

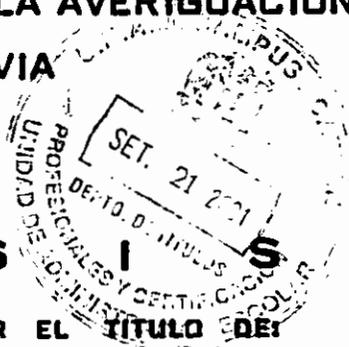
217



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

## LA NECESARIA INTERVENCION ACTIVA DEL DEFENSOR EN LA AVERIGUACION PREVIA



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

**OMAR MARTINEZ FLORES**



**ASESOR: LIC. RAFAEL CHAINE LOPEZ**

**ESTADO DE MEXICO**

**2001**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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 esta 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.

## AGRADECIMIENTO

A dios, a mis padres, a mi esposa, a mi hija y a mis hermanos; Así como a todas las Instituciones Educativas y a los profesores, que contribuyeron en mi formación espiritual, física e intelectual.

Hago patente mi gratitud a la Universidad Autónoma de México y a la Escuela de Estudios Profesionales Acatlan, quienes me abrieron sus brazos y me cobijaron en su seno, proporcionándome a través de sus profesores, los cuales merecen mi admiración y respeto, sus invaluable conocimientos, cincelandos en mi ser un entrañable amor por el Derecho.

Al Lic. Rafael Chaine López, por el interminable apoyo que me a brindado, para la materialización de este trabajo.

A todas las personas, con particular afecto.

# INDICE

Introducción .....	1
CAPITULO I	
Planteamiento del Problema .....	4
1.2 El Defensor (Antecedentes Históricos) .....	9
1.3 Concepto de Defensa .....	18
1.4 Concepto de Defensor .....	19
1.5 La Defensa como Institución .....	21
CAPITULO II	
Garantías Constitucionales de Carácter Procesal Penal .....	22
2.1 El Derecho a Ser Informado de la Acusación .....	26
2.2 El Derecho a Rendir Declaración .....	28
2.3 El Derecho a Ofrecer Pruebas .....	31
2.4 El Derecho a Ser Careado .....	34
2.5 El Derecho a Tener Defensor .....	38

### CAPITULO III

Sujetos que Intervienen en la Averiguación Previa .....	44
3.1 Sujeto Activo (Terminología) .....	45
3.2 Sujeto Pasivo .....	49
3.3 El Órgano de la Acusación .....	51
3.4 La Averiguación Previa .....	56

### CAPITULO IV

Artículo 20 Fracción IX de la Constitución Política - de los Estados Unidos Mexicanos .....	68
Alternativas de Solución .....	75
Conclusiones .....	76
Bibliografía .....	78

## INTRODUCCION.

Dentro de las garantías que consagra nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encontramos, la seguridad jurídica en términos generales y en específico, la GARANTIA DE DEFENSA y de la no autoincriminación, estipulados por el artículo 20 de la Ley Fundamental, objeto de estudio del presente trabajo.

Es indudable que la falta de medios de control efectivos para actualizar tales garantías, aunado a la incapacidad demostrada por el aparato estatal, para hacer frente a la delincuencia activa de nuestro país, le han dado matices especiales a los procedimientos punitivos empleados por éste, supuestamente para aplicar la justicia pronta y expedita, de esto únicamente tiene la denominación.

La importancia de éste problema y el lugar preponderante que ha ocupado desde siempre, nos ha inducido a estudiar su esencia, para tratar de aportar una visión más clara del fenómeno en su conjunto y a la vez sugerir las posibles alternativas de solución considerados particularmente pertinentes y acordes con la realidad social actual.

En efecto, para entrar en materia es importante señalar como puntos de partida algunos antecedentes históricos, estimados como los más relevantes acerca de la figura del DEFENSOR, en el decurso del devenir histórico de la humanidad, principalmente en países que han influido para la formación del Derecho Procesal Penal Mexicano.

Para lograr el objetivo fijado, se han elegido algunos tópicos que guardan una relación estrecha con el tema principal, mismos que van a permitir establecer una lógica interna en miras de lograr una conceptualización global del conflicto, que finalmente conducirá al entendimiento cabal de la problemática en cuestión.

En un segundo momento, nos encaminamos a analizar a los sujetos que intervienen en la Averiguación Previa y el carácter con el que se desempeñan, además de estudiar brevemente la misma fase preprocesal.

Por otra parte se analiza en forma precisa y fundamentada, la Garantía de Seguridad Jurídica, muy en particular la GARANTIA DE LA DEFENSA; El artículo 20 de nuestra Carta Magna, en lo concerniente a los derechos que tiene el procesado, desde el momento de ser detenido, tales como el derecho a ser careado, el de tener defensor, su naturaleza jurídica, así mismo la intervención del defensor, para finalmente hacer referencia, a los puntos más trascendentes del mismo.

Una vez planteado el problema y establecido los puntos de apoyo de la hipótesis, se desarrolla en sí, de manera explicativa el supuesto, que en la medida de nuestras posibilidades, vamos describiendo la gravedad del hecho que el defensor, sea un mero espectador pasivo y a la vez su intervención en la averiguación previa en el mejor de los casos, se reduce simplemente a estar presente, y para el supuesto de pretender intervenir activamente, es de manera condicionada por parte del Ministerio Público.

De igual manera se aborda el porqué se niegan, las garantías que nuestra ley general, le otorga a todo detenido en materia de seguridad jurídica y la forma como quien se encuentra en tal situación, se ve coaccionado a declarar en su contra, aún estando prohibido por la propia ley, lo que lleva a deducir la impotencia del Estado.

Finalmente, se abordan las conclusiones a que nos conduce dicho estudio, señalando la contradicción existente entre el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales y la propia Constitución, en su artículo 20, fracción IX.

