

326
Res



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
Seminario de Derecho Penal

"LA GARANTIA DE LA DEFENSA EN
LA AVERIGUACION PREVIA"

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:

MARCO ANTONIO GARCIA LOZANO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

México, D. F.

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES 1993



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.

LA GARANTIA DE DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA

CAPITULO I

EL MINISTERIO PUBLICO

	PAG.
1. EL MINISTERIO PUBLICO EN LA CONSTITUCION DE 1917	1
1.1 EL MINISTERIO PUBLICO COMO AUTORIDAD	6
1.2 LA FUNCION PERSECUTORIA	11
1.3 PRINCIPIOS QUE LA RIGEN	16
a) INICIACION	16
b) OFICIOIDAD	17
c) LEGALIDAD	18
d) FUNDAMENTO LEGAL	19

CAPITULO II

LA AVERIGUACION PREVIA Y LA ACCION PENAL

2. OBJETO Y TERMINO DE LA AVERIGUACION PREVIA	24
2.1 LA ACCION PENAL	37
2.2 CARACTERES Y PRINCIPIOS	44
2.3 CAUSAS EXTINTIVAS	52

CAPITULO III

DEL DEFENSOR

3.	CONCEPTO ETIMOLOGICO Y DOCTRINAL	58
3.1	LA DEFENSA TECNICA Y LA DEFENSA MATERIAL	64
3.2	DEL ARTICULO 134 BIS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES	70
3.3	LA FRACCION IX DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL Y - LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTICULO 5 CONSTITUCIONAL	78
3.4	LA DEFENSORIA DE OFICIO Y LOS PASANTES.	84

CAPITULO IV

	CONCLUSIONES Y BIBLIOGRAFIA	87
--	-----------------------------	----

INTRODUCCION

La garantía de defensa es, sin duda, un signo característico de nuestro derecho procesal moderno, elemento indispensable en la contienda ante el Órgano jurisdiccional así como en la etapa preprocesal llamada Averiguación Previa. Nuestro objetivo de estudio se dirige, esencialmente, a la defensa como garantía constitucional en los términos en que lo prevee la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y demás ordenamientos legales.

Las recientes reformas a la Ley adjetiva en materia Penal para el Distrito Federal al establecer la participación del defensor en la Averiguación Previa implica la consideración de que el Ministerio Público ha desnaturalizado su función social y adquirido matices que cuestionan su actividad dentro del aparato de Justicia Nacional.

La buena fé, característica del Ministerio Público Mexicano, ha sido olvidada tanto en la actividad investigadora como en la persecutoria, de ahí que el espíritu del legislador exige la presencia del defensor como punto de equilibrio en las investigaciones del Representante Social. Otro aspecto que a nuestro juicio reviste relevancia es el que una persona de la confianza del indiciado sea suficiente para cumplir con la garantía de defensa a que se refiere la fracción IX del artículo 20 Constitucional y las consideraciones

que en torno a ello establecer la ley reglamentaria del artículo 5 de la Constitución.

Nuestro guión de contenido hace referencia breve a la figura de Ministerio Público en la Constitución de 1917, su carácter como autoridad, su función persecutoria y los principios que rigen la actividad Ministerial. También es menester involucrarnos en la etapa preprocesal en todo su contexto -- así como a la pretensión punitiva del Estado que hace valer mediante el ejercicio de la acción penal.

Con el objeto de estar en posibilidad de analizar el cumplimiento de la garantía de defensa en la previa averiguación estimamos conveniente referirnos a su concepto, la distinción entre la defensa técnica y la material y en los términos en que lo establece concordante o discordantemente los artículos 134 BIS, 269 fracción II inciso c del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la fracción IX del artículo 20 de nuestra Carta Magna y la Ley reglamentaria del artículo 5 Constitucional en lo que al defensor penal se refiere.

Compartimos la opinión de que el defensor en todo procedimiento penal es signo inconfundible de justicia y de civilización en todo estado de derecho pues el concepto acusación implica indefectiblemente la presencia de la defensa -- ya que uno no puede existir sin el otro, pero nos parece cuestionable hablar de un derecho procesal moderno cuando --

el defensor, de la confianza del indicado, carece de título para ejercer la profesión de Licenciado en Derecho, de tal suerte que sólo se satisface un requisito de forma más no de fondo en el que la garantía de defensa se cumpla cabal y --- eficazmente mediante la capacidad técnica en el manejo de -- la ley.

Luego entonces habremos de concluir en la propuesta de la necesaria reforma al precepto constitucional y a la Ley-- reglamentaria a que hemos hecho referencia, a fin de que la garantía de defensa en la Averiguación Previa y ante el órga no jurisdiccional no sea un simple postulado en perjuicio de cualquier persona.

Paralelo a ello, es conclusión exigir del Ministerio -- Público su conversión a un verdadero Representante Social em peñado en que brille la inocencia del indicado o la responsa bilidad presunta de un inculpado.

CAPITULO I

EL MINISTERIO PUBLICO

1. EL MINISTERIO PUBLICO EN LA CONSTITUCION DE 1917.

Retrospectivamente, antes de la Promulgación de nuestra Carta Magna, los Jueces mexicanos habian sido iguales a los juzgadores de la época Colonial; a ellos se les encargó averiguar los delitos y buscar las pruebas; en todo momento se consideraron autorizados para realizar verdaderos asaltos en contra de los reos para obligarlos a confesar, lo que sin -- duda alguna desnaturaliza las funciones de la adjudicatura.

Desde los tiempos de la inquisición, la historia recuerda los errores que cometieron los jueces al proceder en contra de personas inocentes y en contra de la tranquilidad de las familias sin respetar, en sus investigaciones, las limitaciones que les imponia la Ley. Con la organización del Ministerio Público se evitaron los vicios en el sistema Procesal, restituyó a los Jueces de dignidad, les dio respetabilidad a la Magistratura, y reservó a la Institución del Ministerio Público, de forma exclusiva la persecución de los delitos, la obtención de elementos de prueba a través de los conductos legales sin atentar los principios y garantías que -- hasta hoy concede Nuestra Constitución.

El Ministerio Público con auxilio de la Policía Judicial anula toda posibilidad de que cualquier otra autoridad investigue delito alguno y aprehenda a cualquier persona -- bajo pretexto de considerable sospecha y sin ningún mérito -- más que su criterio particular. Con el nacimiento de la -- Institución del Ministerio Público, la libertad individual queda asegurada bajo el respaldo del artículo 16 Constitucional, pues nadie puede ser detenido sino por orden de autoridad Judicial, la que no podrá expedirse en contravención -- de los requisitos que el mismo artículo señala.

Sin duda, el proyecto a manera de exposición de motivos en relación al artículo 21 Constitucional expresa el desacuerdo con la actividad despótica del poder público, al recaer en la persona de los Jueces el carácter de Investigadores y la facultad para resolver los hechos que investigaban, de tal manera que las garantías individuales de todo procesado eran nulas.

Resultando que el Ejercicio de la acción penal quedó -- reservada para el Ministerio Público, el artículo 21 Constitucional expresa que "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...". Por lo que respecta al Ministerio Público Federal, las bases de organización y funcionamiento quedaron --

asentadas en el artículo 102 Constitucional al expresar que-
"La Ley organizara al Ministerio Público de la Federación, -
cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecu-
tivo, de acuerdo con la Ley respectiva...".

Ante los Tribunales del orden Federal, incumbe al Minis-
terio Público Federal, la persecución de todos los delitos -
así como solicitar las órdenes de aprehensión en contra de -
los inculcados, obtener y presentar las pruebas que acredite
la responsabilidad de éstos; vigilar que los juicios se si-
gan con toda regularidad para que la administración de Justi-
cia sea pronta y expedita; solicitar la aplicación de las --
penas e intervenir en todos los negocios que la Ley determi-
ne.

Podemos observar que el Ministerio Público quedó subs-
tancialmente establecido de acuerdo a las bases siguientes:

a) El Ministerio Público detenta el monopolio del ejer-
cicio de la acción penal.

b) En los términos del pacto Federal, los Estados de -
la República deben sujetarse a las disposiciones Constitucio-
nales, estableciendo en sus respectivas entidades la Institu-
ción del Ministerio Público.

c) No se puede incoar el proceso penal sin la previa--
consignación o ejercicio de la acción penal de su titular, -

el Ministerio Público.

d) Se establece la Policía Judicial como auxiliar del Ministerio Público en la investigación de los delitos, obtención de los medios de prueba y persecución de los responsables.

e) La Policía Judicial está bajo el mando del Ministerio Público.

La actividad del Ministerio Público adquiere el carácter de imprescindible en el drama penal. Durante la etapa preprocesal llamada averiguación previa, el Ministerio Público se desempeña como autoridad y en proceso penal se constituye en parte.¹

En resumen, la manera en que se instituyó el Ministerio Público en México, en opinión del maestro Piña y Palacios, es con los tres siguientes elementos:

Del Francés tomó como característica principal el de unidad e indivisibilidad, ya que cuando actúa lo hace en nombre y representación de la Institución.

De la influencia Española radica en el procedimiento al formular sus conclusiones, por cuanto a que éstas siguen los

1.- Véase a Franco Villa José. El Ministerio Público Federal Porrúa. México, 1985. Págs. 62 y siguientes.

mismos lineamientos formales de un pedimiento del promotor - fiscal ante el Tribunal de la inquisición.

El elemento nacional consiste en que el ejercicio de la acción penal se reserva en forma exclusiva para el Ministerio Público, quien además es el jefe inmediato de la Policía Judicial al dirigir las investigaciones en la etapa preproce-sal.²

2.- Piña y Palacios, Javier. Derecho Procesal Penal. Edit. - Botas. 1948. Págs. 59 y siguientes.

1.1 EL MINISTERIO PÚBLICO COMO AUTORIDAD.

En la fase preprocesal llamada Averiguación Previa, el Ministerio Público actúa como autoridad, "No es un órgano -- que se encargue de impartir Justicia sino un órgano administrativo que vela porque se aplique estrictamente la Ley por aquéllos que tienen la misión de impartir Justicia. Es un -- órgano estatal requirente en el proceso para definir la relación procesal."³

"La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que el Ministerio Público es autoridad -- durante la averiguación previa y parte en el proceso desde que se ejercita la acción penal. También se ha indicado que el carácter de autoridad que tiene el Ministerio Público en la averiguación previa se pone de manifiesto por cuanto sus actuaciones en esta fase tiene valor probatorio."⁴

El Ministerio Público Mexicano constituye un instrumento principal y fundamental del procedimiento, así como en la fase de la averiguación previa, instrucción parajudicial administrativa en la que el Ministerio Público deside ejercitar o abstenerse de la acción penal.⁵

3.- V. Castro, Juventino. El Ministerio Público en México. - Porrúa, 4a. Edición. México 1982. Pág. 21

4.- García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Porrúa. México 1983. Pág. 243.

5.- Idem Pág. 229.

Consideremos que el Ministerio Público desempeña una --
doble posición en el desarrollo del procedimiento; en la --
averiguación previa es una autoridad que investiga y esclare
se los hechos y cuando consigna o ejercita la acción penal -
se despoja de su carácter de autoridad y se transforma en --
parte ante el órgano jurisdiccional.

Intentando definir al Ministerio Público como autoridad
consideremos que es una Institución que vigila el cumplimien
to y la estricta aplicación de la ley; define los derechos -
del Estado frente a los Tribunales; da protección a la Socie
dad ejercitando la acción penal contra quienes rompen las --
condiciones mínimas de convivencia social; se ha especulado-
que a virtud de ser una Institución dependiente del Poder --
Ejecutivo, frecuentemente atenta contra la libertad y los de
rechos del ser humano y de la sociedad misma, consecuentemen
te, se cuestiona su fiel cumplimiento al servicio de la comu
nidad.

Por su parte el Maestro Colín Sánchez sostiene que el -
Ministerio Público es una Institución dependiente del estado
y que actúa en representación de la sociedad al ejercitar --
la pretensión punitiva del Estado y proporciona tutela so---
cial en todos lo casos que las Leyes lo determinen⁶. El Mi-
nisterio Público es una autoridad administrativa, dependen-

6.- Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedi---
mientos Penales. Edito. Porrúa. México. 1970. Pág. 87.

te del Estado, representante social, monopolizador del ejercicio de la acción penal; y una vez que hace valer la pretensión punitiva se constituye en parte en el proceso penal y contribuye con el Juez aportando las pruebas con el fin específico de que se aplique la Ley al caso concreto.

Cuando se aborda el tema de Ministerio Público en su carácter de autoridad se alude a los principios que lo caracterizan y que son los siguientes:

a) Unidad o jerárquico; b) indivisible; c) independiente; d) Irrecusable:

En cuando al primer principio González Bustamante⁷ nos dice que consiste en que hay identidad de mando y de dirección en todos y cada uno de los actos del Ministerio Público, los Agentes del Ministerio Público constituyen una pluralidad pero su representación es única. El Maestro Juventino V. Castro escribe que el Ministerio Público constituye una Unidad en el sentido de que todos sus funcionarios forman parte de la Institución, considerándose como miembros de un sólo cuerpo y bajo una sola dirección. Es de entenderse que el principio de Unidad o jerarquía es en razón de que los Agentes del Ministerio Público actúan bajo el mando, nombre y representación del Procurador.

7.- González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Porrúa. México. Pág. 59.

