judicial y los servicios oficiales de pericia y otros -- participantes como los testigos.

Ahora bien, dado que en el proceso penal se ventila, asimismo, la relación de resarcimiento del daño privado exigible a personas diversas del inculcado, surgen como partes en la relación procesal correspondiente, tanto este tercero como el ofendido ó la víctima que reclama la reparación.

De lo hasta aquí anotado podemos decir que el proceso según lo antes dicho por el ilustre maestro Díaz de León y que nos parece la definición acertada es el todo y el procedimiento -- son las etapas de que consta, o sea, es una parte del proceso por lo que respecta a la averiguación previa no nos adentramos lo suficiente ya que más adelante se verá con más amplitud.

Para completar lo antes dicho podemos señalar que en el proceso penal intervienen diversas partes a saber; el juzgador -- quien es el que va a dirimir la controversia planteada, va --

liándose de lo prevenido por la legislación previamente establecida para ese fin. Así mismo también participa como parte formal en el proceso el Ministerio Público como órgano acusador y como representante del Estado y de los individuos que han sido vulnerados en sus intereses particulares, es el llamado Representante Social y por otra parte está el inculpado y al lado de él está el defensor que velará porque se cumpla con lo establecido por nuestra Constitución respecto del proceso en el que se ve inmiscuído por haber cometido un delito que las leyes los sancionen.

De igual forma vemos también cómo participantes en el proceso penal a los órganos auxiliares como son los que ya se hizo referencia anteriormente y que en conjunto con las partes formales nos dan una visión completa del proceso penal y su esencia dentro de nuestra vida jurídica mexicana.

I.- ETAPAS DEL PROCESO PENAL.

Una vez que hemos visto que proceso y procedimiento no son términos iguales como el Código Federal de Procedimientos Penales antiguo, señalaba y en base a los comentarios hechos por el Lic. Díaz de León para poder diferenciarlos nos dispondremos a desglosar y a comentar el artículo 1º. del citado Código pero ya reformado en donde se refiere a que:

ARTICULO 1º.- "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 pueda resolver si ejercita o no la acción penal;
- II.- El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, 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 peculiares

del inculpado así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de este.

- IV.- El de primera instancia, durante el cual - el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, y este valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva;
- V.- El de segunda instancia ante el tribunal - de apelación, en que se efectuarán 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, y
- VII.- ...” (4)

Respecto a la fracción primera del artículo citado, se puntualiza que la averiguación previa no es parte del proceso penal, y esto es irrefutable, dado que aquélla, además de no tener la misma teología de este (que es la de resolver, mediante fallo definitivo que adquiera la calidad de cosa juzgada, la pretensión punitiva sometida a su decisión), carece de jurisdicción y de los órganos de este poder. Partiendo -- de que todo procedimiento es un conjunto de actos jurídico-adjetivos concatenados entre sí por el objetivo común de obtener ó llegar a un fin determinado por la ley, la averiguación previa, entiéndase bien, es un procedimiento que se dá

(4).- Código Federal de Procedimientos Penales. 1989. Título - preliminar.

antes del proceso y, por lo tanto fuera de éste; sus finalidades son; primero que se indague sobre la notitia criminis, a fin de probar la existencia del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad del acusado, que constituye la función investigadora del Ministerio Público Federal, para que después se determine la pertinencia o no de ejercitar la acción penal, que constituye a su vez la función acusadora del referido representante social federal.

Por lo que respecta a la Fracción II del Artículo que se comenta, es de hacerse notar que es la etapa en la cual propiamente inicia el proceso, ya que consta de todas aquellas actuaciones tendientes a comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado y poder ejercitar la acción penal correspondiente; ó bien en su caso proceder a decretar la libertad del mismo por falta de elementos para procesar.

La fracción tercera del artículo que se comenta, indica que este procedimiento presupone al procesado y su participación, así como que la instrucción empieza con los autos de formalización ó de sujeción a proceso, pues, obviamente, sólo a partir de estos se concibe averiguar y probar la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculpados. La instrucción, que recibe este nombre porque aquí se instruye al juez al -- llegar al conocimiento de los hechos y de las pruebas, concluye con la resolución que la declare cerrada como lo ordenan los artículos 150, 152 y 152 bis. del mismo ordenamiento procesal penal, según se trate de proceso ordinario, sumario ó sumarísimo.

La fracción cuarta alude a nuestro sistema de acusación penal, que se traduce en la facultad que tiene el Ministerio Público de fijar en sus conclusiones, el delito a virtud del cual el juez tendrá que juzgar; esto que ya lo analizamos en las funciones del Ministerio Público y dimos nuestra opinión más ampliamente, no coincidiendo con algunos tratadistas y con lo preceptuado por el Código que se comenta en virtud del momento de acusar por parte del citado representante social.

Por un error el legislador denominó primera instancia al procedimiento que se comenta ya que éste no solo abarca las conclusiones del Ministerio Público y de la defensa sino todos los actos que se llevan a cabo desde la consignación hasta la sentencia definitiva.

La fracción quinta menciona, ahora sí correctamente, a la segunda instancia, como prolongación del proceso a fin de resolver la apelación contra sentencia de primera instancia.

La fracción sexta hace referencia a la ejecución de sentencias con cargo al Poder Ejecutivo, como lo señala el artículo 529 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Aún cuando en la Ley del fuero Común no existe norma idéntica con el artículo antes comentado, de la interpretación de diversos preceptos es posible deducir que en la Ciudad de México se presentan las mismas etapas ó periodos procesales.

Toda vez que hemos hecho referencia al Código Federal de Procedimientos Penales para distinguir las etapas del proceso penal y dado que se puede prestar a confusión, ciertas etapas citaremos lo señalado por el ilustre catedrático Sergio García Ramírez así como a Victoria Adato de Ibarra que en su libro "Prontuario del Proceso Penal Mexicano", señalan como fases del procedimiento las siguientes:

A).- Averiguación Previa, para los antes citados, esta fase inicia con la noticia criminal, esto es con la denuncia o querrela y en donde el M.P. comportado como autoridad investiga los hechos constitutivos de un delito y una vez hecho esto puede o nó ejercitar la acción penal correspondiente: una vez que se encuentra comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del acusado.