Posteriormente, se sugieren las alternativas de solución, que a criterio propio, sería un punto de partida para poder hacer efectivo EL DERECHO DE DEFENSA, poniendo énfasis y especial interés en la necesaria reforma al artículo 20 de la ley fundamental por un lado; Elevando a rango constitucional la prohibición de que quien funja como defensor, deba ser necesariamente un Licenciado en Derecho, con título legalmente expedido, prohibiendo la autodefensa y admitir únicamente que los probables responsables involucrados en los ilícitos penales, declaren exclusivamente en presencia de su defensor, que deberá estar nombrado desde el momento de la detención, bajo pena de nulidad en caso de omisión de lo señalado.

## CAPITULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El problema que tratamos de abordar es sumamente conocido y de amplio comentario, tanto por estudiosos del derecho, como postulantes y en forma general por las personas que resultan agraviadas.

Por tal motivo que no ha dejado de ser un tema por demás apasionante, toda vez que a la fecha no existen medidas efectivas de control que frenen la serie de atropellos, malos tratos y demás violaciones que se cometen en contra del probable responsable al ser detenido, tanto de legalidad, como en la propia persona de éste, en aquellos casos de aprehensión o cuando es requerido para declarar ante el órgano encargado de la persecución de los delitos, cuando este se ve involucrado en algún hecho presuntamente ilícito.

En forma específica, el que mayor trascendencia y efecto reviste en el proceso penal, es la declaración que rinde el probable responsable, ya sea ante el Ministerio Público o a la Policía Judicial, esto en atención a que los procedimientos empleados para arrancarle la declaración inicial, más que legales resultan coactivos, que obligan al inculcado a declarar en su contra.

Es menester hacer notar, que no es que exista duda en cuanto a la garantía que consagra nuestra Carta Magna, que prohíbe no sólo el tormento, sino también la incomunicación, y genéricamente cualquier otro medio que tienda a compeler a una persona a declarar en su contra, más sin embargo, toda la práctica parece hacer caso omiso a lo ordenado por el artículo 20 constitucional, que concede entre otras; La siguiente garantía:

II No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta al Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio; ..."

Las prácticas ilegales obedecen entre otras cosas, la manifiesta incapacidad por parte del Estado para poder llegar a descubrir la verdad, empleando procedimientos ilegales.

Si esto resultara poco, es también de todos el conocimiento del derecho que le asiste a todo sujeto que es aprehendido, a nombrar defensor desde el mismo momento de su detención.

Es cierto que nuestra ley fundamental, viene siendo el cuerpo jurídico supremo; La cual concede en el artículo 21 la facultad exclusiva para la persecución de los delitos al Ministerio Público y a la Policía Judicial, mismo que menciona:

ARTICULO 21. "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una Policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. ...."

También así nuestra Constitución Política, concede el Derecho de Defensa consagrado en su artículo 20.

Considerando al Derecho de Defensa, como aquel que tiene todo individuo de oponerse a la acción punitiva del Estado, es claro pensar, que el constituyente del 17, consideró que la defensa es de igual rango que la acusación, y que ambas se encuentra dentro de un mismo plano, por lo cual el juicio penal, no se debe de aceptar sin la necesaria existencia de la figura de la Defensa, la cual encontramos dentro de las garantías constitucionales.

Analizando desde otro ángulo, que la misma ley, en su artículo 20 fracción IX estipula:

"Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y, ..."

Es ilógico concebir, que sea apegado a derecho, que al acusado se le pueda arrancar declaración alguna sin la presencia de su defensor, y a la respecto de la fracción aludida la misma adolece de deficiencia en cuanto a su actualización, al no ordenar en forma categórica hoy en día, que la persona que funja como defensor, debe necesariamente ostentar título de Licenciado en Derecho, tomando en cuenta que el juicio penal, es de orden eminentemente técnico y complejo, que implica como condición que las personas que realizan estas funciones, deben de conocer el derecho como la ciencia puesta al servicio de los demás, para el exacto cumplimiento de las formas y formalidades que la misma norma jurídica establece, para la aplicación y administración de justicia.

Por otra parte, sin pasar por alto que el órgano encargado de la averiguación previa y la persecución de los delitos, es siempre un Licenciado en Derecho, teniendo como cargo la representación del órgano estatal, denominado (Ministerio Público); Teniendo como interrogante ¿porque el defensor no lo debe ser? estamos de acuerdo que tampoco lo prohíben las leyes, pero el amplio margen de la libertad para ello, resulta hasta contraproducente, para los intereses del acusado.

En atención a la manifiesta complejidad y sofisticación del proceso penal, en este supuesto y el admitir que el probable responsable se defienda por sí o por persona de su confianza, se está en grave peligro cuando el designado no es la persona que conoce la técnica jurídica penal, hecho que nos induce a pensar que se encuentra en franca desventaja ante el Ministerio Público, manifestando reiteradamente que el artículo 20 en su fracción IX, se observa la amplia protección que el constituyente quiso dar al gobernado, sin darse cuenta que lo desprotege, al oírse en defensa por sí o por persona de su confianza, resultando evidentemente peligroso.

En lo referente a la intervención que debe tener el defensor en la fase procesal de la averiguación previa diremos que:

"Concede al acusado la facultad de poder nombrar defensor, desde el momento en que sea aprehendido".

En caso de no querer nombrar defensor, el juez le nombrará uno de oficio en la declaración preparatoria, incluso en contra de la voluntad del acusado; Esto es por la sencilla razón que la defensa no es única y exclusivamente un derecho, sino que además de ser imperativo constitucional, resulta un elemento indispensable dentro del proceso penal.

Zamora Pierce, (1) afirma que: "No hay proceso penal sin defensor" y para que el supuesto desde luego no admitido, en caso de que se estuviera pasando por alto el mandato constitucional en referencia, estaríamos ante la presencia de una violación a las leyes del procedimiento recurrible en vía de amparo, tal como lo establece el artículo 160 fracción II de la mencionada ley de amparo que a la letra dice:

"En los juicios del orden penal se considera violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso: ..."