Colfn Sánchez⁸ nos dice que es indivisible por que el - Ministerio Público no actúa en forma personal o a nombre pro pio, representa a la Institución del Ministerio Público. De la misma opinión es el maestro García Ramírez al indicar que en razón de la indivisibilidad el Ministerio Público actúa - exclusiva y precisamente a nombre de la Institución.⁹

El principio de independencia radica en cuanto a la jurisdicción... "Por que si bien es cierto que sus integrantes reciben órdenes del Superior jerárquico, no sucederá lo mismo en relación a los órganos jurisdiccionales..."¹⁰ Explicado por la existencia de la división de poderes, el Ministerio Público es un órgano que depende del Ejecutivo, estando impedido otro poder para tener ingerencia en su actuación. - Sin embargo otros consideran que el buen funcionamiento del Ministerio Público es relativo y seguirá siendo mientras dependa del ejecutivo, y para que realmente sea independiente debe adquirir inamovilidad con el objeto de que sea independiente y libre.

Finalmente es irrecusable, así, la Ley orgánica de la - Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal dispone que los Agentes del Ministerio Público y sus Secretarios no son recusables pero deben excusarse en los negocios en --

8.- Colfn Sánchez, Guillermo, Op. Cit. Pág. 111.

9.- García Ramírez, Sergio, Op. Cit. Pág. 246.

10.- Ibidem.

que intervengan cuando exista alguna de las causas que motive la excusa de los Jueces del orden común. Criterio que se fortalece con la circular número 209.069/91 de fecha 10 de abril de 1991 en la que en correlación con la fracción XVII del artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, ordena abstenerse de intervenir -- o participar en la tramitación o resolución de asuntos en los que tenga algún interés personal, inclusive aquellos ca sos de los que pudiese resultar algún beneficio para el Ministerio Público, su consorte o parientes consaguíneos.

1.2 LA FUNCION PERSECUTORIA.

Como hemos expresado, la función persecutoria está reservada en forma exclusiva al Ministerio Público, en los términos del artículo 21 Constitucional al disponer "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."

Consiste en la persecución de los delitos, investigar para obtener los elementos necesarios y así integrar el cuerpo del delito y mediante un razonamiento lógico-jurídico considerar el acreditamiento de la responsabilidad presunta determinada persona y consecuentemente, ejercitar la acción penal solicitando al órgano jurisdiccional la aplicación de la pena correspondiente al autor del delito una vez que se han agotado las fases del proceso penal.¹¹

Como su nombre lo indica la función persecutoria consiste en perseguir los delitos o lo que es lo mismo, en buscar y reunir los elementos necesarios y hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les aplique las consecuencias establecidas en la Ley. En la función persecutoria se vislumbra un contenido y una finalidad.

11.- Oronoz, Santa Carlos. Manual de Derecho Procesal Penal. Edit. Costa Amic. México 1978. Págs. 43 y 44.

intimamente entrelazadas; el contenido es realizar las actividades necesarias para que el autor de un delito no evada la acción de la Justicia; la finalidad es que se aplique a los delincuentes las sanciones fijadas en la Ley misma.¹²

La fase persecutoria corre paralelamente con el proceso, abarcan los dos períodos de la instrucción, la previa, que surge a la vida procesal con el auto de radicación, con el cual Órgano jurisdiccional realiza su primer acto y en el que el Ministerio Público abandona su investidura de autoridad para constituirse en parte, preparando el material respectivo con proyección directa a la resolución que pronuncie el Juez.¹³

En términos generales podemos afirmar que la función persecutoria nace con el conocimiento del Ministerio Público sobre la comisión de un hecho presuntivamente delictuoso, abarca tanto la actividad investigadora, el ejercicio de la acción penal y la actividad desarrollada en el proceso, en la que se concluye con la llamada función acusatoria, la cual consiste específicamente en la presentación de conclusiones acusatorias del Ministerio Público concretando la pretensión punitiva.

12.- Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal Mexicano.- Porrúa. 1983 Pág. 55

13.- Martínez Pineda, Angel. Estructura y Valoración de la Acción Penal. Edit. Azteca. México. 1968. Pág. 112.

En la función investigadora, el llamado representante social se avoca a la búsqueda de pruebas que acredite la existencia del delito y la responsabilidad de sus autores. El ejercicio de la acción penal entraña tres etapas: La de investigación; Persecución y Acusación. El período de investigación tiene como objeto preparar el ejercicio de la acción que se fundará en las pruebas obtenidas; en la persecución existe el ejercicio de la acción penal, es decir, el Ministerio Público realiza su cometido a lo largo del procedimiento; en la de acusación la exigencia punitiva se concreta, el Ministerio Público establece con precisión las penas que serán objeto de análisis por parte del Juez.¹⁴

Con acierto el maestro Rivera Silva¹⁵ señala que la función persecutoria entraña dos clases de actividades, la Investigadora y el ejercicio de la acción penal. En la primera actividad es esencialmente de Averiguación, búsqueda de elementos probatorios que tienden a acreditar la existencia del delito y la presunta responsabilidad de sus autores, a fin de excitar la función jurisdiccional y solicitar la aplicación de la pena. Esta actividad es previa y necesaria para el ejercicio de la acción penal. Ahora bien, esto no implica que la función persecutoria se agote con la consigna

14.- Sexta Epoca. Segunda parte; Vol. XXXIV, Pág. 9. A.D. - 145/60 Luis Castro Malpica. Unanimidad de 4 votos.

15.- Rivera Silva, Manuel. Op. cit. Pág. 56 a 59.

ción sino que comprende también la actividad realizada ante el Juez, tales como el ofrecimiento de pruebas interposición de recursos, etc. En suma, la función persecutoria abarca -- desde la previa averiguación hasta los actos realizados ante el Órgano jurisdiccional, dividiendo la función persecutoria de la acusatoria cuando el Ministerio Público formula sus -- conclusiones.

En opinión del Maestro Osorio y Nieto,¹⁶ el artículo - 21 Constitucional establece la facultad de Ministerio Público en la prosecución de los ilícitos, dicha atribución comprende dos periodos; el preprocesal o llamada Averiguación - Previa y el procesal que está constituida por la actividad - desplegada ante el Juzgador. El preprocesal abarca desde la Averiguación Previa e implica la actividad investigadora del Ministerio Público, cuyo punto de partida es la noticia del hecho delictuoso y tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal.

El artículo 102 de nuestra carta magna sostiene que "Incumbe el Ministerio Público de la federación, la persecución ante los tribunales de todos los delitos del orden federal; - y, por los mismo, a él le corresponde a solicitar las órde-- nes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar

16.- Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. - Edit. Porrúa. México, 1983. Pág. 15.

las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la -- administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la -- aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios -- que la Ley determine".

En efecto, el artículo de referencia al igual que el 21 otorgan facultad al Ministerio Público para perseguir los de litos, quedando inmersas las fases de investigación, perse-- cución y acusación.

Rafael Piña y Palacios nos dice que la acción penal -- tiene dos períodos; el persecutorio y el acusatorio; el de -- presecución inicia con la consignación ó ejercicio de la -- acción penal y concluye con el auto que declara cerrada la -- instrucción, en ésta fase se pretende la comprobación del -- cuerpo del delito, y de la responsabilidad así como la parti-- cipación de los autores. Cuando el Ministerio Público formu-- la conclusiones acusatorias, se está en el segundo período.-- Si durante la segunda instancia el Ministerio Público figura como apelante, podemos decir que su función es acusatoria -- dado que persigue la aplicación de la ley a la cual se debió ajustar el Juez. Y cuando el apelante es el encausado, la -- función del Ministerio Público es también acusatoria porque solicita ante el tribunal de alzada la confirmación de la re solución dictada por el Juez de primera instancia.¹⁷

17.- Autor citado por García Ramírez Sergio. Curso.Op. Cit.- Pág. 191

1.3 PRINCIPIOS QUE LA RIGEN

Las actividades de la función persecutoria que realiza el Ministerio Público están regidos por ciertos principios y que en forma lacónica haremos referencia.

A) INICIACION

" Está regida por lo que bien podría llamarse principio de requisitos de iniciación."¹⁸ Esto significa, que este principio está vinculado a la llamada querrela necesaria, que como requisito de procedibilidad es indispensable para que el Ministerio Público inicie la Averiguación Previa correspondiente y desarrolle su actividad investigadora en los llamados delitos perseguibles por querrela necesaria.

Por su parte Oronoz Santana sostiene que el principio de iniciación o mejor conocido como requisito de procedibilidad, son imprescindibles para que el Ministerio Público esté en posibilidad de avocarse a la investigación del hecho delictivo.¹⁹

En los llamados delitos de oficio basta con la noticia del hecho criminal para que el Ministerio Público inicie la Averiguación Previa, realice la investigación, prosecución --

18.- Rivera Silva, Manuel Op. Cit. Pág. 56

19.- Oronoz Santana, Carlos Op. Cit. Pág. 45

e integración de la previa averiguación para llegar a determinar si es o no procedente el Ejercicio de la Acción Penal.

El artículo 262 del Código de Procedimientos Penales -- para el Distrito Federal establece la obligación de los funcionarios del Ministerio Público y sus auxiliares para proceder oficiosamente a la investigación de los delitos de que tengan noticia. La previa averiguación no puede iniciarse -- de oficio en los llamados delitos de querrela necesaria cuya gama ha sido ampliada en las Reformas recientes al Código Penal.

B) OFICIOSIDAD

La actividad investigadora está regida por el principio de oficiosidad, en donde el Ministerio Público, una vez --- iniciada la Averiguación, se allegará de las pruebas pertinentes sin que sea necesario la petición del ofendido, es decir, que el Representante Social oficiosamente investiga y -- obtiene los elementos necesarios para cumplir con su cometido.²⁰

El órgano investigador, una vez que tiene conocimientos del hecho delictuoso, por motu proprio realiza los actos -- necesarios para fundamentar el ejercicio de la acción penal y sin que sea necesario la excitación de los sujetos que inter

20.- Rivera Silva. Manuel Op. Cit. Pág. 57.

vienen en la indagatoria.²¹

El principio de oficiosidad tiene aplicación en nuestra legislación en atención a que los particulares, una vez que han formulado la querrela o denuncia, no intervienen en la función investigadora en el sentido de que ofrezcan una u otra prueba para llegar al conocimiento de la verdad buscada, es decir, que no es indispensable la intervención de los particulares para que el órgano investigador realice su función respecto del hecho que tiene conocimiento y pueda obtener elementos probatorios a través de las diligencias que practica, dicho sea de otra manera no es exigencia el llamado impulso procesal que privan el proceso civil.

C) LEGALIDAD.

Rivera Silva²² señala que el órgano investigador oficiosamente despliega su actividad investigadora, pero la forma de hacerlo no queda a su arbitrio sino que debe realizarlo observando los preceptos legales. En el mismo sentido se expresa Oronoz Santana al sostener que las pesquisas realizadas por el órgano de investigación que deben darse fuera de los extremos que la ley establece.²³

Pérez Palma consiste las arbitrariedades cometidas por

21.- Oronoz Santana, Carlos Op. Cit. Pág. 45

22.- Rivera Silva, Manuel Op. Cit. Pág. 57

23.- Oronoz Santana, Carlos Op. Cit. Pág. 45

el Ministerio Público en la previa averiguación, al señalar que éste tiene características del procedimiento inquisitorio y tiene por objeto principal asegurar un castigo y descubrir a los responsables para la satisfacción de la exigencia social.

La Averiguación Previa es un mal necesario, y sobre -- las garantías individuales a la libertad y a la inviolabilidad del domicilio debe prevalecer el interés social en la -- represión del delito.²⁴

Permitásenos discrepar de lo anterior, pues la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio son garantías que no deben ser vulneradas bajo el pretexto del interés social y sin ajustarse a los casos que expresamente -- prevé la constitución misma; las garantías individuales -- consagradas en nuestra Carta Política tienden a establecer un Estado de derecho que impone obstáculos al poder público en donde toda pretensión punitiva se despoja de legitimación en la medida que atenta contra las limitaciones contempladas en la Ley misma.

D) FUNDAMENTO LEGAL DE LA FUNCION PERSECUTORIA

El artículo 21 de la Constitución Política enuncia que

24.- Pérez Palma, Rafael.- Guía de Derecho Procesal Penal.- Cárdenas Editor v dis tribunales. Segunda Edición México. Págs. 246 y 247.

"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. "En los términos de éste -- precepto sólo el Ministerio Público hace valer la pretensión punitiva o el derecho de castigar que radica en el Estado, -- es decir, el Juez no puede actuar en el esclarecimiento de -- los hechos sin la previa acusación de la autoridad investigadora.

La titularidad de la función persecutoria corresponde -- en forma exclusiva al Ministerio Público por mandato del -- artículo 21 Constitucional, en donde la persecución de los -- delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, disposición semejante prevé el artículo 102 segundo párrafo del mismo cuerpo legal, al establecer la figura del Ministerio Público Federal y señalar que: "Incumbe el Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden Federal; y por lo mismo a él corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión -- contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que -- acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las -- penas e intervenir en los negocios que la ley determine"

La persecución de los delitos se manifiesta en dos períodos:

1) En el llamado Averiguación Previa, integrado por diligencias de comprobación de los elementos a que se refiere el artículo 16 Constitucional, diligencias realizadas exclusivamente por el Ministerio Público y en forma secreta.

2) Es aquel en que el Ministerio Público adopta el carácter de parte en el procedimiento judicial tendiente a la determinación de la pena.²⁵

El Código de Procedimientos Penal para el Distrito Federal, establece los preceptos legales que fundamentan tanto la función investigadora como la persecutoria, en la cual el Ministerio Público encuentra apoyo legal para realizar las diligencias necesarias a comprobar el cuerpo del delito y la responsabilidad probable del indiciado, de tal manera que -- esté en posibilidad de ejercitar su acción para que, abandonando su carácter de autoridad, se constituya como parte en el proceso penal, en el que ofrecerá las pruebas necesarias -- ha fin de precisar su acusación en la llamada fase acusatoria.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal hace referencia al contenido del artículo 21 Constitucional, relativa a la función persecutoria de los delitos atribuida en forma exclusiva al Ministerio Público.