B).- Instrucción, es la primera etapa del proceso penal, se desarrolla al igual que las restantes, ante el órgano jurisdiccional. Se inicia con el auto de radicación, declaración preparatoria, auto de término constitucional, audiencia de ley hasta el auto en que se declara cerrada la instrucción y se prepara el juicio.

C).- Juicio.- Concluida la instrucción y en vísperas del juicio mismo se plantean los actos preparatorios. Entre ellos destacan las conclusiones de las partes. Piña y Palacios sostiene que las conclusiones en el "acto al través del cual las partes analizan los elementos recabados en la instrucción y, con apoyo en ellos, fijan sus respectivas situaciones con respecto al debate que habrá de plantearse". (5)

La etapa de juicio, central dentro del proceso penal, se concreta en la audiencia y sentencia, con la que se pone fin a la instancia.

D).- Sentencia.- Por medio de la sentencia se pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión principal y una vez emitida esta se torna ejecutable e impugnabile". (6)

De lo hasta aquí mencionado podemos decir que hay varias etapas dentro del proceso penal mexicano, como son la instrucción, el juicio y la sentencia; no mencionó a la averiguación previa ya que como se analizó en líneas anteriores ésta no es una etapa sino un procedimiento que lleva a cabo el --

(5).-Citado por Sergio García Ramírez y Victoria Adato de -- Ibarra en su obra "Prontuario del Proceso Penal Mexicano" pág. 11

(6).-Ob. Cit. pág. 7-13

Ministerio Público como órgano investigador y que termina -- con la consignación y es ahí donde empieza el proceso penal. Este procedimiento no se abarcó en su totalidad en ésta parte, ya que el tema central de este estudio por lo cual más adelante se verá con mayor detenimiento.

11.- AVERIGUACION PREVIA.

CONCEPTO.

Como fase del procedimiento penal, a la averiguación previa se le define en varias formas, y al efecto el Lic. César Augusto Osorio y Nieto establece: "Puede definirse a la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual - el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal". (7)

Al respecto Colfn Sánchez nos dice: "Que la averiguación previa es la etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan establecer si ejercita la acción penal debiéndose integrar para esos fines el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad penal". - (8)

Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra, nos dicen: "Que la averiguación previa, especie de instrucción administrativa, procura el esclarecimiento de los hechos -corpus --

- (7).-Osorio y Nieto César Augusto.-"La Averiguación Previa", Editorial Porrúa S.A., 2a. Ed. México 1984, pág. 17
- (8).-Colfn Sánchez Guillermo.-"Derecho Mexicano de Procedimientos Penales"; Ed. Porrúa S.A., 3a. Edición México - 1984, pág. 235.

crimínis- y de participación en el delito -probable responsabilidad- se desarrolla ante la autoridad del Ministerio Público, que sólo después será parte procesal, comienza con la noticia del crimen obtenida por la denuncia ó la querrela, y culmina con el ejercicio de la acción penal o la resolución de archivo". (9)

De lo antes mencionado podemos decir que la averiguación previa es la primera etapa dentro del procedimiento penal, llamada también fase preprocesal, en esta etapa el Ministerio Público como jefe de la policía judicial recibirá la denuncia, acusaciones o querrelas de los particulares ó de autoridades, sobre hechos determinados por la ley como delitos, a partir de ese momento nace la actividad investigadora del M.P. y tiene como finalidad optar, en ejercitar o nó la acción penal, ya que para esto debe sustentarse en sólidas bases jurídicas ya que en caso de no ser así, la averiguación previa carente de bases jurídicas, acarrearía graves consecuencias, ya que iría en contra de la persona y la propia libertad del inculpaado, atentando contra las garantías individuales del inculpaado jurídicamente tuteladas.

Siguiendo un orden de ideas diremos que una vez conociendo el concepto de averiguación previa aunque en forma somera el titular de la misma como ya se mencionó es el Ministerio Público y tal afirmación se desprende de lo establecido en -

(9).- García Ramírez Sergio, Adato de Ibarra Victoria. "Procedimiento del Proceso Penal Mexicano". Ed. Porrúa S.A., 3a. Edición 1984. pág. 22.

el artículo 21 Constitucional, que contiene la atribución -- del Ministerio Público de averiguar, de investigar, de perseguir los delitos, evidentemente si el Ministerio Público tiene la atribución del orden constitucional de averiguar los delitos y estas atribuciones las lleva a cabo mediante la -- averiguación previa.

Por lo antes dicho es necesario transcribir el artículo 21 - Constitucional que a la letra dice:

"La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumben al Ministerio Público y a la policía judicial; la -- cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de -- aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa ó arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará éste por el arresto correspondiente, que -- no excederá en ningún caso de quince días.

Si el infractor fuere jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor al importe de su jornal o -- sueldo en una semana". (10)

Además del apoyo constitucional, disposiciones de ley secundaria atribuyen la titularidad de la averiguación previa al

(10).-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1989.

Ministerio Público, los artículos 3°. fracción I del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, otorga la calidad de titular de la averiguación previa al Ministerio Público, en igual sentido el artículo 1°. fracciones I, II y III de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal confiere tal atribución al Ministerio Público.

La averiguación previa antecede al ejercicio de la acción penal, por lo tanto su producto es el fundamento del Ministerio Público y consecuentemente deben reunirse los requisitos exigidos por los artículos 14 y 16 constitucionales, para que el M.P., esté en aptitud de ejercer la acción penal y así abrir el proceso.

La averiguación previa, generalmente inicia con la noticia del hecho criminal que se comunica al M.P. por medio de una denuncia ó de la querrela. La denuncia es una transmisión de conocimientos sobre la probable existencia de delitos perseguibles de oficio. La querrela asocia a esta participación de conocimientos la expresión de voluntad para que proceda en el caso del delito que sólo es posible perseguir a instancia de un particular legítima para formularla.

Uno y otro son requisitos de procedibilidad.

El Ministerio Público debe acreditar los extremos que le conducirán en su momento, al ejercicio de la acción penal. Así la averiguación previa contempla la comprobación del cuerpo-

del delito y la presunta responsabilidad del inculpado.