(1).- Zamora Pierce Jesús, Garantías y Proceso Penal, Editorial Porrúa, S.A. 1988, Pág. 254.

II "Cuando no se le permita nombrar defensor, en la forma que determine la ley; Cuando no se le facilite, en su caso, la lista de los defensores de oficio, o no se le haga saber el nombre del adscrito al Juzgado o Tribunal que conozca de la causa, si no tuviere quién lo defienda; cuando no se le facilite la manera de hacer saber su nombramiento al defensor designado; cuando se le impida comunicarse con él o que dicho defensor lo asista en alguna diligencia del proceso, o cuando, habiéndose negado a nombrar defensor, sin manifestar expresamente que se defenderá por sí mismo, no se le nombre de oficio; ..."

No obstante, a las anteriores consideraciones, es de ver que muy a pesar de que esta establecido que el defensor podrá ser nombrado desde el momento de la aprehensión, el artículo 20 constitucional fracción IX, es confusa y deberá de ser reformada, para permitir mayor concreción en cuanto al momento en que imperativamente intervendrá activamente el defensor apoyado en el siguiente razonamiento:

Cuanto mayor es el rechazo a la intervención del defensor en la averiguación previa, tanto mayor será, en la declaración inicial del sujeto detenido, la violación a la garantía de defensa en el proceso penal.

## 1.2 EL DEFENSOR (ANTECEDENTES HISTORICOS)

Los antecedentes de la defensa como derecho, al decir de Don Guillermo Colín Sánchez, (2) "Es un síntoma inequívoco de progreso en el orden jurídico procesal", y que desde la más remota antigüedad en algunas legislaciones se aludía ya a esta institución.

De igual manera Juan José González Bustamante, (3) señala, "la institución de la defensa representa en el procedimiento penal moderno una función de altísimo interés, ya sea que se le considere como un órgano encargado de prestar gratuitamente asistencia técnica a las partes o como a la persona que, a cambio de retribución, pone los conocimientos profesionales que posee al servicio del inculpado".

Relata haciendo la alusión que desde las más antiguas legislaciones se le ha conocido; tal y como es el viejo testamento, se expresa que Isaías y Jacob, dieron normas a los defensores para que por su intervención, tuvieran éxito las gestiones en favor de los mentecatos, de los ignorantes, de los menores, de las viudas y de los pobres, cuando sus derechos hubiesen sido quebrantados.

En el Derecho Ático, el acusador y el acusado comparecían personalmente ante el tribunal del pueblo a alegar de viva voz, no se admitía la intervención de terceros, pero después llegó a ser costumbre que concurriesen estos al proceso.

En el Derecho Romano Primitivo, el acusado es atendido por el asesor; El Colegio de los Pontífices, designaban anualmente un sacerdote para responder a los plebeyos que demandaban la reparación de algún derecho ante el magistrado, pero cuidando de no revelar los fundamentos del consejo, en virtud de que el secreto de la doctrina jurídica era para el patriciado, arma política que garantizaba su supremacía.

(2).- Guillermo Colín Sánchez, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, S.A. 6ª Ed., Pág. 162.

(3).- Juan José González Bustamante, Derecho Procesal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México 1988, Pág. 86.

En el siglo V de la Fundación Romana, se rompen los velos del derecho tradicional esotérico; Es accesible para los plebeyos preparar su propia defensa y con el procedimiento formulario, aparece la institución del "Patronato".

La costumbre admitió que en el proceso penal, pudiera presentarse un orador que defendiera los intereses de su cliente. Era el patronus o causidicus, experto en el arte de la oratoria que debe ser instruido en sus recursos legales, por el verdadero advocatus, el perito en jurisprudencia y habituado al razonamiento forense.

Correspondía al "Patrono", de un modo facultativo, la carga de representar y proteger a su cliente. En el libro primero, título tercero, del Digesto existe un capítulo titulado de Procuratoribus y Defensoribus, que se ocupa de reglamentar las funciones de los Defensores.

En el Derecho Germánico, los procedimientos judiciales requerían el empleo de determinadas formulas que debía usar el "Intercesor" (Ursprech) en su carácter de representante del acusado, con la circunstancia de que sus afirmaciones erróneas podían ser rectificadas, en tanto que la rectificación no era permitida si habían sido hechas por las partes en persona.

Al expedirse la Constitución Carolina de 1532, se reconoció al inculpado el derecho de encomendar su defensa a terceros y contiene una amplia regulación de las funciones de la defensa.

El Defensor intervenía para presenciar la recepción de las pruebas y formular pedimentos; pero si el reo confiesa, la misión del Defensor se reduce a solicitar el perdón.

Por otra parte manifiestan que se ha sostenido que en el sistema inquisitorio no existió la institución de la defensa, fundándose en que los jueces resumían las tres funciones que caracterizan al sistema acusatorio moderno.

Carpsovio (4), afirma que se admitía el derecho de defensa, que existió el Procurador de la defensa, como existió el fiscal, pero que su actuación pasaba inadvertida por el predominio que tuvo el juez en el proceso, encontrándose al Defensor que estaba de más, ya que el propio tribunal era quien se encargaba de asumir la defensa cuando apareciese de las actuaciones que el inculpado, fuese inocente. Incluso llegó haber legislaciones en que se excluyó dicha imagen, como la Ordenanza Criminal Austriaca de 1803, y en otras se le admitió, como en Prusia, en la Ordenanza Criminal de 1805.

En el Derecho Español, las leyes españolas se ocuparon, preferentemente, de promover que el inculpado tuviera Defensor para que estuviese presente en todos los actos del proceso.