25.- Burgoa, Ignacio, Las garantías individuales. Porrúa. -- México. 1977. Pags. 650.

co y estableciendo en la Institución del Ministerio Público del Distrito Federal, presidida por un Procurador General de Justicia, en su carácter de Representante Social tendrá, entre otras atribuciones, la persecución de los delitos del -- orden común. En los mismos términos se expresa la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República al precisar -- que corresponde al Ministerio Público Federal entre otras -- atribuciones perseguir los delitos del orden Federal.

La Ley orgánica en materia Federal dispone que la persecución de los delitos del orden Federal corresponde, en la Averiguación Previa la recepción de denuncias y querellas - en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional, la práctica de todos los actos conducentes a la comprobación del cuerpo del delito y a la acreditación de la -- probable responsabilidad del indiciado como elementos que -- fundan el ejercicio de la acción penal; la protección al -- ofendido por el delito en los términos de los dispositivos - legales; la petición a la autoridad jurisdiccional para que dicte las medidas precautorias de arraigo o de aseguramiento patrimonial que resulten indispensables para los fines de la previa averiguación, y en su caso y oportunidad, para el debido desarrollo del proceso. Al ejercitar la Acción, el Ministerio Público formulará ante el Juez los pedimientos que legalmente corresponden; solicitará la aprehensión, comparecencia u orden de cateo correspondiente; ofrecerá las prue--

bas tendientes a esclarecer los hechos: formulará conclusiones e interpondrá los recursos que estime convenientes.

CAPITULO III

LA AVERIGUACION PREVIA Y LA ACCION PENAL

2. OBJETO Y TERMINO DE LA AVERIGUACION PREVIA.

Podemos estimar que la previa averiguación no sólo tiene por objeto el ejercicio abstención de la acción penal ya que ello implica una mera labor de síntesis, de juicio valorativo, sino la realización de todas las diligencias necesarias y dirigidas, no sólo a la comprobación del cuerpo del delito y a la acreditación de la responsabilidad probable -- del inculpaado, sino fundamentalmente al conocimiento de la verdad.

Oronoz Santana afirma que en dicha etapa preprocesal el Ministerio Público se constituye en un investigador, efectúa diligencias para encontrar pruebas suficientes para acreditar los elementos del tipo legal y acreditar la presunta responsabilidad del inculpaado y así darles base sólida a la consignación.²⁶ Sin embargo Pérez Palma subraya que el principal objeto de la Averiguación Previa es el aseguramiento de un castigo y descubrir al responsable del ilícito penal.²⁷

26.- Oronoz Santana, Carlos Op. Cit. Pág. 44

27.- Pérez Palma, Rafael Op. Cit. Pág. 247

En cambio coincidimos con lo apuntado por García Ramírez y Victoria Adatto al conceptuar la averiguación previa como una instrucción administrativa que tiene por objeto procurar el esclarecimiento de los hechos (Corpus Criminis) y de participación en el delito (Presunto Responsabilidad).²⁸

De la comisión del delito nace la acción penal, pero -- el delito se comete sin preparar las pruebas de sus existencia y de la participación de los sujetos activos del delito, de modo que cometido el ilícito sus autores pretenden alterar las pruebas, razón que justifica que en algunas legislaciones se haya establecido un período prejudicial o procesal (Averiguación Previa) que tiene por objeto encontrar alguna prueba que permita el ejercicio de la acción penal.²⁹

El maestro Rivera Silva al referirse a la averiguación Previa la denomina período de preparación de la acción procesal, la cual inicia con el acto a través del cual el ministro público tiene conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso, cuyo fin es reunir los datos necesarios para estar en posibilidad de excitar la función del órgano jurisdiccional a través del ejercicio de la acción penal; el período de preparación de la acción procesal o averiguación previa inicia con la noticia criminal y termina con la consignación.³⁰

28.- García Ramírez Sergio y Victoria Datto. Prontuario del proceso Penal Mexicano. Porrúa. México 1982 Pág. 22

29.- Borja Osorno, Guillermo, Derecho Procesal Penal. Cajica Puebla 1969 pág. 82.

30.- Rivera Silva, Manuel. Op. cit. pág. 44.

Por su parte Colín Sánchez al aludir a la averiguación-previa la denomina fase preparatoria de la acción penal, en la cual el ministerio público practica todas las diligencias necesarias que le permitan ejercitar la acción penal y cuyo fin es la realización de su cometido mediante la integración del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.³¹

Sin duda estimamos que el objeto de la averiguación previa es el conocimiento de los hechos que se investigan para que, en caso de que se adecuen a algún tipo legal previsto y sancionado por el legislador y considerado como prohibido y una vez establecido su autor o participantes, se ejercite la acción penal en su contra.

Independientemente de lo anterior, cabe hacer breve referencia a los medios por los cuales la autoridad administrativa tiene conocimiento de la comisión de un hecho presuntamente delictuoso. Así, con respecto a la denuncia, el Maestro García Ramírez sostiene que constituye una participación de conocimiento hecha a la autoridad competente sobre la comisión de un hecho que se persigue de oficio,³² o bien, la transmisión de conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa que cualquier persona hace o debe ha-

31.- Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Pág. 232.

32.- García Ramírez, Sergio. Op. Cit. Pág. 387.

cer a la autoridad competente.³³ La cual opera exclusiva--- mente en delitos que se persigen de oficio y siendo intras--- cendente en los perseguibles a instancia del legitimado en los delitos privados.

La relación de datos o hechos supuestamente delictuosos que se hacen ante la autoridad investigadora con el fin de -- que tengan conocimiento de los mismos, y que es hecha por -- cualquier persona es lo que propiamente llamamos denuncia, -- mientras que la relación de hechos presuntivamente delictuo--- sos que hace la persona ofendida por el delito ante la auto--- ridad investigadora, es lo que conocemos como querella.

El artículo 262 del Código Procesal Penal aplicable es--- tablece que están obligados a proceder de oficio a la inves--- tiguación de los delitos de que tengan noticia los funciona--- rios y agentes de la Policía Judicial así como sus auxilia--- res, debiendo dar cuenta de forma inmediata a la autoridad -- investigadora.

Establezcamos con claridad que la querella, como requi--- sición procedibilidad es una participación de conocimiento--- sobre la comisión de un delito de aquellos que sólo pueden--- perseguirse a instancia de parte ofendida. Apunta Manzine³⁴ --

33.- García Ramírez. Sergio y Victoria Adatto. Op Cit. Pag. -- 23.

34.- Autor citado por García Ramírez. Sergio. Op. Pag. 389.-

que la querrela se manifiesta negativamente por el perdón -- y positivamente por la demanda: es la excepción al procedimiento de oficio derivada del principio de oficialidad u - oficiosidad condicionando la persecución y existencia del - delito a la manifestación del ofendido directo por el delito.

El artículo 264 del Código de procedimientos Penales - dice que cuando para la persecución de los delitos se haga necesaria la querrela de parte ofendida, bastará que ésta, manifieste verbalmente su queja, entendiéndose por queja el -- deseo de que se persiga al sujeto activo del delito, es de cir, basta con la simple manifestación verbal del ofendido- y como tal es una facultad potestativa que se concede a los ofendidos para manifestar su voluntad de que se persiga al responsable. La querrela es la declaración de la voluntad - del lesionado por el delito que tiende a promover el ejercicio de la acción penal.

En opinión de Martínez Pineda,³⁵ la querrela es una fa cultad de tipo meramente subjetivo que pertenece a la perso na ofendida por el delito y que al salir de la esfera in-terna, se convierte en una manifestación del acto volitivo- en uso de la libertad.

35.- Martínez Pineda, Angel.- Op. Cit. Pág. 61.

Resulta interesante la postura que asume el maestro -- Rivera Silva³⁶ al referirse a la querrela, pues sostiene que en esta clase de ilícitos prevalece el interés particular sobre el daño causado a la sociedad y manifiesta su desacuerdo con la existencia de los llamados delitos privados por la razón de que el derecho penal debe tutelar exclusivamente el interés social y debe perseguir todo hecho que considerado como delictuoso rompa con la armonía social, y culmina diciendo que si el interés social desaparece ante el interés particular en los delitos de querrela necesaria, éstos deben de desaparecer y ser incorporados a otra rama del derecho.

La querrela necesaria es la cara opuesta al perdón, es decir, que en los términos del artículo 93 del Código Penal para el Distrito Federal, el perdón del ofendido extingue la acción penal siempre y cuando sea otorgada antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia y que el reo no se oponga a su otorgamiento.

Con el objeto de no extraviarnos en el hilo conductor de nuestro trabajo, solamente hacemos referencia a la denuncia y querrela como medios a través de los cuales la representación social da inicio a la previa averiguación, sin que ello signifique que no existan otros tales como la excitati-

36.- Rivera Silva. Manuel. Op. Cit. Págs. 122 y 123.

va o autorización.

En cuanto al término de la fase preprocesal o averiguación previa existe una marcada polémica de la limitación temporal dentro de la cual debe llevarse a cabo la averiguación previa. En efecto, no existe precepto alguno que obligue al Ministerio Público resolver una indagatoria, por lo tanto el problema se agiliza cuando existe un detenido cuyas garantías individuales pueden verse vulneradas al prolongarse la detención o restricción de la libertad del indiciado bajo -- pretexto de integrar cuerpo del delito y presunta responsabilidad.

El constituyente de 1917 no estableció término alguno para el ejercicio de la acción penal, y ésta omisión es uno de los más graves defectos del Código Político; hoy en día se comprende con amplitud y trascendencia los alcances de la averiguación previa al no contar con un plazo para el ejercicio de la pretensión punitiva, prologándose la detención del indiciado sin existir más remedio del amparo contra la -- incomunicación.

En opinión del maestro Pérez Palma³⁷ el constituyente de 1917 indujo al Ministerio Público a violar las garantías que ellos mismos consignaron en nuestra Carta Magna. La ave-

37.- Pérez Palma, Rafael. Op. Cit. Pág. 347.

riguación Previa con sus métodos actuales es mal, pero un -- mal necesario pues ante el mal y el daño que ocasiona el delito sobre las garantías individuales, debe prevalecer el interés de la sociedad en la represión del delito.

El Maestro Burgoa³⁸ al prolongar la obra de López Valdivia señala que "es evidente que la función investigadora -- de los delitos y de sus posibles autores no está sujeta a -- ningún término, pues el ministerio Público o la Policía Judicial bajo su mando directo disponen de un tiempo indefinido -- para preparar debidamente la consignación judicial de una -- persona sin que a dicha Institución Social le sea dable restringir ni afectar la libertad de nadie aunque se trate del -- presunto responsable.

Dispone el artículo 16 Constitucional que tratándose de delitos perseguibles de oficio y cuando en el lugar no haya autoridad judicial, el Ministerio Público bajo su más estrecha responsabilidad puede ordenar la detención del inculpaado con la obligación de ponerlo INMEDIATAMENTE A DISPOSICION -- DEL JUEZ. Ahora bien, es preciso establecer quién es la persona que hace la valoración del caso urgente; a este respecto el artículo 268 dispone que se entiende que no hay autoridad judicial en el lugar y existe notoria urgencia para la --

38.- Burgoa, Ignacio. en el prólogo de la obra de López Valdivia Rigoberto. Ampliación del término de 24 horas a que se refiere la fracción XVIII del artículo 107 de la -- Constitución. Edit. Jus. 1959. México. Págs. 14 y 15.

aprehensión del delincuente cuando por la hora o la distancia del lugar en que se practica la detención no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existan serios temores de que el responsable se substraiga a la acción de la justicia.

Sostiene Baltazar Samayoa³⁹ que el Constituyente de 1917, en diversos preceptos utiliza como sinónimos las expresiones "aprehensión y detención", sin embargo en la adecuada terminología jurídica es un equívoco. "La aprehensión" es un acto que emana del Juez; la detención tiene lugar en la previa averiguación del delito y bajo las hipótesis de flagrancia y notoria urgencia; la aprehensión y la detención se manifiestan en momentos distintos del procedimiento penal, se ha estimado riesgoso la subjetividad de la calificación del caso urgente o la notoria urgencia, se ha llegado a afirmar que son de apreciación policiaca y no propiamente jurídico, de tal manera que es de aplicación amplísima.⁴⁰ Abre un ilimitado campo propicio al subjetivismo de las autoridades administrativas; la estimación del caso queda al arbitrio de cualquier autoridad administrativa que pretende detener a una persona sin orden judicial. Esta consideración que pudiese parecer una simple conjetura se refleja aguda y grave-

39.- Baltazar Samayoa, Salomón.- Ponencia presentada en el V. Congreso de Criminología en Jalapa Veracruz del 11 al 14 de marzo de 1992, titulado Notoria Urgencia e impunidad.

40.- Pérez Palma, Rafael, Op. Cit. Pág. 262

mente en la realidad. El artículo 16 Constitucional se suicida con la apertura de la subjetividad, y prueba de ello son las frecuentes consignaciones tardías con detenido.⁴¹

En las recientes reformas al Código de Procedimientos Penales, se adicionó el artículo 132, en donde se dispone -- que la detención realizada fuera de los casos que establece el artículo 16 Constitucional, hace responsable penalmente - al funcionario que la decreta, en consecuencia, el detenido quedará en inmediata libertad.