La averiguación previa es la primera etapa dentro del procedimiento penal y la lleva a cabo el titular ó sea el Ministerio Público en base a un mandato constitucional; pero también en base al mismo precepto, (21 Constitucional), existen órganos auxiliares a aquél como son los secretarios judiciales, los funcionarios de los servicios periciales, así como la policía judicial que está bajo el mando del Ministerio Público. Los secretarios judiciales tienen a su cargo la documentación del proceso y la dación de fé. Los servicios de pericia, dependen del Tribunal Superior de Justicia, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y el Departamento del Distrito Federal, concurren en la emisión de dictámenes sobre puntos controvertidos cuyos esclarecimientos requieren de la posesión de conocimientos especializados en determinadas artes ciencias o técnicas.

Por lo que respecta a la policía judicial, órgano auxiliar en esta etapa, diremos que: en esta época, "no" representa ya la fuerza en la cual se sustenta el poder y la estabilidad de los gobiernos como en tiempos pasados, sino se considera como una función administrativa, la cual tiene por objeto proteger el orden y bienestar social de todo acto que atente a quebrantarlo, ya sea individual ó colectivamente la policía viene a ser un medio de defensa del Estado para

mantener un orden público contra actos que pretenden lesionarlo.

El Estado atendiendo a los casos distintos en los que va a ejercer la acción policiaca y dado su naturaleza, ha creado dos tipos de función de los cuerpos policíacos: la PREVENTIVA y la PERSECUTORIA.

Por lo que respecta a la policía preventiva, no nos interesa su estudio, sólo diremos que es la que se encarga de prevenir la comisión de hechos delictuosos, es crear un ambiente de orden y seguridad pública.

En cuanto a la policía persecutoria, en este caso la policía judicial, como auxiliar del Ministerio Público estará bajo el mando de éste, es la encargada de perseguir a los delincuentes, y en el presente estudio, la que nos interesa, ya que su intervención nace desde el momento que el Ministerio Público tiene conocimientos de un hecho delictuoso y la policía judicial como auxiliar de este, deberá investigar los delitos, buscar pruebas, presentar a los testigos, ofendidos e inculcados, y además cumplir con las órdenes de comparencia, presentación y aprehensión, etc.

De lo anterior podemos decir que la policía judicial es un órgano encargado para auxiliar en el esclarecimiento de los hechos estimados como delictuosos, pero esto es verdad?. De todos los ciudadanos, es conocido que la policía salvo sus -

honrosas excepciones es un órgano que impone; no confianza, sino miedo, ya sea a la extorsión o al maltrato, puesto que la policía judicial está plagada de gente inculta e impreparada, que sólo busca al entrar a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal ó de la República el intimidar por medio de su credencial "charola" y extorsionar a cuanta gente se le pare enfrente y no cumplir con su verdadera misión.

Entrar a la procuraduría y portar una credencial, son herramientas que el policía judicial, en lugar de cumplir con su obligación de investigar los delitos que se les encomienda y velar por los ciudadanos, cometen arbitrariedades y abusan de su poder, demostrando una vez más que aunque existen disposiciones para ser servidor público, en este caso policía judicial, estas quedan en el olvido como letra muerta, ya -- que nunca se toman en cuenta.

Ahora bien una vez que se expuso, quién es el titular de la averiguación previa, de sus órganos auxiliares, de su fundamento legal y constitucional, haremos un breve recorrido dentro de esta etapa.

Como mencionamos en párrafos anteriores que la averiguación previa se inicia con la notitia criminis esta debe de consistir por parte del Ministerio Público y sus secretarios en la documentación correspondiente; esto es las actas de averiguación previa, las cuales deben de contener todas y cada una -

de las actividades desarrolladas por el Ministerio Público y sus auxiliares, siguiendo una estructura sistemática y coherente, atendiendo una secuencia cronológica, precisa y ordenada, observando en cada caso concreto las disposiciones legales correspondientes.

Constará en la citada acta la denuncia ó querrela del ofendido, sus declaraciones y las de sus testigos. Los peritajes de los especialistas en cada materia, las inspecciones judiciales realizadas por el órgano investigador, las razones asentadas por los secretarios cuando haya motivo para ello, fe ministeriales y demás pruebas que el Ministerio Público en función de órgano investigador realiza para comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad y poder ejercitar acción penal en un momento dado.

De lo hasta aquí asentado, podemos decir que las diligencias practicadas por el Ministerio Público en esta etapa, tienen verdadero valor probatorio tan es así, que no es necesario repetirlas ante el juez del conocimiento, quien en la mayoría de los casos se basa para resolver la situación del inculpado dentro del término que señala nuestra Constitución en su artículo 19 que a la letra dice: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán.." (11).

Atendiendo lo asentado podemos decir que la averiguación pre

(11). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1989.

via que termina con el ejercicio de la acción penal, con reserva o con archivo, términos que ya se han analizado; es la fase fundamental para el buen desarrollo del proceso, y si las actuaciones realizadas en esta etapa, el juez las valoriza adecuadamente para resolver la situación del inculpado -- dentro del término legal para ello, adquieren el pleno valor probatorio que el Ministerio Público utiliza como medio para comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado y poder ejecutar la acción penal correspondiente.

III.- TIEMPO DENTRO DEL CUAL DEBERA INTEGRARSE LA AVERIGUACION PREVIA.

Es un hecho que el Ministerio Público, al través de la policía é incluso tratándose de delitos flagrantes de los particulares efectúa detenciones dentro del período de la averiguación previa, que en muchas ocasiones constituyen verdaderas privaciones de libertad por prolongarse durante varios días y en caso de la policía hasta por semanas enteras, con la consiguiente zozobra de los detenidos y la angustia mayor de sus familiares, provocando un pánico real en la ciudadanía hacia las instituciones encargadas de velar por su seguridad.

El artículo 16 Constitucional contiene las bases para efectuar detenciones sin necesidad de orden judicial; tratándose de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata; y en los casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, cuando podrá la autoridad administrativa bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

El artículo 266 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece que el Ministerio Público y la policía judicial están obligados, sin esperar orden judicial a proceder a la detención de los responsables de un delito - en los dos únicos casos que reglamenta la Constitución. De igual forma se encuentra establecido en el Código Procesal Penal Federal.

El texto constitucional debe ser reformado (artículo 16), para que quede claramente especificado que en los casos en que la autoridad administrativa detenga a alguna persona, la ponga a disposición del Ministerio Público inmediatamente, además de que se consignen concretamente las limitaciones y alcances en que la autoridad administrativa pueda capturar a un inculpado.