En la nueva recopilación (Ley III, título 23, Libro 5o.), se facultaba a los jueces para apremiar a los profesores de derecho y Abogados del foro, a fin de que destinaran parte de sus horas de trabajo diario, en defensa de los pobres y desvalidos; La ley de enjuiciamiento criminal de 14 de Septiembre de 1882, dispone que los Abogados a quienes correspondía la defensa de pobres no podrá excusarse de ella sin un motivo personal y justo que clasificaran, según su prudente arbitrio los decanos de los colegios donde los hubiese o en su defecto, el juez o tribunal en que hubieren de desempeñar un cometido, las organizaciones y colegios de abogados, tenían la obligación de señalar, periódicamente a algunos de sus miembros para que se ocupasen de las asistencias gratuitas de los menesteres. Desde entonces se les llamo Defensores de pobres y se reconoció el beneficio de pobreza, señalándose el procedimiento para obtenerlo.

(4) - Carpsovio, Op. Cit., Pág. 12.

Dichas disposiciones estuvieron vigentes en el virreinato desde antes de la proclamación de la Independencia de México, y se condensaron en la Providencia de la Real Audiencia de 21 de Octubre de 1796, distinguiéndose entre el derecho de defensa y el beneficio de pobreza en los juicios criminales.

Existe una distinción en las leyes españolas en lo que se refiere al Abogado Defensor, a este se le reconoce el derecho de defensa sin señalar diferencias entre ricos y pobres, por considerarse imprescindible su actuación para la validez del juicio.

La ley española consagra el principio de que nadie debe ser condenado sin ser oído antes, pero se permite en los juicios por faltas, llegar hasta la condena, así como en los delitos de contrabando y de defraudación en que es posible continuar la secuela del proceso y fallarlo en rebeldía.

Dispone el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, que los procesados deberán ser representados por Procurador y defendidos por letrado, que puedan nombrar desde que les notifiquen el auto de formal procesamiento, y si no los nombrasen por sí mismo, o no tuvieran aptitud legal para verificarlo, se les designará de oficio cuando lo solicitaren.

En caso de que el procesado no hubiere designado Procurador o letrado, se le requerirá para que lo verifique o se le nombrará de oficio, si el requerido no los nombrase, cuando la causa llegue a estado en que necesite el concurso de aquellos o haya de intentar algún recurso que hiciera indispensable su intervención.

Se crítico en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, que emplease el término de derecho de defensa, siendo que es más bien una garantía que tienen todos los procesados a defenderse por sí o por terceros, hasta el extremo de no poder renunciar a ser oídos y de que si no designan Procuradores o Letrados, se les nombrase a los de oficio.

Las leyes expedidas con posterioridad, reconocen la gratitud de la defensa, cuando se trata de personas que por sus circunstancias económicas no se encuentren en posibilidad de sufragar gastos para expensar los honorarios de los Defensores particulares.

El notorio interés del estado, al procurar el equilibrio de las circunstancias políticas y económicas de las partes. En el Fuero Viejo de Castilla, se permite a los litigantes elegir Abogados, y a los Procuradores elegir personeros, cuya intervención es indispensable en el proceso, teniendo a su cargo en las Leyes de Partida, la categoría de una función pública que sólo se veda a las mujeres.

La Revolución Francesa, suprimió la abogacía, por decreto de 25 de Agosto de 1790, posteriormente se dispuso que las partes se defendiesen por si mismas o utilizando los servicios de los Defensores de oficio.

Un siglo después, la Revolución Rusa suprimió la Abogacía, por considerarla una profesión de tipo burgués, siendo más tarde restablecida e impuso al Defensor el deber primordial de ser preferentemente un servidor de la colectividad y de manera secundaria un mandatario de su cliente.

Por decreto de 24 de Noviembre de 1917, se consagro la libertad en la defensa, encomendada a cuerpos de Defensores retribuidos e inspeccionados por el estado, que tenían de una manera exclusiva, la defensa en materia penal.

Don Jacinto Pallares (5), al comentar el procedimiento Penal Mexicano, expresa que todos los Abogados del foro, tienen el deber de patrocinar gratuitamente a los pobres, en virtud de la obligación que contraen para con la sociedad, al recibir sus títulos profesionales, sin que la obligación se considere contraria a lo prevenido en el artículo 5o. de la Constitución Política de la República de 1857, que prohíbe los servicios forzados de persona -----

(5) - Pallares Jacinto, El Poder Judicial, Imprenta del Comercio, 1874.

a persona, pero no los que todo ciudadano esta obligado a prestar a la sociedad. Esta obligación se impuso desde el estatuto de 23 de Mayo de 1829, y al triunfo de la República, se afirmó con la expedición de la Ley Orgánica de los agentes de negocios del 17 de Octubre de 1867, que obliga a los legos a tomar la defensa gratuita de los pobres de solemnidad.

El principio de que la defensa es obligatoria, y la consagración de que el acusado debe disfrutar de toda clase de libertades para prepararla, tuvieron su origen en la Asamblea Constituyente en Francia al expedirse las leyes que regula el procedimiento penal. el 29 de Septiembre de 1791, desde el interrogatorio el acusado tenía el derecho a nombrar Defensor, y si se negaba, el juez debía proveer el nombramiento, bajo pena de nulidad de lo actuado.

Al inculpado no se le juramentaba antes de declararlo, si no se le recomendaba que dijese simplemente la verdad, y si lo pedía, el juez debía entregarle todas las piezas de autos, sin estipendio alguno de su parte, debía cuidar de que quedase plenamente enterado de los cargos existentes en su contra para que estuviese en condiciones de contestarlo.

Estas ideas que se condensaron en la declaración de derechos del hombre y del ciudadano, siendo las siguientes:

I.- Libertad ilimitada en la expresión de la defensa.

II.- Obligación impuesta a los jueces para proveer al acusado de un Defensor en caso de rehusarse a designarlo.

III.- Obligación impuesta a los profesores de derecho y abogados para dedicar parte de las horas de su trabajo a la atención de la defensa de los pobres de solemnidad.

IV.- Prohibición absoluta a las autoridades judiciales para compeler de algún modo a los acusados a declarar en su contra

V.- Derecho reconocido al inculpado para designar Defensor, desde el momento en que es detenido.