Razona Baltazar Samayoa⁴² que debe considerarse que el Código de Procedimientos Penales que nos rige en el Distrito Federal fue publicado en el Diario Oficial del 29 de agosto de 1931, y que las vías de comunicación y los medios de transporte de ese entonces son distintos a los de la actualidad; que el concepto "lugar" se concibe respecto de rancherías, villas o cualquiera otra que signifique imposibilidad de trasladarse al lugar donde pueda obtener del órgano jurisdiccional la orden correspondiente, así, estima que el concepto "distancia" es de contenido histórico, pues no obstante las dimensiones de la Ciudad de México es fácil trasladarse de un extremo a otro sin que transcurran días para solici

41.- BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Edit. Porrúa. México 1977 P. 620.

42.- BALTAZAR, Samayoa, Salomón. Op. cit.

tar la orden de aprehensión. Y afirma que en cuanto al elemento "hora" sostiene que en los términos del artículo 286 del Código Procesal, el Juez cuenta con diez días para radicar la causa y quince para resolver sobre libramiento o negativa de la orden de aprehensión, en suma, el Organismo Jurisdiccional cuenta con veinticinco días para librar o negar la orden de aprehensión solicitado, para entonces el indiciado se "desvanece". De allí que dicho autor concluya en la necesidad, como medida alterna, de que se establezcan órganos jurisdiccionales que funcionen las 24 horas del día, reduciendo el plazo extenso a fin de que la Orden de aprehensión pueda ser obtenida en un lapso no mayor de veinticuatro horas. Como es de observarse el artículo 268 del Código Procesal -- contiene dos hipótesis (hora y distancia) y un presupuesto básico consistente en el serio temor de que el sujeto se evada a la acción de la Justicia.

En cuanto al término de la averiguación previa se ha expresado que no existe precepto legal alguno que señale el tiempo que debe durar la averiguación previa, por lo tanto cuando no hay detenido el problema se agrava mayormente.⁴³ Lo cierto es que el Constituyente de 1917 utilizó como sinónimos los conceptos de aprehensión y detención, pero claro -

43.- Colín Sánchez, Guillermo, Op. Cit. Pág. 232.

es que ambos refieren momentos distintos del Procedimiento Penal, así, se ha establecido y generalizado la idea de que la interpretación legal debe hacerse en favor del reo, de esta forma se ha sostenido que en los términos de la fracción XVIII del artículo 107 Constitucional, el término de la averiguación previa con detenido es de veinticuatro horas, entendiéndose que dicho razonamiento es en cuanto a que el indiciado no puede ni debe ser restringido de su libertad personal por más de veinticuatro horas, circunstancias que se fortalece con la adición al artículo 134 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal de fecha 8 de enero de 1991, al establecer "En caso de que la detención de una persona exceda los términos señalados en el art. 16 y 107 fracción XVIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se presumirá que estuvo incomunicado y las declaraciones que haya emitido el detenido no tendrán validez. En este orden de ideas la averiguación previa carece de término en cuanto a su integración pero, cuando el indiciado es privado de su libertad dentro de la etapa indagatoria, dicha restricción no puede exceder de veinticuatro horas, es decir, debe resolver su situación Jurídica en el sentido de dejarse en Libertad bien por no existir flagrancia o notoria urgencia o por no estar reunidos, de momento, los requisitos del artículo 14 y 16 Constitucionales.

Sin embargo el Maestro Rigoberto López Valdivia⁴⁴ sostiene que el término de veinticuatro horas a que se refiere la fracción XVIII del art. 107 Constitucional no es aplicable al Ministerio Público cuando integra una averiguación --previa (El Ministerio Público es una autoridad administrativa en la averiguación previa).

44.- López Valdivia, Rigoberto. Op. Cit. Págs. 51 y 52.

2.1. LA ACCION PENAL.

La acción, en su concepción gramática implica toda actividad o movimiento tendiente a un fin determinado; jurídicamente es la manera de ejercitar un derecho o bien puede considerarse como el derecho de obrar.⁴⁵

Se entiende por acción, el derecho, la potestad, la facultad o actividad mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional, pero su importancia radica en que el Ejercicio de la Acción genera la función jurisdiccional del Estado.⁴⁶

Eduardo Pallares,⁴⁷ sostiene que la acción pública o acción penal es la que ejercita el ministerio público y tiene por objeto solicitar la aplicación de las sanciones previstas en la Ley Penal; pedir la libertad de los procesados en la forma y términos establecidos por la Ley; solicitar la reparación del daño en los términos especificados en el Código Penal. La acción penal se ejercita frente a la comisión de un delito intencional o de imprudencia (también preterintencional) Es una acción pública que se ejercita en --

45.- González Bustamante, Juan José. Op. Cit. Pág. 36

46.- Gómez Lara, Cipriano, Teoría General del Proceso. UNAM - México, 1981, Pág. 109.

47.- PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil. Porrúa. México, 1981, Pág. 49 y Prontuario de Procedimientos Penales. Porrúa. México. 1982, Pág. 7

representación del Estado por el Ministerio Público y su fin es obtener del Órgano Jurisdiccional competente la resolución correspondiente en la que habra de declararse que determinados hechos constituyen un delito previsto y sancionado por la Ley; el delito que se le imputa al acusado es cierto y consecuentemente éste es penalmente responsable; que se imponga la sanción que corresponda incluyendo la reparación del daño causado.

La acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del Órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de Derecho Penal. ⁴⁸

Colín Sánchez coincide con el concepto esbozado por Eugenia Florian al considerarlo como el más sencillo pero no por ello carente de técnica ya que el poder jurídico al que se refiere Florian, es el emanado de la Ley, el cual se justifica y se legitima cuando se ha violado una norma del Derecho Penal y será precisamente en razón de la pretensión punitiva estatal cuando previa satisfacción de determinados requisitos se provoque la jurisdicción, cuyas consecuencias serán la declaración de la culpabilidad o la absolución del sujeto de la relación procesal. ⁴⁹

48.- Florian, Eugenio. Elementos del Derecho Procesal Penal- Trad. Leonardo Prieto Castro. Bosch. Barcelona S/F. -- Pág.173.

49.- Colín Sánchez, Guillermo, Op. Cit. Pág. 226.

Cuando en el mundo fáctico aparece la comisión de un delito, el derecho abstracto del Estado se concreta, surgiendo la obligación de actuar, es donde aparece la acción penal, - constituida por el Derecho concreto de acudir al Organó --- jurisdiccional para que aplique la Ley.⁵⁰

La Acción Penal es la atribución Constitucional exclusiva y reservada para el ministerio público a través de la -- cual pide al órgano jurisdiccional competente la aplicación de la ley a un caso concreto.⁵¹

La acción Penal es la actividad estatal cuya finalidad es lograr que los órganos jurisdiccionales declaren el derecho y se ejecuten la respectiva sanción.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la acción penal-- se expresa que no es derecho subjetivo, cuyo ejercicio sea - potestativo por parte del Estado. Es un poder deber, porque mediante ella, el propio Estado cumple con su obligación patrimonial del daño causado.⁵²

Cuando en el seno de nuestra sociedad se tiene conocimiento de la comisión de un hecho presuntivamente delictuoso

50.- Rivera Silva, Manuel. Op. Cit. Pág. 58

51.- Osorio y Nieto, César Augusto. Op. Cit. Pág. 42

52.- Pallaes Eduardo. Op. Cit. Pág. 8

surge la exigencia punitiva la cual se expresa como el derecho subjetivo del Estado de castigar, y a través de esta nace la acción penal como el poder deber del Estado de Persecución a través de los órganos establecidos para ello.

El ejercicio de la acción penal tiene como presupuesto la comisión del hecho típico; nace con la comisión del delito, tiende, mediante el proceso, a elaborar un Juicio de reproche o de culpabilidad mediante la declaración de la responsabilidad penal.

La acción penal es el vehículo para que se exiga en concreto la realización de la Justicia Penal; a través de la acción penal se solicita el castigo del culpable y será de condena cuando se presente ciertos supuestos de criminalidad y de responsabilidad; o bien, permiten que su titular (Ministerio Público) ejercite o se abstenga de su ejercicio por circunstancias que legalmente ha de valorar. La necesidad de acusar se basa en el principio de legalidad en tanto que abstenerse de ejercitar la acción penal cuando legalmente procede se funda en el principio de oportunidad, el cual no priva en nuestro sistema de Justicia Penal.⁵³

El ejercicio de la Acción Penal es requisito indispensable para la incoación del proceso; es la petición del ministerio público al Juez para que instruya el proceso por el

53.- Secretaría de Gobernación. Manual de Introducción de Las Ciencias Penales. México 1976. Pág. 118.

delito cometido e imputado.

Alcalá y Zamora⁵⁴ sostiene que la acción penal es el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el Juzgador haga un pronunciamiento acerca de la punibilidad de hechos que el Ministerio Público reputa constitutivo de delito.

Basta con la consignación que del reo haga el Ministerio Público para que se entienda que éste Funcionario ha ejercitado la Acción Penal, pues justamente es la consignación lo que caracteriza el ejercicio de la acción penal, a reserva de que después y en carácter de parte dentro de la controversia penal, el Ministerio Público promueva y solicite lo que corresponda conforme a su representación.⁵⁵

Nuestro más alto Tribunal ha sostenido que El ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público ocurre ante el Juez y le solicita que se avoque al conocimiento del caso; y la marcha de esta acción pasa durante el proceso por tres etapas INVESTIGACION, PERSECUCION Y ACUSACION. La primera tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción penal que se fundará en las pruebas obtenidas; en la persecución hay ya Ejercicio de la Acción ante los Tribunales y es

54.- Autor citado por Sergio García Ramírez. Curso de Derecho Procesal Penal. Pág. 186.

55.- Quinta Epoca Tomo XXVII. Pág. 20002. Martínez Inocente.

lo que constituye la instrucción, y la tercera es la acusación, la exigencia punitiva se concreta y el Ministerio Público puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto y análisis judicial y por lo mismo, ésta es la que constituye la esencia del juicio ya que en ella pedirá, en su caso, la aplicación de las sanciones privativas de libertad y pecuniarias, incluyendo en estas la reparación del daño, sea por concepto de indemnización o de restitución de la cosa obtenida por el delito"⁵⁶

Antes de ejercitar la Acción Penal, el Ministerio Público investiga practicando las diligencias que estime necesarias, con el auxilio de sus órganos auxiliares para finalmente hacer un Juicio valorativo tanto de los hechos como de las constancias y diligencias realizadas ante él, de tal manera, que ejercerá el derecho fundado y de esta forma cumplirá con su obligación Constitucional, es decir, ejercita la acción Constitucionalmente concedida, y por otro lado, cumple con su obligación de ejercerla cuando legalmente proceda.

El Ministerio Público es y debe ser el más celoso guardián de la Ley; desinteresado y desprovisto de pasión; representante de los más altos intereses de la Sociedad donde de-

56.- Acción Penal, Ejercicio de la. Sexta Epoca. Segunda Parte: Vol. XXXIV, Pág. 0 Apéndice 1917- 1975.

be velar la defensa de los débiles e incapaces, pedir la --
justa penalidad de un criminal en defensa de la sociedad; de
be ser el más meticoloso y empeñado en que brille la inocen-
cia de un acusado que su defensor mismo.⁵⁷

Sostiene Martínez Pineda⁵⁸ que la acción penal, es el de
ber jurídicamente necesario del Estado que cumple el órgano-
de acusación con el fin de obtener la aplicación de la Ley -
Penal de acuerdo con las formalidades del orden procesal.

El Jurista Ecuatoriano Walter Guerrero,⁵⁹ expresa que -
la Acción Penal tiene como objetivo llevar al conocimiento -
del Juez la comisión de una infracción a fin de activar la -
función jurisdiccional; el ejercicio del Ius Puniendi del -
Estado; la pretensión contra el infractor, mientras que en --
materia Civil la acción esta dirigida al demandado pero ---
ciertamente el destinatario real de la Acción Penal es el in
diciado por conducto del pronunciamiento que sirva hacer el-
Juzgador.

57.- V. Castro.- Op. Cit. Pág. 13.

58.- Martínez Pineda, Angel. Op. Cit. Pág. 37.

59.- Walter Guerrero, V. La Acción Penal. Edit. Universita--
ria. Quito, Ecuador, 1978 Pág. 100.

2.2 CARACTERES Y PRINCIPIOS.

Un considerable número de autores afirman que la Acción Penal tiene seis caracteres, es decir, que es autónoma, pública, indivisible, irrevocable, de condena y única.

1.- Es autónoma, comprendida en el sentido de que la -- Acción Penal es independiente del derecho abstracto de castigar que recae en el Estado como del derecho concreto a -- sancionar en el caso específico y debidamente particularizado.⁶⁰

2.- Pública, ya que la comisión de un hecho delictuoso-lesiona directamente los intereses de la sociedad; es el Estado el obligado a reparar el derecho violado.⁶¹ Se puede - decir que con la realización del ilícito Penal, la sociedad- sufre quebranto en su orden, de manera que la sociedad misma es la titular de la Acción Penal, la cual es ejercitada por el Estado por conducto de los órganos previamente establecidos para tal efecto.

3.- Indivisible, la Acción Penal recae en todas las personas que participan en la comisión del delito, sin distinción alguna, es decir, que si la querrela se presenta exclu-

60.- García Ramírez, Sergio. Curso de derecho Procesal Penal Porrúa. México, 1983, pág. 187.

61.- González Bustamante, Juan Jose. Op. Cit. Pág. 45.

sivamente en contra de todos los participantes; igualmente, - si el perdón del ofendido se manifiesta en beneficio de alguno de los indiciados, dicho beneficio se hace extensivo a todos los demás que participaron en el flicto.⁶²

4.- Irrevocable, el titular de la Acción Penal no puede desistirse de ella una vez que la ha ejercitado pues se requiere que se dicte la resolución; en México dicho carácter no tiene aplicación.⁶³ excepto en la figura del sobreseimiento contemplado en los arts. 660 y siguientes del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal ó en los términos de los artículos 558 y siguientes del Código Federal Procesal que bajo la figura del indulto o reconocimiento de inocencia, contempla.