Por otra parte, si es el Ministerio Público quien ordena la detención de los delincuentes en los casos de flagrante delito y de notoria urgencia, por las peculiaridades de la detención se infiere que el delito, o bien estaría resplandecido, o bien que hubiere pasado algún tiempo de su perpetración, pero que la averiguación previa, en ese caso concreto, apenas iniciará y de acuerdo con el texto constitucional que indica que al realizarse la detención del acusado debe de ponerse a disposición de la autoridad judicial "inmediatamente", y siendo que este concepto "inmediatamente" constituye un adverbio que excluye todo término, pues denota que tan pronto como se practique la detención, se consigne al acusado a la autoridad judicial, esta situación en la práctica, -

es materialmente imposible de realizarse, pues el Ministerio Público debe de allegarse de todos los elementos necesarios para comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculgado y poder ejercitar la acción penal y asegurar en el auto su formal prisión.

De lo anterior podemos decir que es necesario que el Ministerio Público cuente con un lapso de tiempo ideal para poder cumplir con su función investigadora ya que no rige el vocablo "inmediatamente" que señala el texto constitucional.

Una vez dicho lo anterior y toda vez que la averiguación previa es la primera etapa del procedimiento penal en la que el Ministerio Público, como autoridad administrativa, investiga los hechos delictuosos que a través de la denuncia ó querrela han llegado al conocimiento del mismo; para este objeto y con auxilio de la policía judicial y demás auxiliares, desempeña una serie de actividades tendientes para comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad y concluye con el ejercicio de la acción penal, con archivo ó con reserva.

Para que el Ministerio Público ejercite la acción penal necesita preparar su ejercicio, esto es reuniendo todos los elementos probatorios que se relacionen con el delito.

Durante esta etapa de averiguación previa el representante social debe ser muy cuidadoso en cuanto a que se va a inves-

tigar, los objetos que revisará, las inspecciones que llevará a cabo, etc., es toda una serie de actividades de suma -- importancia ya que además de investigar los hechos delictivos el M.P., tendrá que analizar las actuaciones, razonando cuidadosamente los hechos para determinar si se cumplen los elementos que señala el correspondiente tipo penal y su presunta responsabilidad.

Toda vez que se ha dado una ligera visión de la laguna que existe respecto del tiempo el cual, el Ministerio Público -- lleve a cabo la averiguación previa y por consecuencia ejercite la acción penal correspondiente, nos proponemos en estas breves líneas comentar algunas posibles modificaciones -- que deberfan hacerse a las disposiciones legales y a nuestra Carta Magna.

Ahora bien, entrando al punto en cuestión ó sea un término -- en el cual el Ministerio Público realice la averiguación previa y pueda ejercitar la acción penal correspondiente, nuestra Carta Magna en su artículo 107 fracción XVIII, aparentemente nos da un plazo al señalar: "También será consignado a la autoridad o agente de ella al que, realizada una aprehensión, no pusiere al detenido a disposición de su juez dentro de las 24 horas siguientes". (12)

Del citado artículo podemos decir que nó nos da un término -- para la averiguación previa ya que el legislador pensó que --

(12).- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1989.

el término de 24 horas era más que nada para poner al detenido a disposición del juez, pero nunca pensó en que ese plazo de 24 horas era el que debería durar la averiguación previa.

No existiendo en el Código Político alguna otra disposición que reglamente el término de la consignación con detenido, es claro que la Carta Magna no previó este.

Por otra parte, las leyes secundarias, como son el Código -- local y federal de procedimientos penales y las leyes orgánicas del Ministerio Público en su unidad tampoco señalan plazo para que el Representante Social determine el ejercicio de la acción penal o se abstenga de su ejercicio.

En resumen, no se encuentra reglamentado el término para que el Ministerio Público realice la averiguación previa, ni teniendo detenido, ni no teniéndolo y el plazo de 24 horas a -- que se refiere la fracción XVIII del artículo 107 Constitucional, sólo obliga a la aprehensión, en cuanto dice que la aprehensora está obligada a poner a disposición de su juez -- al detenido en contra de quien se ha girado orden de captura.

Al establecerse en el artículo 21 de Nuestra Carta Magna el monopolio y de la persecución de los delitos en manos del Ministerio Público y de la Policía Judicial, encontrándose ésta bajo el mando de aquél y siendo evidente que la función -- persecutoria entraña la función investigadora, el aludido --

precepto constituye la base constitucional de la averiguación previa.

El Ministerio Público está facultado constitucionalmente para realizar detenciones en la averiguación previa sin necesidad de orden judicial en los casos ya anotados, pero no existe término durante el cual puede tener en su poder a los detenidos, no siendo aplicable a tal autoridad el adverbio "inmediatamente" y el concepto "sin demora", a que se refiere el artículo 16 Constitucional, ni el plazo de 24 horas a que se contrae el párrafo tercero del artículo 107 de la misma constitución.

En virtud de que ni en la Constitución, ni en las leyes respectivas establecen un término de duración de la averiguación previa se propone incluir en el texto constitucional lo siguiente: "El Ministerio Público dispondrá de un término de 72 horas, dentro de la averiguación previa, para consignar ante los tribunales a los detenidos ó para ponerlos en libertad, según el caso. Tratándose de averiguaciones sin detenido, la duración de estas será de 4 meses"; ya que tampoco por estar en prisión una persona se puede pasar demasiado tiempo en resolversele su situación, esto porque en la práctica cotidiana de los juzgados, podemos ver que hay asuntos que tardan mucho tiempo e inclusive prescriben porque como hay demasiados, no se les puede dar la atención adecuada y por lo tanto se encuentran solamente ocupando un lugar en el

juzgado y el individuo en zozobra acerca de su situación.

Tratándose de aprehensiones por flagrante delito se propone que se incluya en el texto constitucional del artículo 16, - que en dichos casos se ponga al detenido a disposición del - Ministerio Público, o a falta de éste, de la autoridad administrativa inmediata, sustituyéndose el concepto "sin demora" por un plazo necesario para hacer llegar a las autoridades - administrativas al detenido, tomando en cuenta las distan - cias respectivas, debiendo reglamentar las leyes dicho térmi - no en razón directa de esas distancias.