VI.- Derecho del Defensor para estar presente en todos los actos procesales, sin que pueda vedársele el conocimiento de las actuaciones practicadas a partir de la iniciación del procedimiento.

VII.- Obligación impuesta a las autoridades judiciales de recibir las pruebas que ofrezca el acusado dentro de los términos señalados para su admisión, estableciéndose como excepciones que las pruebas, confesional, documental, inspección judicial y la de reconstrucción de los hechos puedan rendirse hasta la audiencia que precede al fallo, siempre que concurren causas bastantes que las pruebas, no fueran presentadas en el periodo sumario por causas ajenas a la voluntad del promovente.

VIII.- Obligación de las autoridades de auxiliar al inculpado para obtener la declaración de personas cuyo examen solicite.

El juez debe proveer al nombramiento de Defensor, si el inculpado se muestra renuente a designarlo, tan luego como haya rendido su declaración preparatoria.

En la ley de Enero de 1853, se prevenía que el acusado podría nombrar Defensor después de haber reproducido su confesión. y en el caso de no hacerlo se le encargaría su defensa a los abogados de pobres.

Después del triunfo de la República, al promulgarse la Ley de Jurados del 15 de Junio de 1869, disponía el artículo II, que inmediatamente después de dictado el auto de formal prisión, se notificase el mandamiento al reo y se le requiriese para que nombrase Defensor, o el procurador de la defensa, como órgano auxiliar del acusado lo preverá de un experto en derecho para que lo aconseje, estos principios comprendidos en las leyes procesales y que tienen sus antecedentes en el viejo derecho español, se han robustecido para quedar definitivamente consagrados en la carta fundamental de la República.

En el artículo 1040 del Código Penal, de 7 de Diciembre de 1871, se penaba a quien negase al procesado datos para su defensa.

En la actualidad la Legislación Penal en vigor, comprende los casos de indefensión como delitos de abuso de autoridad al sancionar la renuncia de las autoridades para recibir las pruebas que ofrezca el acusado o su Defensor, como actos violatorios de los derechos garantizados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo que el Derecho Penal no esta destinado solamente a tutelar los intereses de la sociedad que se han quebrantado por la comisión del ilícito penal, sino que también tutela y garantiza los derechos procesales del inculpado en la medida que las mismas leyes tutelan, señalan y reconocen el principio de que este disfrute de las más amplias libertades para preparar su defensa, para poder demostrar su inculpabilidad y obtener la resolución absolutoria, favorable a sus intereses.

En México, durante la época colonial se adoptaron las prescripciones, que señalaron las Leyes Españolas, y aunque los múltiples ordenamientos vigentes, después de consumada la independencia se dictó algunas disposiciones, no fue sino hasta la Constitución de 1917, cuando realmente se le dio verdadera importancia a esta cuestión, más sin embargo no del todo se ha hecho efectivo el derecho de defensa entendido en su más amplia connotación para que el presunto responsable, tenga en sí, una verdadera protección ante los procedimientos inquisitoriales en que el Estado muestra y emplea para poder hacer frente a la

delincuencia y frenar la serie de atropellos de que somos objetos los Mexicanos.

### 1.3 CONCEPTO DE DEFENSA.

"Actividad encaminada a la tutela de los intereses legítimos implicados de un proceso (civil, penal, etcétera), realizada por Abogado, por persona no titulada (en aquellos regímenes procesales que permitan la intervención de personas no tituladas en esta función), o por el propio interesado" (6).

"Se entiende por defensa en sentido amplio, toda actividad de las partes encaminada a hacer valer en el proceso penal sus derechos e intereses, en orden a la actuación de la pretensión punitiva y la de resarcimiento, en su caso, o impedir la según su situación procesal" (7).

"La defensa del proceso o del responsable civil, puede tomarse en dos sentidos: El material, como toda actividad dirigida a proteger los derechos de una persona y particularmente los del inculpado; El formal, como aquella actividad encomendada especialmente a una persona idónea con relación a un inculpado, con la obligación de aportar y estimular en pro del mismo, todos los elementos que le sean favorables, tanto procesal como substantivamente. La persona a quien se le encarga esta obligación, se denomina Defensor o meramente defensa por transposición del contenido a su servidor". (8)

"La defensa del imputado, desde el punto de vista subjetivo público individual, de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad, también constituye una actividad esencial del proceso, integrado en el triángulo formal de la justicia represiva, en cuanto que nadie puede ser condenado, sin ser oído y defendido" (9).

(6).- Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, S.A., México 1988.

(7).- Fenech Miguel, Derecho Procesal penal, Editorial Labor 3ª Ed., Barcelona 1960, Vol. 1, Pág. 373.

(8).- Jiménez Asenjo Enrique, Derecho Procesal Penal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Pp. 200-201.

(9).- Vélez Maricónde Alfredo, Acción Resarcitoria, Editorial del autor, Córdoba 1965, Tomo II, Pág. 377.

#### 1.4 CONCEPTO DE DEFENSOR.

"Persona que toma a su cargo la defensa en juicio de otra u otras; Cuando esta defensa constituye una actividad profesional, al Defensor se le denomina Abogado" (10).

"Es el Abogado que asiste y representa al imputado durante la substanciación del proceso, protegiéndolo e integrando su personalidad jurídica mediante el ejercicio de poderes independientes de su voluntad, en virtud del interés individual y por exigencia del interés público" (11).

"El Defensor no es un apoderado del procesado, sino un representante en el proceso; no tiene un mandato, sino ejerce una función y por consiguiente, debe prestar juramento de cumplir fielmente las obligaciones y deberes de su cargo" (12).

"Verdaderamente, el Defensor Penal tiene una naturaleza poliédrica, en algunas veces se presenta como representante, otras como asistente, y finalmente, como sustituto procesal" (13).