En relación al desistimiento de la Acción Penal, existe una tesis que sostiene que "Conforme a la Ley Orgánica del Fuero Común en el Distrito Federal, los Agentes del Ministerio Público adscritos a los Tribunales Penales, sólo pueden desistirse de la Acción persecutoria o de los pedimientos -- que hubiesen formulado cuando así lo resuelva el Procurador General, oyendo el parecer de los Agentes Auxiliares: pero -- aún cuando el Agente del Ministerio Público haya sido autori

62.- García Ramírez, Sergio. Op. Cit. Pág. 188

63.- Oronoz Santana, Carlos. Op. Cit. Pág. 47

zado para desistirse y por lo mismo, hubiera obrado en el -- ejercicio de facultades expresas el juez del conocimiento -- no está obligado a acceder a su petición puesto que la pre-- tensión punitiva tiende sólo a excitar a la autoridad del ór-- gano jurisdiccional competente pero sin ligarlo ni constre-- ñirlo a las peticiones del representante social, por que el Juez está obligado a aplicar exactamente la Ley dentro de -- sus facultades. así como imponer las penas correspondientes: su función decisoria sólo puede estar supeditada a las cons-- tancias del proceso, y si en este existen indicios bastantes para considerar comprobados los elementos constitutivos de -- un delito y la presunta responsabilidad del reo, el auto de-- formal prisión que dicte el Juez, no obstante el desistimien-- to del Ministerio Público, está arreglado a derecho."⁶⁴

5.- De Condena, el Ejercicio de la Acción penal tiene -- por objeto, en su caso, la sanción establecida en la Ley, -- por ser responsable del ilícito penal, es decir, por regla -- es de condena pero evidentemente en ciertos casos puede ser-- declarativa (absolutoria) y constitutiva (rehabilitación).⁶⁵

Lo cierto es que el Ministerio Público, monopolizador-- de la Acción Penal, cuando la ejercita no pretende la apli-- cación de una pena sino busca la actividad jurisdiccional pa-- ra que declare una determinada relación de derecho Penal --

⁶⁴.- Quinta Epoca, Tomo LXXI, Pág. 6842, Rios Soto, Manuel.

⁶⁵.- García Ramírez, Sergio. Op. Cit. Pág. 189.

atendiendo a su pedimento o consignación, pues aún cuando - el Ejercicio de la Acción tenga una pretensión condenatoria- no implica que necesariamente en esos términos concluya el - juzgador.

6.- El carácter de única deriva de que no existe una -- acción especial para cada delito sino que se ejercita por -- igual para toda conducta que se adecua al tipo penal señala- do en la Ley.⁶⁶

En cuanto a los principios del Ejercicio de la Acción-- Penal una vez satisfechos los requisitos de procedibilidad - o condiciones mínimas, podemos hablar del de legalidad, que- en opinión del maestro Rivero Silva,⁶⁷ al referirse al Ejer- cicio de la Acción Procesal Penal como sinónimo de la Acción Penal, sostiene que dicho ejercicio, regido por el principio de legalidad, no esta al capricho, al arbitrio o discreiona- lidad del Ministerio Público ya que por mandato constitucio- nal debe ejercitarse cuando se encuentren satisfechos tanto- los requisitos de procedibilidad como los exigidos por el -- art. 16 Constitucional.

El principio de legalidad descansa en que debe ejerci-- tarse la Acción Penal siempre y cuando se satisfagan las ---

66.- Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Pág. 228

67.- Rivera Silva. Manuel. Ob. Cito. Pág. 68

condiciones mínimas establecidas por la ley, y en contra de cualquier persona pues el órgano estatal monopolizador del ejercicio de los presupuestos legales, en el caso contrario, el Ministerio Público puede abstenerse de la consignación -- o del Ejercicio de la Acción Penal cuando así proceda legalmente. También puede proceder al archivo condicionado pero -- una vez que aparezcan nuevos datos puede el Representante -- social reiniciar la integración de la Averiguación Previa -- que puede culminar, preprocesalmente, en el Ejercicio de la Acción Penal.

Evidentemente conforme a principio de legalidad, el órgano persecutorio ejercita, indefectiblemente, la Acción Penal en cuanto se reúnan los elementos legalmente marcados para su ejercicio.

Opuestamente al principio de legalidad, encontramos el llamado principio de oportunidad, según el cual el Ministerio Público previamente al ejercicio de la Acción Penal hace una valoración discrecional de la utilidad, conveniencia u oportunidad del ejercicio.⁶⁸

Conforme al principio de oportunidad, el Ministerio Público realiza una valoración de "Motivos de conveniencia", -- que frecuentemente son de carácter político, pero sin duda, --

68.- V. Castro. Juventino. Op. Cit. Pág. 74

la adopción de éste principio es contrario a los fines de -- la defensa social, en el que las conveniencias políticas o - de oportunidad prevalecerían sobre lo establecido por la --- Ley.

El principio de oportunidad tiene holgado acomodo en -- los países en que las ideas políticas ocupan puestos diferen- tes en el desenvolvimiento estatal (Rusia). Esto significa - que no es suficiente la satisfacción de los presupuestos le- gales para el ejercicio de la acción penal, sino que es más importante el valor de carácter político en defensa de los - intereses estatales.

De acuerdo a lo anterior resulta cierto que en nuestro sistema Jurídico Nacional prevalece y debe prevalecer el -- principio de legalidad ya que responde a los requerimientos de la sociedad y evita el peligro y la dañosa discrecionalidad del Ministerio Público.

Por lo que respecta a la titularidad del Ejercicio de - la Acción Penal se habla de dos principios que se encuentran opuestos. El llamado principio oficial y el dispositivo; con- forme al primero, se considera que el Estado por conducto de sus órganos respectivos debe ejercitarse la acción penal --- una vez que estén acreditados los extremos legales de la comisión del delito así como la presunta responsabilidad del - indiciado sin que sea necesario la interposición de una ins-

tancia privada.⁶⁹

El Doctor Juventino V. Castro al referirse al principio oficial lo denomina "Oficialidad u Oficiosidad" y -- sostiene que consiste en que el Ejercicio de la Acción Penal debe darse siempre a un Órgano especial del Estado denominado Ministerio Público, distinto del jurisdiccional y no a cualquier ciudadano ni mucho menos a la parte lesionada.⁷⁰

Bajo el principio de Oficialidad del Ejercicio de la -- Acción Penal el Estado actúa por propia determinación, mientras que en el dispositivo, se presupone que el Ejercicio de la Acción debe estar sujeta a la iniciativa de un particular.⁷¹

El Ejercicio de la Acción Penal se pone en movimiento -- a impulsos del principio oficial cuando se inicia de oficio por los Órganos del Estado creados para este objeto.⁷² En el Ejercicio de la Acción Penal y de acuerdo al principio dispositivo se presupone la iniciativa del particular en el Ejercicio de la misma, pero como la Acción penal es de carácter público se rige por el principio oficial, pasando hacer subsidiario el principio dispositivo.⁷³

69.- García Ramírez, sergio. Op. Cit. Pág. 79

70.- V.Castro, Juventino. Op. Cit. Pág. 50

71.- Rivera Silva, Manuel. Op. Cit. Pág. 68

72.- González Bustamante, Juan Jose. Op. Cit. Págs. 45 y 46

73.- González Bustamante, Juan Jose, Op. Cit. Pág. 46

Vinculativo a lo anterior, resulta referirnos a la que-
rella como acto o requisito de procedibilidad para la inves-
tigación de un hecho delictuoso y finalmente para el Ejerci-
cio de la Acción penal, pero sólo tratándose de delitos per-
seguidos a petición de parte ofendida resulta evidente la -
aplicabilidad del principio dispositivo, considerándose sub-
sidiario del oficial porque en cierta forma hace posible el
Ejercicio de la Acción penal, pero tratándose de delitos de
oficio, el Ejercicio de la Acción penal está regido por el --
principio oficial en el cual existe la autodeterminación del
Órgano estatal de actuar oficiosamente a efecto de que el -
Juez determine y resuelva, en su caso, sobre la responsabili-
dad de una persona.

2.3 CAUSAS EXTINTIVAS.

El código Sustantivo en materia Penal para el Distrito Federal establece diversas causas que extinguen la Acción Penal.

Al respecto, el Maestro García Ramírez⁷⁴ nos dice que no se extingue la acción Penal sino la pretensión punitiva - ya que esta última es la que se hace valer por conducto de la Acción Penal, de manera que en estricto sentido jurídico hace una distinción entre una y otra; conceptuando a la pretensión punitiva (Ius Puniendi) como la facultad de castigar, potestad del Estado de readaptar, atribución general del Estado para perseguir a los delincuentes, someterlos a Juicio y una vez declarada su culpabilidad proveer su readaptación o reincorporación al seno de la sociedad por medio de la pena o medida respectiva; esta potestad general y abstracta de sancionar, se concreta frente a un individuo a través de la pretensión punitiva misma que hace valer por conducto del Ejercicio de la Acción Penal.

En consecuencia, la pretensión punitiva se extingue -- por:

- a) La muerte del delincuente o inculgado.
- b) La amnistía.

74.- García Ramírez, Sergio. Op. Cit. Pág. 206.

- c) El perdón del ofendido y
- d) La prescripción.

El Código Penal en su artículo 91 señala que se extingue la Acción Penal así como las sanciones que se le hubieren impuesto, con la muerte del delincuente, a excepción de la reparación del daño, el decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto y objeto del delito.

El citado precepto establece una situación obvia y necesaria porque al morir el sujeto activo del delito no existe persona alguna a la que se le aplique la sanción Penal.⁷⁵ -- En virtud de que la pena no trasciende a persona distinta -- del responsable, ni a su familia únicamente el autor del delito es sujeto de la acción penal.

El artículo 92 del Ordenamiento Legal citado, dispone que la amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño en los términos de la Ley que la conceda; para el caso de que no se exprese, se entiende que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen en todos sus efectos con relación a todos los responsables del delito.

75.- Osorio y Nieto. César Augusto. Op. cit. Pág. 49

La amnistía es un acto político que tiende a restaurar - la concordia social; emana del poder legislativo, en tanto - que el indulto emana del Ejecutivo; puede comprender tanto - la pretensión punitiva como la sanción penal; cuando la am-- nistía hace cesar la persecución preprocesal (Averiguación - Previa) y procesal, se hace referencia a la llamada amnistía propia, pero cuando dicha causa extintiva opera sobre la pe- na en el momento de su ejecución, se hace referencia a la -- amnistía impropia.⁷⁶

La ley de amnistía que se promulga debe de contener la- expresión de que se declara la amnistía y la referencia de - los beneficios así como los casos específicos sobre los cua- les habrá de tener aplicación.⁷⁷

Por lo que se refiere al perdón del ofendido o de la -- víctima, entiéndase que se refiere al sujeto pasivo del deli- to o a la persona que reciente cualquier daño ocasionado por la conducta antisocial; también se estima adecuado referirse al perdón del legitimado y no al del ofendido porque el legi- timado podrá ser tanto el ofendido mismo como una tercera perso- na si así lo establece la ley.⁷⁸

Así el artículo 93 del Código Penal para el Distrito --

76.- García Ramírez, Sergio. Curso. Op. Cit. Pág. 207

77.- Osorio y Nieto César Augusto. Op. Cit. Pág. 49

78.- García Ramírez, Sergio. Curso. Op. Cit. Pág. 209

Federal establece que el perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la Acción Penal respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, siempre que se conceda antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia y el reo no se oponga a su otorgamiento. Cuando -- son varios los ofendidos cada uno ejerce separadamente su -- facultad de perdonar, así mismo, el perdón sólo beneficia a la persona en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus derechos, en cuyo caso se beneficia a todos los inculcados.

En efecto, el perdón es una manifestación de voluntad, -- expresada por persona legalmente facultada para otorgarla, -- además de extinguir la acción penal, o dicho de otra forma, -- la pretensión punitiva, hace cesar los efectos de la sentencia pronunciada en primera instancia.

Respecto de la forma en que debe de otorgarse el perdón éste puede ser escrito o verbal, en éste último caso de asentarse por escrito, no requiere de formalidad alguna, basta -- la voluntad expresa de perdonar. El perdón es irrevocable, -- ello significa que una vez otorgado no puede ser revocado, -- sin importar la causa que se invoque.

Otras de las causas extintivas de la pretensión punitiva, es la prescripción.

Vela Treviño⁷⁹ sostiene que la prescripción es la autolimitación que el Estado se impone para perseguir los hechos - delictuosos, o bien, ejecutar las sanciones impuestas a los -- delincuentes por el transcurso del tiempo.

La prescripción es personal y para ello basta el simple transcurso del tiempo señalado por la ley, a través de la -- prescripción se extingue tanto la acción penal como las sanciones mismas.

La prescripción extingue la pretensión punitiva y produce sus efectos aún cuando no la haga valer el acusado, y - los jueces tienen la obligación de aplicarla oficiosamente, - independientemente del estado de los autos.

Los términos de la prescripción son continuados y se contarán, a partir del momento en que se consume el delito si - fuere instantáneo, a partir del último día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, - si el delito fuere en grado de tentativa; desde el día en -- que se realizó la última conducta tratándose de delito conti- nuado y desde la cesación de la consumación en el caso de -- delitos permanentes. (Arts. 100 y siguientes del Código Penal).