Se propone se reforme el artículo 107 Constitucional en su - fracción XVIII, párrafo tercero, a fin de que quede perfecta - mente claro que el término de 24 horas para poner al deteni - do a disposición de su juez, corresponde únicamente a los -- agentes de la autoridad y no al Ministerio Público, para des - pejar completamente la confusión de ambos en este aspecto.

IV.- INTERVENCION DE LA DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA

Para poder tratar este punto empezaremos por decir el momento para la designación de defensor; es en base a lo preceptuado por la fracción IX del artículo 20 Constitucional y que en forma explícita dice: "...desde el momento en que sea aprehendido.."(13).

Aquí nos interesa saber si se puede nombrar defensor en la averiguación previa por parte del acusado y si puede actuar en esta etapa el defensor.

En base a lo anterior Colfn Sánchez nos dice: "...no existe impedimento legal para designar defensor desde la averiguación previa ante el Ministerio Público, cualquier oposición es improcedente.." (14)

Desde un punto de vista amplísimo, puede sostenerse que "la actividad de la defensa puede cumplirse desde el comienzo -- del procedimiento, desde la existencia de imputación en contra del inculcado, hasta la finalización del mismo, comprendiendo incluso la etapa ejecutiva, cuando ya es condenado -- aquél.." (15)

(13).- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

(14).- Op. Cit., pág. 187.

(15).- Cfr. Clarfa Olmedo, Jorge A.; Op.cit.pág.420 y sigs.

De este modo resultan comprensibles las siguientes aceveraciones y disposiciones: "...El defensor, durante los perfiles de averiguación previa... ó instrucción tiene derecho a: presentar peticiones, pedir la libertad del acusado (INCLUPADO), solicitar su libertad caucional, ofrecer y rendir pruebas... a enterarse de las actuaciones..." (16)

Por lo que respecta a la legislación vigente el Código Federal de Procedimientos Penales nos dice en su artículo 128.-- "...Cuando el inculcado fuere aprehendido, detenido ó se presente voluntariamente, se procederá de inmediato de la siguiente manera: ...b).- El de designar sin demora persona de su confianza para que lo defienda ó auxilie, quien tendrá derecho a conocer la naturaleza y causa de la acusación... - IV.- El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido ó su defensor aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de esta..." (17)

De igual forma el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 269 nos dice: "Cuando el inculcado, fuere aprehendido, detenido ó se presentare voluntariamente, se procederá de inmediato de la siguiente manera: ...b).- El de designar sin demora persona de su confianza para que lo defienda o auxilie, quien tendrá derecho a conocer la naturaleza y causa de la acusación..." (18).

(16).- Borja Osorno, Guillermo; op.cit. pág. 199.

(17).- Código Federal de Procedimientos Penales; reformas -- publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 5 de enero de 1991.

(18).- Op. cit. D.O.F. 5 de enero de 1991.

Así mismo el artículo 270 del mismo ordenamiento establece - la intervención de la defensa en la averiguación previa al - decir: "Antes de trasladar al presunto responsable a la cárcel preventiva, se le tomarán sus generales y se le identificará debidamente: El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido y su defensor aporten dentro de la averiguación previa.." (19)

De lo expuesto, se desprende que el defensor puede ser designado desde el momento en que el inculcado es aprehendido y - que las disposiciones en comento contemplan la intervención del defensor desde la averiguación previa.

Respecto a la intervención del defensor en la averiguación - previa, Angel Martínez Pineda considera que el defensor puede participar, en el procedimiento penal, desde el momento - en que alguna persona se encuentre detenida; sin embargo señala como inconveniente de la omnipotencia del Ministerio -- Público el hecho de que esa persona no se le permita su intervención porque resulta algo inusitado nombrar en las delegaciones, aunque para ello se arguya que la Constitución dá derecho a nombrar defensor, pero este puede desempeñar su -- cargo exclusivamente en el juicio, por tratarse de una incorrecta interpretación de la parte final de la citada fracción IX (artículo 20 Constitucional); concluye que, afortunadamente, la Constitución admite la defensa desde el momento-

(19).- Op. Cit. D.O.F. 5 de enero de 1991.

en que alguien es detenido. (20)

Corroborando lo anterior citaremos por último lo preceptuado por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 134-Bis que nos dice "...Los detenidos, desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado ó persona de su confianza que se encargue de su defensa..."(21)

Al defensor nombrado debe hacérsele saber la designación recaída en su favor, y en caso de aceptar el nombramiento deberá protestar su desempeño ante el Agente del Ministerio Público, quien lo hará constar en actuaciones; principiando -- así la vigencia de los actos de defensa y a partir de este momento está obligado el defensor a cumplir con las obligaciones inherentes a su función.

Enseguida y con base en lo anterior, expongo los formatos -- que se elaboran en las actuaciones de la averiguación previa:

"RAZON.- En la misma fecha y siendo las....horas, el personal que actúa HACE CONSTAR que se le hace saber al inculpado el derecho que tiene de nombrar defensor en la presente averiguación previa, al tenor del artículo 134-Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en vigor, manifestando que nombra como su defensor al Licenciado... ó al señor..., quien se encuentra en esta oficina y solicita se le tome su declaracion _ _ _ _ _ CONSTE. "

(20).- Angel Martínez Pineda, Cfr. Estructura y Valoración de la acción penal; Ed. Azteca, S.A. 1a. Edición, 1965.- págs. 130 y siguientes.

(21).- Op. Cit. C.P.P.D.F.