"En el proceso moderno, el Defensor se aproxima cada vez más a ser un consultor técnico del juez, que expone al juez su motivada opinión acerca de las razones de la parte defendida, su obra no vale, "como traducción" de la voluntad de la parte, sino como expresión del estudio de un profesional independiente que no es el portavoz de nadie, sino de su propia ciencia y conciencia" (14).

"La Defensa esta 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 en servicio de la justicia" (15).

(10).- Op. Cit. Pág. 12.

(11).- Op. Cit. Pág. 394.

(12).- Chiossone Tullio, Manual de Derecho Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1967, Pág. 131.

(13).- Guarneri José, Las Partes en el Proceso Penal, Trad. Constancio Bernardo de Quirós, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1972, Pp. 336-338.

"El Defensor es una parte en sentido instrumental, lo mismo que el Ministerio Público, absolutamente desvinculado de la parte en sentido material....." (16).

(14).- Calamandrei Piero, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1973, Vol. II, Pág. 407.

(15).- Florián Eugenio, Elementos de Derecho Procesal Penal, Trad. Leonardo Prieto Castro, Bosch, Barcelona, Pág. 96.

(16).- Carnelutti Francesco, Lecciones sobre el Procesal Penal, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1950, Tomo I, Pág. 238.

## 1.5 LA DEFENSA COMO INSTITUCION.

"La Institución de la Defensa representa en el procedimiento penal moderno una función de altísimo interés, sea que se le considere como un órgano, encargado de prestar gratuitamente asistencia técnica a las partes o como persona que, a cambio de retribución, pone los conocimientos profesionales que posee al servicio del inculgado" (17).

"El Defensor de Oficio se le considera como un prestador de servicio público, que tienen a su cargo la asistencia jurídica de aquéllas personas que no se encuentran en condiciones económicas de atender por su cuenta los gastos de un proceso" (18).

(17) - González Bustamante Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, S.A. 1ª Ed , México 1974, Pág 86.  
(18).- Op. Cit., Pág. 24.

## CAPITULO II GARANTIAS CONSTITUCIONALES DE CARACTER PROCESAL PENAL

Como punto de partida y a la vez de fundamento legal al presente trabajo, abordamos en forma somera las garantías de orden constitucionales de naturaleza procesal penal, que tiene todo sujeto que se ve involucrado en la comisión de un hecho ilícito penal, para el efecto es necesario señalar que el fundamento lo encontramos en el artículo 20 de nuestra Carta Magna que tutela tales garantías al instituir lo siguiente:

**ARTICULO 20.** En todo proceso del orden penal, tendrá el acusado las siguientes garantías:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de los delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán de ser asequible para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá de tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculcado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;

II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación. a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;

IV.- Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra;

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

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación;

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

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,

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

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

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

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.

En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes.

De la lectura del artículo 20 Constitucional en sus diversas fracciones, se desprenden las siguientes garantías de carácter procedimental y procesal penal a saber:

- 1.- El derecho a ser informado de la acusación.
- 2.- El derecho a rendir declaración.
- 3.- El derecho a ofrecer pruebas.
- 4.- El derecho a ser careado.
- 5.- El derecho a tener defensor.
- 6.- La no auto incriminación y la prohibición a la incomunicación.
- 7.- El derecho a la libertad caucional.

Estos derechos enumerados, es necesario recordar que representan una conquista, sobre los principios aplicables en el procedimiento inquisitorial, que por mucho tiempo se padeció, el cual era secreto, caucionaba la confesión del reo mediante el tormento, limitaba su derecho a ofrecer pruebas, le negaba totalmente el derecho a ser careado con sus acusadores, y por último, condicionaba de tal forma la intervención del defensor que le hacía inútil totalmente, a ser simplemente un sujeto pasivo, su actuación se reducía a contemplar pacientemente el proceso.

## 2.1 EL DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACION

Por razones de lógica, resulta evidente que el primer derecho que le asiste al presunto responsable, es el de ser informado de la acusación que se le imputa, toda vez que si se mantiene ignorante de ella se le imposibilitaría a un más la defensa, y el fundamento jurídico lo encontramos en la fracción VII del artículo 20 Constitucional que en su parte conducente ordena, que al acusado le sean facilitados todos aquellos datos que le sirvieran para su defensa y que consten en el proceso; y el otro apoyo legal lo establece la ley de amparo y específicamente en la fracción VIII del artículo 160 de la citada ley que establece:

ARTICULO 160. "En los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso: ..."

VIII. Cuando no se le suministre los datos que necesite para su defensa; ..."

De esta manera podemos deducir justamente que ninguna actuación, información o diligencia que obre en autos podrá mantenerse secreta para el acusado, o para su defensor, ambos tienen ineludiblemente acceso a todas y cada una de las constancias del expediente de la causa.

Permitiéndoles leerlas tomar notas de su contenido o en su defecto solicitar copias ya sean simples o certificadas de la misma.

El artículo constitucional en comento, en su fracción III, consagra el derecho que tiene el acusado a ser informado de la acusación de que es objeto, dentro de una serie de condicionantes, siendo éstas de forma, la cual será en audiencia pública, de tiempo, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación

a la justicia, el nombre de su acusador, la naturaleza y causa de la acusación, y además le fija a esa información, una finalidad y un objetivo específico, que el reo conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria, que bien puede decidirse que es el fin último de que al reo, mejor dicho al presunto responsable, pueda contestar el cargo que se le imputa al rendir su declaración preparatoria.

## 2.2 EL DERECHO A RENDIR DECLARACION.

El derecho a rendir declaración, es otra de las garantías que la propia Constitución Política Federal le otorga al acusado, con el fin y a efecto de que este pueda adecuadamente contestar el cargo imputable, a través de su declaración preparatoria; La misma Carta Magna fija las condiciones en que esta deba rendirse ordenando que deberá de ser precisamente en "Audiencia Pública", después de que se le haya proporcionado la información requirente para que conozca bien el hecho punible que se le atribuye.