79. Aut. Cit. por García Ramírez, Sergio. Op. Cit. p. 210

Para la prescripción de la pretensión punitiva se tomará en cuenta si el delito es sancionado con pena pecuniaria - o corporal o alternativa, igualmente, el requisito de procedibilidad, si existe acumulación, si hay una actuación judicial o la práctica de una diligencia, las fechas de éstas ultimas en el término medio aritmético de la sanción.

CAPITULO III

DEL DEFENSOR

3.- CONCEPTO ETIMOLOGICO Y DOCTRINAL.

La expresión defensa, se deriva del latín, significa to da acción de defender, a su vez defender, proviene de latín "defendere", tiene el significado de amparar, defensor, derivado del latín, es quien ejecuta la actividad de defender.⁸⁰ Casares julio sostiene, por su parte, que la defensa es toda acción y efecto de defenderse.⁸¹

No existe argumento sólido contra la afirmación de que la defensa, como institución jurídica, es signo inequívoco-- de la civilización, del derecho penal moderno, ya que guarda íntima relación con el hombre mismo, con el valor de "libertad", la posesión y muchos otros bienes jurídicos reconocidos por la ley.

En el marco doctrinario también encontramos elementos - de alta importancia en relación al concepto del defensor.

⁸²
El Maestro Pallares apunta que la palabra defensa --- tiene diversas excepciones: a) El efecto de repeler una agresión injusta; b) Los hechos o razones jurídicos que hace va-

80.- García de Diego Vicente. Diccionario Etimológico Español e Hispánico. Edit. S.A. E.T.A. 1954. Pág. 124

81.- Casares Julio. Diccionario Ideológico de la Lengua Española Barcelona, España. Edit. Gustavo Gili. S.A. 1959 - Pág. 262.

82.- Pallares Eduardo. de Derecho Procesal Civil, edit. Porrúa. México 1981 P.222.

ler el demandado para excepcionarse y destruir la acción -- del demandante de la expresión defensa derivan las correspon--- dientes a defensor y defensorio. Por defensor se entiende - a la persona que realiza la defensa de otro, y por defenso-- rio, el escrito que se formula en defensa de alguna persona.

La defensa es una institución jurídica que comprende -- al imputado y al defensor, el primero es el elemento indivi-- dual, en tanto que el segundo se concibe con un carácter so-- cial. El primero presume la existencia del otro, tiene como - caracterfstica la unidad en su función.⁸³ Uno es comple-- mentario del otro, ambos coexisten en el largo camino ante- el órgano jurisdiccional.

La institución de la defensa es producto de la civiliza-- ción, inconfundible signo del sistema procesal acusatorio.- El defensor representa a la institución de la defensa, y -- ésta se encuentra integrada por el sujeto activo del delito- y el asesor técnico, ésta, complementa la personalidad jurfdi-- ca de aquél.⁸⁴

Los conceptos defensa y acusación son correlativos, in-- divorciables, en la dialéctica de los contrarios, constitu-- ye el momento de la antítesis. Al igual que la acusación, es una institución del Estado, indispensable en la obtención --

83.- Silvestre Graciano. Aut. Citado por Colín Sánchez Gui-- llermo. Op. Cit. Pág. 188

84.- Carnelutti Francesco, aut. Citado por José Guarneri. Las Partes en el proceso penal. Cajica Puebla. 1952. p. 328

de la verdad en el proceso penal.

En nuestra legislación, la defensa es un derecho público subjetivo, una garantía constitucional que ampara, justifica y dá valor a todos los actos procesales, los de audiencia y defensa, dá nacimiento a organismos auxiliares de la justicia, la defensoría de oficio.⁸⁵

El concepto defensa es opuesto al de acusación y complementario de éste, en la formación del juicio penal, sigue el orden de la triada lógica, la acusación es la tesis la defensa la antítesis, y el juicio la síntesis.

La defensa debe estar encomendada a los abogados, el defensor del acusado integra la personalidad procesal y colabora con el juez en la dirección y desenvolvimiento del proceso y en la búsqueda de la verdad, todo ello, en servicio de la justicia.⁸⁶

La defensa, como institución, representa en el procedimiento penal moderno una función de altísima importancia, ya que a él se le considerará como un órgano que presta gratuitamente asistencia técnica a las partes o como la persona que, a cambio de una retribución, pone en práctica sus conocimientos en beneficio o al servicio del inculcado.⁸⁷ La defensa, es una garantía legalmente establecida en los

85.-García Ramírez Sergio. y Victoria Adatto. Prontuario del Proceso Penal Mexicano, Porrúa. México 1982 Pág.96

86.-Florian Eugenio. Elementos de derecho Procesal Penal. -- Trad. por Leonardo Prieto. Edit. Bosch. Barcelona Pág.96

87.- González Bustamante Juan José. Principios de derecho Procesal Penal Mexicano. Porrúa. México. 1971 pág.86.

países civilizados, el negarla al acusado la asistencia de un defensor o el obstaculizar al defensor el cumplimiento de su misión, es síntoma de tiranía, injusticia y debe de considerarse como un atentado a la libertad del hombre.⁸⁸

La defensa del imputado, desde el punto de vista subjetivo, es el derecho subjetivo público individual de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia que sea capaz de atenuar o excluir su responsabilidad penal, también constituye una actividad esencial del proceso, que integra el triángulo formal de la justicia represiva en cuanto a que nadie puede ser condenado sin ser oído ni defendido.⁸⁹

El defensor no es un patrocinador de la delincuencia, sino del derecho y la justicia en cuanto puedan ser lesionados en la persona del inculcado.⁹⁰

En torno a la expresión en el sentido de que el defensor penal es producto de la civilización y del derecho penal moderno. Alcalá y Zamora nos dice que el derecho a la defensa es una garantía para lograr la recta administración de justicia, no solo por la razón de que los acusados sean-

88.- González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Penal Mexicano. Porrúa México. 1946. Pág. 87 y 88.

89.- Velez Maricande Alfredo. Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Argentina. Edit. Lerner. 1969. Pág. 377.

90.- Vincenzo Manzini. Tratado de Derecho Procesal penal. -- Buenos Aires, Argentina. Edit. Ejea. 1954. Pág. 576.

incapaces de hacer una ordenación clara, sistemática y conveniente relación de los hechos, sino porque ser jusperitos coopera de modo eficaz a hayar de entre el laberito de -- la ley, las normas legales aplicables al caso.⁹¹

Nuestra Carta Magna asegura la defensa del inculpado, y para ello sentó un postulado de libertad, en el sentido de que el imputado puede designar a la persona de su confianza para que lo defienda en el proceso; nótese como la ley suprema no exige que el defensor sea una abogado titulado con autorización legal y con cédula profesional para su ejercicio.

A través del derecho de defensa se realizan actos tendientes a hacer valer, en el proceso penal, los derechos o intereses del encausado. El art. 14 Constitucional establece los principios del debido proceso legal y de que toda persona debe ser oída y vencida en juicio previamente a su condenación.

En el proceso penal, la presencia del defensor tiene un carácter obligatorio, ya que se inserta aún sin la voluntad del acusado, en atención a que, jurídicamente, no existe proceso penal sin defensor, de tal suerte que, por un la

91.- Alcalá y Zamora Niceto. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Argentina LTDA. Guillermo KRAFT. Págs. 42- y 43.

do es un derecho del acusado, y por otro, una obligación para el juzgador.

En efecto, en la actividad preprocesal y procesal, apreciamos la presencia de una defensa dirigida por el acusado - (defensa material) y de otra que lleva a cabo el técnico del derecho (defensa técnica).

3.1 LA DEFENSA TECNICA Y LA DEFENSA MATERIAL.

García Ramírez,⁹² sostiene que la defensa realizada por el propio inculpado, ya para proteger sus intereses o para acreditar su inocencia, es un derecho subjetivo público, al que se le denomina defensa material.

Cuando el inculpado niega, miente o desvirtúa los hechos que se investigan, realiza su defensa, llamada material como si se tratase de un acto reflejo, mismo que se traduce en la negación, desvirtuación de la verdad de acuerdo a su entender, a su instrucción cultural o educativa, de modo tal que se sienta protegido al realizar su declaración ante el agente del ministerio público investigador o ante el órgano-jurisdiccional en su declaración preparatoria o en la etapa de desahogo de pruebas, todo ello a fin de que crea que su responsabilidad penal no este comprometida.

El indiciado debe vertir su declaración en forma libre y espontánea, revelar la verdad que le convenga, proponer la defensa material que sus propias convicciones le sugieran, pero, sin la influencia de malos o buenos consejos, pues de otras manera se obscurece la verdad histórica buscada.

En efecto, la defensa corresponde al indiciado, y en ejercicio de tal facultad, declarará confesado su participación en el delito, o bien, la negará aduciendo circunstan-

92.- García Ramírez Sergio y Victoria Adatto. Op. Cito. Pág. 110.

cias que justifiquen su responsabilidad penal, expondrá razones y motivos que lo impulsaron a cometer el ilícito, o --
bién, simplemente alegará que estuvo en un lugar distinto --
al que se cometió el hecho punible. Esto significa que todos
los inculpados podrán confesar, negar o encontrar una justifi-
ficante a su conducta sin necesidad de los consejos de un -
abogado, los cuales, generalmente, distorcionan la verdad --
que interesa y que es finalidad del proceso penal, ya porque
deforme los acontecimientos, se oculten ciertas circunstan--
cias del evento antisocial o porque se incluyan otras.⁹³

La defensa material se realiza cuando el imputado del-
delito, por propia iniciativa o por el interrogatorio de la-
autoridad judicial o policial, dé explicaciones sobre los --
hechos que se le atribuyen.⁹⁴ Estas explicaciones son ins--
tintivas y espontaneas, y por lo general, se vierten en la -
indagatoria.

Claría Olmedo expresa que la defensa material es la fa-
cultad de una persona para resistir la promoción y ejerci--
cio de la acción penal, demostrando su inocencia o atenua---
ción de su responsabilidad.⁹⁵

93.-Véase Pérez Palma Rafael. Op. cit. pág. 181

94.-Rubianes J. Carlos Manuel de Derecho Procesal Penal. To-
mo I. Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1983. Pág.351

95.-Claría Olmedo Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal
Tomo I. Buenos Aires Argentina. 1960. Pág. 308

Lo cierto es que la gran mayoría de legislaciones reconocen que el inculcado tiene el derecho a defenderse por sí mismo. contar con la asistencia de un defensor, el cual será designado por el inculcado, y en caso de carecer de recursos económicos para pagar sus honorarios, se le nombre uno de oficio cuyo pago estará a cargo del Estado.⁹⁶

Se le llama defensa técnica a la defensa realizada por el abogado defensor ante el órgano jurisdiccional, o bien ante el investigador en la fase de previa averiguación en la medida que se controviertan las características de libre y espontánea, ajena a vicios y todo aquello que atente contra el conocimiento de los hechos que se investigan, de tal suerte, que se ha llegado a sostener que en la averiguación previa no se realizan actos de defensa pues no se rige por el principio de lo contradictorio, además, que no existe defensa porque todavía no se manifiesta la acusación que se engendra en un primer momento por el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, participamos de la opinión de la presencia del defensor el momento mismo en que se lesionen o pretendan lesionar bienes jurídicos de cualquier persona.

Verbigracia, que una persona es privada de su libertad -- en la averiguación previa en contravención a los requisitos

96.- Rodríguez y Rodríguez Jesús. La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en derecho Comparado. UNAM. México, 1981. Pág. 104.

contenidos en el artículo 16 Constitucional (Flagrancia y notoria urgencia).

Observamos que en el caso en que el inculpado conozca con precisión los hechos que se investigan y que se le atribuyen, ignora la situación legal que le rodea, porque no está capacitado para conocer las disposiciones legales aplicables en su beneficio. Suplir estas deficiencias es precisamente el objeto y justificación de la defensa técnica, para que con la presencia de esta, se dé cumplimiento a la garantía de defensa, pero cuando la defensa técnica se aleja de su misión, de la ética profesional y personal al invadir el terreno de la defensa material mediante el ocultamiento de la verdad o la introducción de circunstancias legales -- ajenas al acontecimiento fáctico, utilizando testigos falsos, peritos "Pagados" para desnaturalizar la verdad histórica, deforma su noble función, sus actos se manifiestan antisociales y se traducen, finalmente, en un obstáculo procesal.

La función del defensor no se constriñe únicamente al consejo técnico o al simple asesoramiento de su defensor, -- sino al expresar que obra por cuenta propia y en interés -- del procesado.⁹⁷

97.- Franco Sodi. Op. Cit. Pág. 100

La función del defensor es compleja, comprende asesoramiento técnico que el encausado requiere, lo representa, interpone recursos, incluyendo el juicio de amparo, su intervención es equilibrante en la contienda judicial ya que el Ministerio Público es la parte fuerte del proceso; auxilia al juez instruyendolo de la defensa material que propuso su defenso o en razón de la defensa técnica que el defensor estime conveniente.⁹⁸

La defensa es indispensable para determinar la relación de casualidad y la imputabilidad del reo, de lo contrario no sería posible mantener el justo equilibrio de las partes en el proceso. Sería estrecho conceptuarlo como un simple asesor que presta asistencia técnica a su defenso, su posiciónes sui generis, no es mandatario ni asesor técnico, sino que es un patrocinador del derecho y de la justicia en cuanto pueden resultar lesionados en la persona de su defenso.⁹⁹ Su naturaleza es poliédrica.¹⁰⁰

La necesidad de que el procesado tenga un abogado que le preste asistencia técnica es una garantía procesal mínima sin la cual se constituye un violación e invalidación del proceso.

98.- Pérez Palma Rafael. Op. Cit. Págs.

99.- Vincenzo Manzini Op. Cit. Págs. 578.