"COMPARESENCIA DEL DEFENSOR.- En la misma fecha y siendo las ...horas, presente en esta oficina el que en su estado normal dice llamarse... quien protestado que es en términos de ley para que diga la verdad en las diligencias en que ha de intervenir y advertido (en caso de no ser abogado) de las penas en que incurrirán los que declaran con falsedad, por sus generales manifestó: ... y en relación a los presentes hechos - - - - DECLARO.- Que comparece en esta oficina en forma voluntaria y enterado del nombramiento de defensor hecho a su cargo por el señor..., quien se encuentra en esta agencia investigadora como presunto responsable del delito de... relacionado en la averiguación previa número..., al respecto manifiesta: que acepta el cargo y protesta su fiel y legal cumplimiento, firmando al margen para constancia.- - - - -

En base a lo anterior; Guillermo Colfn Sánchez afirma: - - - "..." para que los actos de la defensa principien a tener vigencia es indispensable que el defensor acepte el nombramiento, de tal manera que, deberá hacerlo ante el órgano o autoridad correspondiente, tan pronto como se dé a conocer su designación, y para que surta sus efectos legales, constará en actuaciones...", agregando que a partir de ese momento, el defensor está obligado a cumplir con las obligaciones inherentes a su función. (22)

Por su parte, Juan José González Bustamante apunta que el -- defensor, debe hacérsele saber la designación recaída en su persona para que exprese si acepta el cargo y ante autoridad

(22).-Cfr."Derecho de Procedimientos Penales"; pág.187 y sig.

judicial proteste su desempeño. (23)

Así mismo podemos decir que el inculpado goza de la facultad de revocar el nombramiento de defensor y nombrar otro, en -- cualquier momento (véase por ejemplo el contenido del artículo 517, fracción IV del Código de Procedimientos Penales del Estado de Jalisco); esto nos lleva a pensar que el inculpado nunca debe de estar solo, pues si él no lo nombra, se lo nombrará el Ministerio Público o el juez.

Analizando todo lo antes expuesto, nos damos cuenta de que -- en la práctica actual no se cumple en su totalidad con las -- formalidades exigidas por la ley, en razón de lo siguiente:

Cuando el inculpado no nombra defensor, o nombra persona que no sea abogado, mejor dicho sin título, el Agente del Ministerio Público deberá nombrarle un defensor con título, cosa que no sucede, ya que los defensores de oficio no cubren todas las agencias investigadoras, ni tampoco las 24.00 horas; pero en caso de encontrarse regulamente se trata de pasantes en Derecho el cual cubre un horario de cuatro horas diarias, cumpliendo así sólo con un requisito escolar, pero sin un espíritu de ayuda para el inculpado. Si a esto aunamos su inexperiencia, difícilmente podrá saber si el Ministerio Público cumple con los requisitos que marca la ley.

(23).- Cfr. Op. Cit.; pág. 94.

En cuanto a sus funciones son limitadísimas, como ya lo hemos comentado, pero considero que su función principal es la de ser vigilante de los actos del Ministerio Público (ya que no puede hablar con el inculcado sino hasta después de haber rendido su declaración, pero podrá encontrarse presente en el momento que la rinda sin poder intervenir en la misma).

Ahora bien, existen posiciones que van en contra de la designación de defensor en la averiguación previa y su intervención en esta fase, entre ellas tenemos la del maestro Arilla Bas Fernando, que dice: "La actividad de la defensa es provocada por el ejercicio de la acción penal, sin acusación, no cabe defensa, la intervención del defensor, en el período de la preparación de dicha acción, es decir, durante la averiguación previa, resulta procesalmente ATECNICA". (24)

Posición también citada por los maestros Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra, en su obra Prontuario del Procedimiento Penal Mexicano, página 115.

Al contrario de lo señalado por estos autores tenemos lo preceptuado por el artículo 134 bis, en el cual en su último párrafo señala que "Los detenidos desde el momento de su aprehensión podrán nombrar abogado ó personas de su confianza -- que se encargue de su defensa".

Lo antes señalado nos hace plantearnos las siguientes interrogantes: ¿El defensor en la averiguación previa va a inter-

(24).--Arilla Bas Fernando, El Procedimiento Penal Mexicano.-- Ed. Kratos, 10a. Edición, México 1986, pág. 75.

venir? y ¿puede ofrecer pruebas y quién las valorará?

Una vez analizado el anterior precepto y las reformas que se sucedieron en el presente año podemos decir que ya se encuentra plasmado la intervención del defensor desde la averiguación previa, así como ofrecer las pruebas pertinentes, pruebas que el Ministerio Público analizará y valorará, con lo cual pienso que se rompería la división de poderes existente puesto que el Ministerio Público tendrá facultades de decisión.

En mi opinión el Ministerio Público de conformidad con las facultades conferidas por el artículo 21 y 102 Constitucionales, no posee la decisión, reservándose entre otras las de reunir elementos que permitan establecer presuntivamente el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, y si la costumbre procesal nos ha permitido ver con naturalidad que el M.P. resuelve, si una persona es culpable o no, al consignar lo o dejarlo en libertad, no quiere decir que tenga esas facultades ya que se debe concretar a reunir elementos y cuando a su criterio no se den los extremos del artículo 16 Constitucional no ejercerá la acción penal.

Las reformas aunque elaboradas de buena fé, cuando se realiza por personas que no conocen el medio en que las mismas se van a aplicar, no pueden concebirlas en su justa medida, se debe pensar que en las agencias investigadoras no siempre se cuenta con el personal adecuado tanto por sus conocimien-

tos, como por su honestidad, por ello es necesario corregir el campo donde se va a efectuar y después establecer adiciones y reformas.

Respecto a las posiciones en las cuales no se considera que el defensor intervenga en favor del inculpado, me permito señalar lo siguiente:

Respetando lo dicho por los maestros antes referidos que consideran ATECNICO permitir la intervención del defensor en la averiguación previa, consideramos que sería más violatorio de garantías no permitirle al inculpado ofrecer pruebas para probar su inocencia y encontrándose detenido él, el único medio de ofrecer pruebas es por medio de su defensor, ahora bien es cierto que el Ministerio Público no tiene facultades de decidir, ni de valorar las pruebas que le aporten, lo es también muy cierto que dichas pruebas que aporte el inculpado en esta etapa investigadora será base importante para obtener su libertad al resolver su situación jurídica el juez correspondiente, ya que como menciona el artículo 19 Constitucional en relación al término que tendrá el juez para resolver la situación del inculpado en el auto de término constitucional, lapso en el cual valorará las pruebas que se le aporten en las diligencias de indagatoria ó averiguación previa.

Es muy usual en la práctica que una vez consignada la averiguación previa al juez correspondiente, éste al momento de -

resolver su situación jurídica se atreva a decir: "QUE EL ACUSADO O INculpADO NO APORTO MEDIOS DE PRUEBA SUFICIENTES PARA HACER CREIBLE SU DICHO", esto resulta irrisorio si durante la averiguación previa no se le permite al inculpado por medio de su defensor ofrecer las pruebas necesarias para acreditar su dicho.