100.- Véase José Guarneri. Las partes en el Proceso Penal. - Cajica Puebla. S/F. Trad. por constancia Bernaldo de Quirós Págs. 39 y siguientes.

La defensa técnica es obligatoria, decíamos, que existe aún sin el consentimiento del presunto en razón de que no hay proceso válido sin defensa técnica. No obstante de que el reo se declarase culpable y manifieste su deseo de renunciar a la defensa, el juez tiene la obligación de designarle uno de oficio, de modo que, en ningún momento esté desprovisto de defensor, de lo contrario, sería nula toda diligencia practicada por carecer de representación.¹⁰¹

La defensa técnica, es la razonada, la jurídica, aparece como obligatoria en el proceso penal dado el interés de la justicia; es presupuesto indispensable para dictar una sentencia cuando se ha producido la acusación.

La defensa técnica está en manos de un abogado, auxiliar del imputado del delito; lo asesora jurídicamente y lo representa en los actos procesales, desarrolla su actividad en cualquier estado del proceso, el acto esencial de su cometido se manifiesta en el momento de dar respuesta a su acusación. Para que haya defensa basta que a alguien se le atribuya la comisión de un delito, éste es el punto central de nuestra tesis.

101.- Acero Julio. Procedimiento Penal. Cajica. Puebla. México. 1968. Pág. 174.

3.2 DEL ARTICULO 134 BIS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Siendo titular de la Procuraduría General de Justicia - del Distrito Federal el Lic. Agustín Alanís Fuentes, emitió el acuerdo No. 58/81 en fecha 8 de octubre de 1981, mediante el cual se estableció el derecho del indiciado a nombrar - un abogado defensor desde el momento de su detención, al --- expresar:

"Nuestra Carta Fundamental orienta un procedimiento penal humano por corresponder a un régimen de libertades que tiende a evitar diligencias secretas y procedimientos ocultos, para no restringir el derecho a la defensa por sí mismo o por medio de otros y que el inculcado pueda ofrecer pruebas y asistir a su recepción puesto que son actos que le -- afectan.

Si la sociedad por medio del Ministerio Público tiene-- completa libertad para acumular todos los actos que haya con-- tra el inculcado, es gran injusticia que a éste se le ponga-- trabas para su defensa.

La práctica constante indica que quien es acusado y se - encuentra en libertad, pueda ofrecer pruebas y argumentos de que dispone en un término más o menos largo, y cuando además la sola privación de la libertad lo coloca en una situación-- desventajosa respecto de su acusador, por lo que debe intro-

ducirse formalmente un derecho a nombrar defensor desde el inicio de la averiguación previa, cumpliendo con el espíritu de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos."

En esencia, el acuerdo en cuestión, en su numeral primero dispone que el inculpado podrá nombrar defensor desde el momento en que es detenido y puesto a disposición del Ministerio Público, en los casos de flagrante delito o sin estar detenido, desde el inicio de la averiguación previa y tendrá derecho a que se hayan en todos los actos del procedimiento.

Dicho acuerdo nos invita a reflexionar de interés, pues aún cuando la averiguación previa no se rige por el principio de lo contradictorio, materialmente se ha manejado con la característica de "Secreta y ello ¿Cómo lo contemplaremos en la pretendida declaración libre y espontánea del indiciado sin engaños y elementos extraños que alteran la verdad histórica?

Por otra parte, recientes reformas tuvieron lugar en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Querétaro en las que se establece la facultad del defensor desde la averiguación previa, inclusive, con el derecho de la defensa -- de ofrecer pruebas, con los mismos derechos con que el defensor cuenta ante el órgano jurisdiccional.

Lo cierto es que bien amerita ser un tema de gran inte--

rés en el derecho procesal penal mexicano.

Sin embargo, Colón Sánchez¹⁰² sostiene que dentro de la averiguación previa, desde el punto de vista procedimental, no se llevan a cabo actos de defensa.

Retrospectivamente, por decreto de 26 de Diciembre de 1981, se adicionó el artículo 134 bis del código adjetivo en materia penal, en donde se estableció que los detenidos desde el momento de su aprehensión podrán nombrar abogado que se encargue de su defensa. A falta de uno de confianza o defensor particular, El Ministerio Público tiene el imperativo legal de nombrar al de oficio.

A nuestro juicio, la pretensión legal fue que el defensor en la previa averiguación sirviera de límite a las frecuentes arbitrariedades del ministerio público, a fin de cumplir con la garantía de defensa consignada en la fracción IX del artículo 20 Constitucional, sin embargo no lograron materializarlo, ya que concluyeron en un simple nombramiento de defensor con matices decorativos y proyecciones falaces.

Es por ello que mediante decreto publicado el 8 de Enero de 1991, se reforma el artículo 269 del Código Procesal de la materia, en la que se reitera la firme voluntad cons-

102.- Véase Colín Sánchez Guillermo. Op. Cit. Pág. 185.

titucional de vigorizar el derecho a la defensa en todos los actos del Ministerio Público investigador, al establecer en su inciso B de la fracción II, "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."

En efecto, hasta antes de la reforma de Enero de 1991, la averiguación previa correspondía mayormente a características inquisitoriales, resultando por todo, un equilibrante, un obstáculo a excesos, a arbitrariedades que bajo el manto de lo "secreto" son frecuentes en el Órgano investigador, -- en consecuencia, deja de tener vigencia la jurisprudencia -- que sostiene que defensa, garantía de la obligación impuesta a la autoridad de instancia por la fracción IX del artículo 20 Constitucional, surte efectos a partir de que el indiciado -- es puesto a disposición de la autoridad judicial, y ésta al recibir la declaración preparatoria del presunto responsable tiene la obligación ineludible de designarle defensor si es que aquél no lo ha hecho más la facultad de asistirse de --- defensor a partir de la detención del acusado, concierne única y exclusivamente a éste, por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fue detenido, esa omisión es imputable al propio acusado y no al juez instructor.¹⁰³

103.- Jurisprudencia No. 106 Séptima Época Pág. 235 Volúmen--
Primera Sala, Segunda parte. Apéndice 1917 -1975.

No obstante lo anterior, y las reformas habidas en un gran número de códigos procesales en las entidades federativas, la doctrina se ha manifestado que el derecho a la defensa es correlativo al ejercicio de la acción penal,¹⁰⁴ que la averiguación previa no se rige por el principio de lo contradictorio, que en la averiguación previa no se acusa de nada al sujeto y que es precisamente con la consignación cuando la pretensión punitiva del Estado se hace manifiesta.

Pero el derecho procesal penal moderno indica lo contrario, lo cual es a nuestro juicio exacto, ya que el derecho a la defensa debe tener Vigencia desde el momento mismo en que el indiciado tiene conocimiento de la imputación que existe en su contra.

También se ha cuestionado el cómo el representante social habrá de valorar las pruebas aportadas por el defensor y las allegadas por el mismo a través de sus órganos auxiliares, aquí creemos que es la buena fé la que dá la oportunidad de hacer una justa valoración de los elementos de convicción para hacer el juicio valorativo respecto a la acreditación de los elementos del tipo y la presunta responsabilidad del indiciado.

104.- Véase Arilla Bas Fernando. El Procedimiento Penal en México. Edit. Kratos. México 1981, Pág. 75.

Por otra parte, el artículo 128 del Código Federal -- de procedimientos Penales, en su último párrafo expresa que "Desde el momento en que se determine la detención, el Ministerio Público hará saber al detenido la imputación que se le hace y el derecho que tiene para designar persona que lo defienda, dejando constancia de ésta notificación en las actuaciones. El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor oportunamente aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, que se tomarán en cuenta, como legalmente corresponda, en el acto de la consignación o de liberación del detenido, en su caso. -- Cuando no es posible el pleno desahogo de las pruebas de -- la defensa, se reservarán los derechos de ésta para ofrecer las ante la autoridad judicial y el Ministerio Público hará la consignación si están satisfechos los requisitos para -- el ejercicio de la acción.

El establecimiento del derecho a la defensa dentro de la averiguación previa implica ciertos beneficios para el -- indiciado atento a que estará acompañado de su defensor en todas las diligencias que practique el ministerio público; -- así mismo, en las declaraciones que habrá de vertir, en su caso, el inculpado, podrá retractarse de las confesiones -- que comprometan su responsabilidad.¹⁰⁵

105.- López Leyva Jesús. La Defensa en la Averiguación Previa. Memoria del Primer Seminario de Derecho Procesal Penal. Anuario Jurídico. UNAM, México, 1985, pág.454

El maestro Rivera Silva¹⁰⁶ sostiene que no es admisible el defensor dentro de la averiguación previa porque obstruiría la verdad, entorpece la labor investigadora, deforma la verdad, además la situación jurídica del indiciado no está definida.

La vigencia de la garantía de defensa dentro de la previa averiguación es, sin duda, un considerable progreso en el procedimiento penal mexicano; no debe estimarse que deforme la función de la institución investigadora o que la deforme al convertirla en una actividad jurisdiccional por adquirir en forma sui generis el carácter de "parte", que implica igualdad de derechos que el denunciante, sino, que dicha garantía encuentra su justificación desde el momento mismo en que los bienes jurídicos del indiciado se ponen en peligro con la imputación que existe en su contra, mayormente, debe tener vigencia la defensa en el momento en que el bien jurídico de la libertad del sujeto ha sido restringido o existe el peligro de afectarse.

Además, que nos interesa si mediante la defensa se altera la verdad histórica de los hechos con el consejo del defensor de negar o introducir circunstancias que atenuen su responsabilidad, pues como lo ha sostenido el maestro Luis de la Barrera,¹⁰⁷ en una democracia la prueba confesional no pue-

106. Rivera Silva Manuel, Op. Cit. pág. 44

107. De la Barrera Solórzano Luis. La Tortura en México. - Porrúa, México, 1990.

de ni debe ser la reina de las pruebas. La confesional debe - tener plena validez cuando sea rendida frente al defensor, - ratificada ante la autoridad investigadora e instructora, y - más aún, adminicularse con otros elementos de convicción, luego entonces, que valor probatorio puede concedérsele a la confesión del indiciado cuando el único elemento es precisamente ese.

Creemos que el punto medular se encuentra en un cambio - de pensamiento en torno al derecho procesal penal moderno que dota al procedimiento de validez en la medida que se cumplan - con las garantías constitucionales.

3.3. FRACCION IX DEL ART. 20 CONSTITUCIONAL Y LA LEY REGLAMENTARIA DEL ART. 5o. CONSTITUCIONAL.

La garantía de defensa es un derecho del indiciado dentro de la averiguación previa y ante el órgano jurisdiccional por tanto, es una obligación legal del Ministerio Público y del juez instructor, de lo contrario sus actuaciones quedan invalidadas.

El artículo 20 Constitucional expresa que "En todo juicio del orden criminal, al acusado se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará la lista de los defensores de oficio para que elija el que, o los que le convengan. 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 de su aprehensión, y tendrá derecho a que éste se haya en todos los actos del juicio; pero tendrá la obligación de hacerlo comparecer -cuántas veces se necesite".

Aún cuando el Constituyente de 1917 haya incurrido en la confusión terminológica de "aprehensión" y "detención", lo cierto es que su pretensión fue que el indiciado contara con un defensor desde el momento en que su libertad personal es afectada, sin importar ni trascender los argumentos en el sentido de que la aprehensión es un acto procesal que corresponde al órgano jurisdiccional, y que la detención se da en la -

previa averiguación del delito, y por tanto, es un acto de la autoridad administrativa, con la excepción del delito de oficio y flagrante.

Consecuentemente, lo anterior no significa que el derecho a la defensa tenga vigencia ante el juez instructor. Es decir, para los efectos del derecho a la defensa, los términos "aprehensión y detención" implican por igual restricción a la libertad personal, y por ello la garantía de defensa adquiere vigencia y aplicabilidad plena.

En cambio, creemos que el derecho a la defensa se suicida cuando la persona que ejerce la defensoría no es licenciado en derecho. Esto si es grave.

Según el texto del artículo 20 Constitucional fracción IX, cualquier persona puede realizar la función de defensor, es decir, no es requisito legal ser licenciado en derecho con autorización de las autoridades correspondientes.

Coincidimos con el maestro Pérez Palma¹⁰⁸ cuando estima que si la persona en que recae el nombramiento de defensor no es letrada, generará indefectiblemente, una defensa deficiente, a virtud de la falta de experiencia en el manejo de las leyes, sin embargo no estamos de acuerdo con él cuando sostiene que los jueces que exigen que los defensores sean abogados titulados carecen de fundamento legal y respaldo

108. Pérez Palma Rafael. Op. Cit. pág. 282

constitucional.

En efecto, le asiste razón al sostener que la constitución no establece la obligatoriedad de que el defensor sea licenciado en derecho, pero no cree usted que la garantía de defensa tenga plena vigencia con un licenciado en derecho que con cualquier otra persona que carezca de título?

De acuerdo a lo establecido por la fracción IX del artículo 20 Constitucional, cualquier persona puede ser defensor penal, es decir, dicho precepto deja la libre elección al inculcado para la designación de su defensor, pero esto es indicativo de que se hace nugatoria la garantía de defensa, sin embargo, no dejamos de apreciar que la intención del Constituyente fue dar libertad al indiciado para que el designara a la persona que se encargaría de su defensa, además, de que no se instruyera procedimiento alguno sin la designación del defensor, de allí donde se justifica que el Constituyente estableciera también la garantía de defensa gratuita a través de la defensoría de oficio.

La ley procesal de la materia para el fuero federal, dispone en su artículo 160 el impedimento para ser defensores a quienes se ha y en presos o procesados, a los que hayan cometido un delito de abogado, patrono y litigante; igualmente en concordancia con la fracción IX del 20 Constitucional dispone que cuando la persona designada como defensor carezca de título o autorización legal para ejercer la profesión de licencia

do en derecho, se le designará al acusado un defensor de oficio para que oriente al no letrado y al encausado en lo relativo a su defensa.

Mientras el código procesal de la materia para el Distrito Federal, en su artículo 296, sostiene que "Todo acusado tendrá derecho a ser asistido por sí o por persona de su confianza. Si fueren varios los defensores, estarán obligados a nombrar un representante común, o en su defecto, lo hará el juez".

Lo anterior nos lleva a la afirmación de que el texto del código federal es más protector, pues contrariamente al postulado constitucional, "persona de confianza", impone el defensor de oficio, que suponemos tienen título legal para el ejercicio.

La ley reglamentaria del artículo 5 Constitucional, relativa al ejercicio de profesiones, publicada en el diario oficial el 26 de mayo de 1945, dispone que el ejercicio de la licenciatura en derecho requiere título.

El ordenamiento legal citado dispone en su numeral 24 que "Se entiende por ejercicio profesional, para los efectos de ésta ley, la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto, o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque solo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter de profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro

modo. No se reputará ejercicio profesional cualquier acto - realizado en los casos graves con propósitos de auxilio inmediato".

En tanto, el artículo 28 de dicha ley reglamentaria dispone que en materia penal, el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por medio de persona de su confianza o por ambos, según su voluntad..." ..."Cuando la persona o personas de la confianza del acusado, designados como defensores no sean abogados, se les invitará par que designen, además, un defensor con título, en caso de que no hiciere uso de ese derecho, se le nombrará al defensor de oficio.

Lo anterior, en opinión del Dr. Zamora Pierce, es considerado como extraordinario, ya que como norma secundaria, respeta el derecho del encausado de designar para que lo defienda, una persona de confianza, además le otorga la garantía de defensa real, al designarle además al defensor de oficio.¹⁰⁹

En efecto, el artículo 28 de la ley reglamentaria de profesiones es complementaria al texto de la fracción IX del artículo 20 Constitucional, pues la garantía de la defensa no se satisface con la simple designación de una persona que asumió las funciones de un defensor, sino el derecho a un defensor con título legal para su ejercicio, lo cual lleva consigo la capacidad subjetiva en el manejo de las leyes, en los derechos que le asisten al encausado, la forma, términos y condi-

109. Véase Zamora Pierce Jesús. Garantías y Proceso Penal. Porrúa, México, 1984. pág. 87

ciones en que debe hacerlos valer, en suma una, auténtica defensa técnica que dé cumplimiento a la fracción IX del artículo 20 Constitucional.

Es por ello que resulta adecuada la propuesta de reforma al artículo 20 Constitucional en su fracción IX, en la que se exprese que el defensor tenga título o autorización legal, lo cual evitaría o cuando menos disminuiría la actividad de aquellos que hacen su "modo de vivir" con la angustia y el dolor de quienes sufren la prisión preventiva.

3.4 LA DEFENSORIA DE OFICIO Y LOS PASANTES.

En materia de fuero común, la defensoría de oficio se funda en la ley del 7 de mayo de 1940, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio del citado año, dependiente del Departamento del Distrito Federal; mientras que la defensoría en materia federal tiene su origen legal en la ley del 30 de enero de 1922, publicada en el Diario Oficial el 9 de febrero del mismo año, y a diferencia de la del fuero común, depende de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tanto en el orden común como en el federal, el Estado a través de la defensoría de oficio gratuito, pretende beneficiar a quienes no tienen los medios económicos suficientes para pagar los honorarios de un abogado particular.

La defensoría de oficio presta sus servicios gratuitamente en las ramas del derecho penal, tanto en averiguación previa como ante el juez, en materia civil, familiar, etc.

En el ámbito federal, en su artículo 4o se enuncia que los defensores de oficio patrocinarán a quien carezcan de un abogado particular; dentro de las atribuciones legales encontramos que, además de la de defensor, deberán realizar visitas a la prisión, estudiar la inclinación viciosa de su defensa, debiéndolo aconsejar y exhortar de tal manera que propicien su regeneración moral,¹¹⁰ en otras palabras, se les esti

110. García Ramírez Sergio. Estudios Penales. Escuela Nacional de Artes Gráficas. 1977, México, pág. 271.

ma a la defensoría de oficio como un instrumento de readaptación social.

En el fuero federal, los defensores y los superiores jerárquicos de éstos, son nombrados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y tienen su adscripción en la Corte misma, juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados.

La ley procesal tanto federal como del fuero común tienen previstos mecanismos de sanción ante las irregularidades de los defensores de oficio.

De esta forma, observamos que el artículo 233 del Código Penal para el Distrito Federal, dispone que los defensores de oficio que no promueven las pruebas conducentes en defensa de los reos que los designan, serán destituidos de su cargo.

El artículo 433 del código adjetivo del fuero común sostiene que el tribunal tiene la facultad para imponer al defensor, ya sea particular o de oficio, una corrección disciplinaria o informar al superior, tratándose del de oficio, cuando el defensor faltare a sus deberes, interponga recursos y no cumpla con su seguimiento y estos prosperen según las constancias de autos, o cuando no interponga los precedentes, cuando sostenga hechos falsos, cuando la conducta del defensor constituya delito, podrá ponerlos en conocimiento del ministerio público.

Casi similar es el pronunciamiento de la ley en materia federal, al establecer el artículo 391 del código adjetivo, la

facultad del tribunal de alzada para proceder en contra del defensor, en forma semejante al del fuero común.

Pero en el plano ideal los planteamientos son siempre satisfactorios, mientras que la realidad nos muestra una situación diametralmente distinta, ya que la defensoría de oficio cuenta con elementos que en su mayoría, por no decir total, carecen de cédula profesional y título expedido por las autoridades respectivas, de tal maenra que la garantía de defensa es nula, inexistente; en los juzgados penales no existen listas de defensores, y ésto no es una mentira, pues quienes hemos tenido la oportunidad de patrocinar al inculpado en su declaración preparatoria, observamos que la llamada "lista de defensores" se reduce al defensor de oficio adscrito al juzgado.

Además, también es cierto que la garantía de defensa gratuita es una falacia, en donde el ofrecimiento de pruebas, interposición de recursos y audiencias, tienen un costo que arbitrariamente determinan quienes tienen la obligación de prestar un servicio gratuito cuyos honorarios paga el Estado.

Donde está la garantía de defensa gratuita en el defensor de oficio?.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La figura del defensor en la previa averiguación, es un signo inequívoco de modernidad, civilización y humanización del derecho punitivo mexicano.

SEGUNDA.- Paralelamente a lo anterior, implica el fracaso del Ministerio Público como institución de buena fe, pues ha mostrado sistemáticamente una marcada tendencia a ejercitar la acción penal arbitrariamente.

TERCERA.- La presencia del defensor en la etapa preprocesal cobra vida jurídica desde el momento mismo en que se inicie la indagatoria; y sin duda alguna, desde el momento en que se afectan bienes jurídicos del indiciado.

CUARTA.- La pretensión del Constituyente de 1917, en el postulado marcado en la fracción IX del artículo 20, debemos entenderla en que establece la presencia de un "defensor con título", de otra forma, estamos en presencia de un precepto pragmático que hace nugatoria la garantía de defensa.

QUINTA.- La defensa técnica en la previa averiguación del delito, no debe ser meramente decorativa con un mero nombramiento, por el contrario, su ejercicio debe ser pleno, atendiendo a principios de legalidad, justicia y equidad.

SEXTA.- El carácter de "secreta" de la averiguación previa, es una característica que debe desaparecer, pues significa un fuerte raigambre inquisitorial.

SEPTIMA.- En atención a lo anterior, es conveniente una reforma al artículo 20 Constitucional y a la ley procesal de la materia, donde se precise la exigencia de que el defensor penal sea titulado, pues sin defensor titulado no existe la defensa técnica.

OCTAVA.- Reiteramos que, de acuerdo a la fracción IX - del artículo 20 Constitucional, la defensa debe ser libre para el encausado, obligatorio para el ministerio público y el juez instructor, y tratándose del defensor de oficio, debe ser gratuita, mientras que en la realidad ni es gratuita -- "in genere" ni es real por la falta de una política del Estado que le permita tener defensores de oficio titulados.

NOVENA.- También resulta necesaria la reforma al código de procedimientos penales en el que se establezca con claridad la forma de actuación del defensor en la previa averiguación, la cual habrá de ser en las mismas condiciones que ante el órgano jurisdiccional.

DECIMA.- Un Estado de derecho moderno reconoce y establece en su normatividad la real garantía de defensa y un carácter gratuito para quienes carecen de medios económicos para pagar un defensor particular, pues de otra forma, se pune

las condiciones económicas del indiciado, lo que no es otra cosa que el reconocimiento de "la ley del más fuerte sobre el más débil".

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ACERO, Julio.- Procedimiento Penal. Cajica, Puebla 1968.
- 2.- ALCALA Y ZAMORA, Niceto.- Derecho Procesal Penal. Edit. Guillermo Kraft. Ltd. Buenos Aires, Argentina. 1945.
- 3.- Anuario Jurídico. Varios autores. Memoria del Primer Seminario de Derecho Procesal Penal. UNAM. México. 1985.
- 4.- ARILLA BAZ, Fernando.- El Procedimiento Penal en México, Kraftos. México, 1981.
- 5.- BALTAZAR SAMAYOA, Salomón.- Ponencia Presentada en el V Congreso de Criminología. Jalapa, Veracruz. - "Motoría Urgencia e Impunidad". 1992.
- 6.- BORJA OSORNO, Guillermo.- Derecho Procesal Penal. Edit. Cajica, México, Puebla. 1969.
- 7.- BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Porrúa. - México. 1977.
- 8.- CASARES, Julio.- Diccionario Ideológico de la Lengua - Española, Edit. Gustavo Gili, Barcelona, España. 1959.
- 9.- CLARIA OLMEDO, Carlos.- Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Buenos Aires, Argentina, 1960.
- 10.- DE LA BARREDA, Luis. La Tortura en México. Porrúa. -- México, 1990.
- 11.- FLORIAN, Eugenio.- Elementos de Derecho Procesal Penal. Traducido por Leonardo Prieto Castro. Edit. -- Bosch. Barcelona. s/f.
- 12.- FRANCO SODI, Carlos.- El Procedimiento Penal Mexicano. _ Porrúa. México. 1946.
- 13.- FRANCO VILLA, José.- El Ministerio Público Federal. Po rruá. México. 1985.
- 14.- GARCIA DE DIEGO, Vicente.- Diccionario Etimológico Español e Hispano. Edit. S.A.E.T.A. 1954.
- 15.- GARCIA RAMIREZ, Sergio.- Estudios Penales. Edit. Escuela Nacional de Artes Gráficas. México. 1977.

- 16.- GARCIA RAMIREZ, Sergio.- Curso de Derecho Procesal Penal. Porrúa. México, 1983.
- 17.- GARCIA RAMIREZ, Sergio y Victoria.- Adatto Prontuario - del Proceso Penal Mexicano. Porrúa, México, - 1982.
- 18.- GOMEZ LARA, Cipriano.- Teoría General del Proceso. UNAM. México, 1981.
- 19.- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José.- Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Porrúa. México, 1971.
- 20.- GUARNERI, José.- Las Partes en el Proceso Penal. Cajilla, Puebla. 1952.
- 21.- LOPEZ VALDIVIA, Rigoberto.- Ampliación del Término de - 24 horas a que se refiere la fracción XVIII -- del Artículo 107 Constitucional. Edit. Jus. - México, 1959.
- 22.- MARTINEZ PINEDA, Angel.- Estructura y Valoración de la Acción Penal. Edit. Azteca, México, 1968.
- 23.- ORONOS SANTANA, Carlos.- Manual de Derecho Procesal Penal. Edit. Costa Amic. México, 1978.
- 24.- OSORIO Y NIETO, César Augusto.- La Averiguación Previa. Porrúa. México. 1983.
- 25.- PALLARES, Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil. Porrúa. México, 1981.
- 26.- PALLARES, Eduardo.- Prontuario de Procedimientos Penales. Porrúa, México, 1982.
- 27.- PEREZ PALMA, Rafael.- Guía de Derecho Procesal Penal. - Cárdenas Editores. México, 1975.
- 28.- PIÑA Y PALACIOS, Javier.- Derecho Procesal Penal. Edit. Botas. México, 1948.
- 29.- RIVERA SILVA, Manuel.- El Procedimiento Penal Mexicano. Porrúa. México, 1983.
- 30.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús.- La Detención Preventiva y los Derechos Humanos. En Derecho Comparado. UNAM. México, 1981.
- 31.- RUBIANES, J. Carlos.- Manual de Derecho Procesal Penal Penal y Tomos. Edit. De Palma, Buenos Aires, - Argentina, 1983.

- 32.- Secretaría de Gobernación.- Manual de Introducción a --
las Ciencias Penales. México, 1976.
- 33.- V. CASTRO, Juventino.- El Ministerio Público en México.
Edit. Porrúa. México, 1982.
- 34.- VELEZ MARICONDE, Alfredo.- Derecho Procesal Penal. ---
Edit. Lerner, Buenos Aires, Argentina. 1969.
- 35.- VICENZO MANZINI.- Tratado de Derecho Procesal Penal. -
Edit. Ejea. Buenos Aires, Argentina. 1954.
- 36.- WALTER GUERRERO.- La Acción Penal. Edit. Universitaria,
Quito, Ecuador. 1978.
- 37.- ZAMORA PIERRE, Jesús.- Garantías y Proceso Penal. ---
Porrúa. México, 1984.