Por lo anterior queremos demostrar que toda vez que nuestra Carta Magna consagra el derecho del inculpado para que éste nombre defensor al momento de ser detenido y que se encargue de su defensa, de que esté presente en todas las actuaciones que se lleven a cabo por parte del Ministerio Público y que si no está presente el defensor, estas carecerán de valor, que es importante la intervención del defensor desde la etapa de la averiguación previa.

Por lo tanto si ya está consagrado y con las nuevas reformas se ha reafirmado más ese derecho por parte del inculpado y de esa obligación por parte del órgano jurisdiccional, sólo pugnamos en este breve estudio que se le dé el verdadero valor jurídico a la intervención del defensor en la averiguación previa ya que de esa intervención y de esa aportación de pruebas por consiguiente, el inculpado gozará de una verdadera impartición de justicia ya que con esto se evitaría esa costumbre de violar hasta los más elementales derechos del individuo que por determinada circunstancia tuvo que delinquir. Por lo tanto el defensor estará presente y actuará

para que el Ministerio Público cumpla con lo preceptuado por la ley.

Ahora bien, nuestra postura se vé apoyada por lo asentado -- por el artículo 125, en el ámbito federal y que señala "Cuando el inculpado fuere aprehendido, detenido o se presentare voluntariamente, se procederá de inmediato de la siguiente manera:

... b).- El de designar sin demora persona de su confianza para que lo defienda ó auxilie..."

Por lo que respecta al ámbito local nos basamos en el artículo 134 bis, párrafo final, al decir éste: Los detenidos, desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado ó -- personas de su confianza que se encarguen de su defensa..."

Así mismo tenemos el artículo 269, que en idéntica forma señala lo marcado por el artículo 125 del Código Federal de -- Procedimientos Penales.

Artículos en donde el legislador al reformarlos no sólo trató de innovar, sino adaptar la ley procesal a las necesidades y cambios de la sociedad y más que nada tratando de evitar -- que se violen las garantías individuales del inculpado que -- le otorga nuestra Constitución.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Del análisis histórico del derecho de defensa, se desprende que originariamente existió, en forma exclusiva -- la autodefensa; con posterioridad, surgió la asistencia jurídica ajena, a través de las figuras del "patronus" y del "advocatus".

SEGUNDA.- Las características que presenta el derecho de defensa están condicionadas históricamente por el sistema procedimental que se adopte. De este modo, en el sistema acusatorio, el derecho de defensa es flexible y amplio; mientras que dentro del sistema inquisitorio, este derecho desaparece ó es reducido a su mínima expresión, como consecuencia de -- que el acusado pierde su calidad de parte, convirtiéndose en un objeto del proceso.

TERCERA.- La defensa consiste en la actividad desplegada por el inculpado (autodefensa) y/o su defensor (defensa técnica) con la finalidad de contrarrestar la acción penal y resistir la pretensión punitiva estatal; constituye, así, la reacción que se produce frente a la actividad persecutoria y acusatoria.

CUARTA.- La defensa es una garantía de seguridad jurídica, -- esta garantía Constitucional al ser reglamentada por las leyes resalta las características que la identifican; tales --

como:

- a).- La defensa es un derecho del inculpado, que fundamenta la defensa material, permitiendo al imputado conocer a plenitud el hecho delictuoso, dejando a su titular (inculpado) en libertad, para desenvolverse de acuerdo a sus intereses.
- b).- La defensa constituye una doble obligación interrelacionada; la primera dá vida a la defensa formal de la que es titular el defensor que por seguir -- los lineamientos jurídicos vincula irremediabilmente a la ejecución de lo establecido en la ley. También constituye obligación para el órgano jurisdiccional, traducida en la inviolabilidad de la defensa en todo momento y para ello se le obliga a observar el exacto cumplimiento de las funciones reservadas tanto a la defensa material como a la formal.

QUINTA.- La defensa como garantía constitucional se basa en lo preceptuado por el artículo 20 en su fracción IX, ahí se señala que el inculpado puede nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido o defenderse por sí mismo, de lo aquí marcado se debe interpretar en el sentido de que puede nombrar defensor desde la etapa de averiguación previa.

SEXTA.- Partiendo de lo anterior los Códigos local y federal de procedimientos penales en la última reforma publicada en

el Diario Oficial de la Federación el día 8 de enero de 1991 reafirma lo señalado por nuestra Carta Magna y concede mayores derechos al defensor. Reformas aunque elaboradas de buena fé cuando se realiza por personas que no conocen el medio en que las mismas se van realizando, no pueden concebirlas en su justa medida, se debe pensar que en las agencias investigadoras no siempre se cuenta con el personal adecuado tanto por sus conocimientos, como por su honestidad, por ello es necesario primeramente corregir el campo donde se va a efectuar y después establecer adiciones.

SEPTIMA.- Proponemos se modifique el artículo 20 Constitucional para evitar errores de interpretación en cuanto a quien ordena la detención del individuo. La modificación podría contemplarse de la siguiente forma:

ARTICULO 20.- "...IX.- El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, comprendiendo inclusive para los efectos de este artículo, desde la detención ordenada por el Ministerio Público y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos de la averiguación previa y posteriormente en el juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite".

OCTAVA.- La persecución de los delinquentes incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo el mando inmediato de aquél, de tal precepto inferimos que -

teniendo el Ministerio Público la función de perseguir los delinquentes, así como se encargará de buscar y reunir los elementos necesarios, para procurar la aplicación de la justicia al caso concreto (Artículo 21 Constitucional).

NOVENA.- La Institución del Ministerio Público y los Agentes de la Policía Judicial de una manera real y expresa deben de respetar el derecho de defensa y que se garantice éste desde el momento en que sea detenido para que lo más pronto posible se resuelva su situación jurídica.

DECIMA.- El defensor será la persona que tenga a su cargo la defensa de otros u otras personas y desde el momento de aceptar el cargo conferido, deberá poner sus conocimientos profesionales al servicio de su defendido, empleando todos los medios lícitos para el mejor resultado de sus funciones.

DECIMA PRIMERA.- Por lo que respecta al defensor, podemos decir que actúa con el inculcado, en la defensa de éste, cuando aquél es letrado, participa como un asesor técnico del mismo, significa indirectamente un elemento de equilibrio en la relación jurídico-procesal y preprocesal, frente a la "omnipotencia" del Ministerio Público; integra, además, con personalidad y capacidad procesal propias, un elemento de la defensa, como aspecto formal ó técnico, ello le da una connotación sui generis, pues sin tener interés propio, tutela los del inculcado, como un sujeto procesal principal, que siempre forma parte de la relación jurídica-adjetiva.

DECIMA SEGUNDA.- La Defensoría de Oficio es una institución pública, obligatoria y gratuita, cuyo objeto consiste en proporcionar la defensa necesaria en materia penal, a quienes la necesiten o a aquéllos, que por cualquier motivo no desig-
nen defensor particular.

DECIMA TERCERA.- La averiguación previa es un procedimiento durante el cual el Ministerio Público investigador practica todas aquéllas diligencias necesarias para comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad y atendiendo al resultado de sus investigaciones puede optar por ejercitar la acción penal o abstenerse.

DECIMA CUARTA.- La intervención de la defensa en la averiguación previa debe de ser real y con base en las reformas que se suscitaron en el presente año, el defensor es una pieza importante en las averiguaciones y diligencias que desarrolle el M.P. y carecerán de valor si el defensor no se encuentra presente; por lo tanto debe de respetarse tan importante función, para que se garantice la legalidad del proceso.

DECIMA QUINTA.- Ciertamente es que vivimos en un régimen en el que prevalecen las garantías individuales y dentro de las cuales impera la legalidad, la de audiencia, la de libertad y de defensa; pero no debemos restringir esta última tan sólo para un determinado momento procesal, como lo es el proceso, debe ser en todo momento, de ahí que se insista en su ejercicio en la fase de averiguación previa. También lo es, que todo individuo como miembro de la sociedad, debe ser res-

potado, y por lo tanto no debe permanecer incomunicado, no debe ser vejado, maltratado, vilipendiado ni humillado, lo que comúnmente acontece, sobre todo en la averiguación previa. De ahí la necesidad de la intervención del defensor en esta fase, para que vele por la legalidad en el trato del inculcado. El hecho de que el defensor intervenga en la averiguación previa en forma real, esto es ofreciendo pruebas, interviniendo verbalmente traerá como consecuencia una mejor impartición de la justicia, ya que velará porque se cumpla con lo establecido por la ley, dándole seguridad y confianza al inculcado en las instituciones.

DECIMA SEXTA.- La introducción del derecho de defensa en la averiguación previa, es un triunfo del derecho procesal penal, ya que antes de las reformas era palpable la existencia de procedimientos atentatorios a los derechos humanos dentro de la preparación de la acción penal, pero se debe de pugnar para que el Ministerio Público no se enclaustre detrás de su escritorio y de todas las facilidades para que el defensor cumpla con sus funciones y en caso contrario se les castigue con pena corporal y con destitución del cargo.

DECIMA SEPTIMA.- Reformar el artículo 20, Fracción IX, de nuestra Carta Magna, para que en el mismo se aluda en favor a la defensa y su intervención real en la averiguación previa, que además exista en tal período la defensoría de oficio.

DECIMA OCTAVA.- Debe de señalarse un término en la ley, preciso y razonable, para que el Ministerio Público, concluya - la averiguación previa, ya que no se justifica que el incul- pado permanezca indefinidamente a disposición de aquél. To- mando como referencia nuestra carta fundamental, se estima - conveniente que se señale un término de 72 horas para que el Ministerio Público ejercite la acción penal cuando realice - averiguación con detenido. Si la averiguación se hace sin - detenido, podría señalarse un plazo de 4 meses para que ejer- cite acción penal ó archivo.

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

- ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, NICETO.- Derecho Procesal Mexicano, Tomo I Cajica; Puebla, 1976; Séptima -- Edición.
- CASTRO, JUVENTINO V.- Lecciones de Garantías y Amparo; Editorial Porrúa, S.A., Tercera -- Edición, 1981.
- COLIN SANCHEZ, GUILLERMO.- Derecho Mexicano de Procedimientos Penales; Editorial Porrúa, -- S.A., Cuarta Edición, 1977.
- CLARIA OLMEDO, JORGE A.- Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IV, Actividad Procesal, Editorial Ediar; Buenos Aires, 1964.
- FIX ZAMUDIO, HECTOR y OVALLE FABELA, JOSE.- "Derecho Procesal", de la serie -- Introducción al Derecho Mexicano, UNAM. 1981.
- FRANCO SODI, CARLOS.- El Procedimiento Penal Mexicano; Editorial Porrúa, S.A., Cuarta -- Edición, 1957.
- GARCIA RAMIREZ, SERGIO y VICTORIA ADATO DE IBARRA.- Prontuario de Derecho Procesal -- Penal; Editorial Porrúa, S.A.; -- Segunda Edición. 1982.

GONZALEZ BUSTAMANTE.
JUAN JOSE.-

Principios de Derecho Procesal Pe-
nal Mexicano; Editorial Porrúa, -
S.A., Séptima Edición. 1983.

MONSEN, TEODORO.-

Derecho Penal Romano, Editorial -
Temis, Bogotá, 1976.

OSORIO Y NIETO, CESAR
AUGUSTO.-

La Averiguación Previa; Editorial
Porrúa, S.A., Primera Edición, -
1981.

PINA, RAFAEL DE. y JOSE
CASTILLO LARRAÑAGA.

Derecho Procesal Civil, Editorial
Porrúa, S.A., Décimoquinta Edi-
ción, 1982.

VALIANTE, MARIO.-

I Nuovo Processo Penale, Princi-
pi Fondamentali; Milano, Dott. A.
Finfré Editore, 1975.

MARCO ANTONIO DIAZ DE -
LEON.

Código Federal de Procedimientos
Penales Comentado, Editorial Po-
rrúa, S.A., 1989.

Anuario jurídico XII, 1985
Instituto de Investigaciones Jurf-
dicas. UNAM.

Código de Procedimientos Penales-
para el Distrito Federal (Decreto
que entró en vigor el 1° de febre-
ro de 1991, por el cual se refor-
maron diversas disposiciones).

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTA-
DOS UNIDOS MEXICANOS.