Mancilla Ovando, (19) precisa en tres apartados las garantías del indiciado en la audiencia publica a reproducir:

1.- La declaración preparatoria del acusado deberá celebrarse en audiencia publica. Por lo tanto, esta prohibido que se celebre en secreto o en ausencia de los que quieran estar presentes, siempre que no se altere el orden o se ponga en peligro la seguridad del juzgado.

2.- La audiencia publica tendrá que celebrarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, al momento en que el inculpado este privado de su libertad a disposición del juzgador. En el caso en que se encuentre gozando de su libertad provisional bajo caución, por la suspensión del acto reclamado consistente en la orden de aprehensión en el juicio de amparo, el término se computará desde el instante que se someta a la potestad del juez de la causa.

3.- En este acto procesal, el acusado podrá rendir su declaración preparatoria, ahí dará contestación a los cargos de la acusación que le formula el Ministerio Público, así como oponer excepciones y defensas, ofreciendo pruebas para acreditar su procedencia y validez.

Con estos elementos de convicción, nos proponemos demostrar que el litigio en proceso penal se integra materialmente en la audiencia pública, donde se rinde la declaración preparatoria.

Con el ejercicio de la acción penal se inicia formalmente el proceso, cuando el acusado ha sido privado de su libertad, se desarrolla sus etapas procedimentales. Pero será hasta la audiencia pública y al rendir la declaración preparatoria que se dará contestación y hará valer el derecho de defensa.

Se observa que es en esta audiencia en la que el acusado conocerá los supuestos de la acción penal y podrá formular su defensa por si o por conducto de su apoderado legal, oponiendo resistencia a la pretensión jurídica del Ministerio Público.

De esta manera, precisada la acción penal y contestado el cargo por el inculpado, se integra materialmente el litigio en el juicio. En este momento procesal, que las partes precisan sus pretensiones jurídicas y brindan al juez los elementos de prueba que permitirán resolver la situación jurídica provisionalmente, dentro del término constitucional o en la Sentencia, para determinar, si la conducta existe, si esta tipificada como delito en ley, y si se ha probado la probable o definitiva responsabilidad penal del inculpado.

Al respecto agregamos que muy a pesar de todas las protecciones otorgadas a la declaración del acusado, este, aún puede negarse a declarar por completo, o bien, hacerlo parcialmente, manifestando lo que a su derecho convenga y negándose a responder a las propias preguntas del Ministerio Público, actitud que es perfectamente lícita, puesto que no puede ser compelido a declarar en su contra, hecho que es una prohibición constitucional, es decir, la constitución no permite que al acusado se le pueda obligar a declarar, esta situación es aprovechada también por el indiciado, como un medio de defensa pasivo.

Ahora bien, por otra parte del ordenamiento constitucional emanan obligaciones expresas para el juzgador; tales como:

a).- Darle a conocer al inculpado el nombre de su acusador,

b).- La naturaleza y causa de la acusación,

c).- Permitirle rendir su declaración preparatoria en la que el indiciado podrá oponer las excepciones y defensas que juzgue conveniente y ofrecer las pruebas que acrediten oportunamente la validez de sus argumentos; El juzgador hará lo conducente con relación a ordenar su desahogo dentro del término establecido por la ley y en el que deberá resolver la situación jurídica del acusado, cuando su naturaleza lo permitan, para no hacer negatoria su defensa.

Bajo estas condicionantes y requisitos debe de prepararse en el proceso a seguir e instruir al presunto responsable.

### 2.3 EL DERECHO A OFRECER PRUEBAS.

El derecho a ofrecer pruebas, es otra de las garantías de carácter procesal penal, cuyo fundamento esta consagrado dentro de nuestra Constitución, en su artículo 20 fracción V, que ordena:

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

Dentro de la Ley de Amparo artículo 160 fracción VI, establece:

"Cuando no se le reciban las pruebas que ofrezca legalmente, o cuando no se reciban con arreglo a derecho; ..."

Es otro de los supuestos de violación de las leyes del procedimiento, por otra parte la propia Constitución en su artículo 20 consagra, entre otras la garantía de audiencia, misma que es aplicable, tanto en materia civil como en materia penal.

La garantía de audiencia comprende a su vez, varios derechos, uno de los cuales es de ofrecer pruebas, el cual constituye una de las formalidades esenciales del procedimiento de que habla el artículo 14 de la Carta Magna, con relación al presente comentario, el Lic. Ignacio Burgoa, (20) dice:

"....Toda resolución jurisdiccional o acto de autoridad debe decir el derecho en un conflicto jurídico apegándose a la verdad o realidad, y no bastando para ello la sola formación de la controversia, mediante la formulación de la oposición del presunto afectado, es menester que a este se le conceda una segunda oportunidad de probar los hechos en los que finque sus -----"

pretensiones opositoras (oportunidad probatoria), por lo tanto, toda ley procesal debe instituir dicha oportunidad en beneficio de las partes del conflicto jurídico y, sobre todo, en favor de la persona que va a resentir en su esfera de derecho un acto de privación."

Al respecto hemos de agregar que la condicionante es que debe de ofrecerse dicha probanza en los términos y plazos que fije la ley ordinaria, para su admisión, así como cumplir con los requisitos acorde a su naturaleza, sin que éstas resulten contrarias a la ley o a la moral, o en su defecto en otras áreas a las buenas costumbres.

No obstante, la fracción V del artículo 20 Constitucional, no se limita a la que sería inútil repetición del derecho a probar, contenido ya en la garantía de audiencia, sino que establece ciertas características propias de ese derecho en el proceso penal.

En primer lugar, al afirmar que: "Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca...". La Constitución nos lleva lógicamente a suponer que se le recibirán todas las pruebas que ofrezca. Es decir, que conforme al texto constitucional en cuestión, en el proceso penal, el acusado tiene garantizado el sistema libre de prueba, y que queda en absoluta libertad para escoger él o los medios con que pretende obtener la convicción del juez, respecto de los hechos del proceso por oposición al sistema de prueba legal, que limita las admisibles aquellas taxativamente enumeradas en la ley.

El Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 206 dispone:

"Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad".

Dentro del artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, aún cuando enumera los medios de pruebas reconocidos por la ley, concluye afirmando:

"Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia. ..."

"También se admitirán como prueba las declaraciones de los servidores públicos que en ejercicio de sus funciones y con autorización fundada y motivada del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, hayan simulado conductas delictivas con el fin de aportar elementos de prueba en una averiguación previa. "

## 2.4 EL DERECHO A SER CAREADO.

La fracción IV del artículo Constitucional, dispone que el acusado, en su parte conducente establece:

"Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra; ..."

Del contenido de esta garantía, se desprende que el acusado, tiene derecho a ser puesto frente a frente con quienes declaran en su contra, para que estos afirmen o nieguen precisamente en su presencia y respondan en su caso a las preguntas que con todo derecho éste les formule.

Por lo tanto, deberán carearse si así lo solicitare el acusado con él, todos aquellos que depongan en su contra, concepto genérico que incluye al denunciante, acusador o querellante, pues estos al declarar, lo hacen como testigos e incluso al acusado, cuya declaración es también un testimonio cuando hace referencia a la respectiva conducta del acusado, y con relación a los coacusados, a nuestro particular punto de vista nos permitimos decir que el careo entre estos cuando de la declaración de alguno se notan contradicciones, es perfectamente lícito efectuarlo además de que permite de una forma más eficaz deducir quien es el que realmente dice la verdad, por los mismos síntomas inequívocos de conducta que adoptan al momento de estar cara a cara.

Por otra parte, los Códigos Procésales Penales disponen que: "Cuando hayan que examinar como testigos a los altos funcionarios de la federación, el que practique las diligencias se trasladará al domicilio u oficina de dichas personas para tomarles su declaración o si lo estima conveniente, solicitará de aquellos que rindan por medio de oficio su declaración", artículo 245 del Código Federal de Procedimientos Penales y el 202 del Distrito Federal.

Es evidente que si los mencionados funcionarios han emitido declaración en contra del inculcado, tendrá que ser careado con él, declarar en su presencia y someterse a sus preguntas.

Para estas diligencias, el juez podrá con toda libertad trasladarse al domicilio, habitación u oficina del funcionario, para los fines ya anteriormente señalados, pero de ninguna manera podrá optar por desahogarla por medio de oficio pues ya no estaría cumpliendo con el mandato constitucional, amén de que ello implica la flagrante violación a la garantía constitucional que se está analizando; Esto de suceder, nos hace pensar en la existencia de dos tipos de mexicanos, aquellos que obligatoriamente rendirán su declaración o testimonio frente al presunto responsable como está ordenado, y aquellos que desde la comodidad de su oficina por así decirlo dictan su declaración desahogándola a través de un oficio:

Al lado del careo constitucional, los Códigos Procesales Penales establecen otro tipo de careos, aquellos que se deberán practicar cuando exista contradicción en las declaraciones de dos personas que por denominarlo de alguna forma, el careado contradictorio diferenciándolo del careo constitucional.

El fundamento legal de este tipo de careo lo encontramos en los artículos 225 al 229 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Agregamos que el supuesto constitucional y a la vez garantía individual del acusado al ser careado con los testigos que depongan en su contra, no está condicionado a la existencia de contradicciones o no, las cuales constituyen en supuestos procesales para la existencia de otros tipos de careos ordenados por los Códigos Procesales Penales, la existencia de contradicciones.

Por su parte, la Ley de Amparo en su artículo 160 fracción III, establece:

“Cuando no se le caree con los testigos que hayan depuesto en su contra, si rindieran su declaración en el mismo lugar del juicio, y estando también el quejoso en él; ...”

Lo anterior condiciona el careo, al igual que la constitución, únicamente a que se encuentren en el lugar del juicio quienes hayan de carearse, sin exigir que las declaraciones vertidas sean necesariamente contradictorias.

En contra posición pues, el careo constitucional, el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 265 estipula:

Con excepción de los mencionados en la fracción IV del artículo 20 de la Constitución, que sólo se celebrarán si el procesado o su defensor lo solicita, los careos se practicarán cuando exista contradicción sustancial en las declaraciones de dos personas, pudiendo repetirse cuando el tribunal lo estime oportuno o cuando surjan nuevos puntos de contradicción.

González Bustamante, (21) por su parte afirma que: "En el curso del proceso no solamente existe el careo procesal, sino el que como garantía para todo inculpado establece la Constitución Política, en que sin que exista contradicción entre lo declarado por el inculpado y los testigos, de todas maneras, es indispensable practicarlos. Como hemos dicho, el careo constitucional no requiere el debate y es ineludible practicarlo en el periodo de la instrucción. Aquí estamos en la presencia de un careo distinto del procesal, aún cuando entre la declaración del inculpado y la del testigo de cargo no exista variación sustancial ni en la esencia del hecho que relata ni en sus accidentes.

(21).- González Bustamante Juan José, Derecho Procesal Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México 1988, Pág. 378.

El legislador ha querido que el inculpado conozca personalmente a la persona o personas que han depuesto en su contra, para que no se le haga objeto de engaños respecto a lo que en realidad ha declarado el testigo; pues no es suficiente con que el funcionario judicial le haga saber la declaración rendida por el testigo; debe cumplirse con el principio de que los actos instructorios se desarrollan en presencia del inculpado; que nada se haga ocultamente y que se le den las facilidades necesarias para llegar al conocimiento verdadero de las pruebas que en su contra existan y de las personas que las han producido.

## 2.5 EL DERECHO A TENER DEFENSOR

La fracción IX del artículo 20 Constitucional, consagra el derecho que tiene el presunto responsable de estar asistido de defensor en los términos siguientes:

"Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También Tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y ..."

Dentro de la fracción antes mencionada, se ordena el derecho a estar asistido de defensor y considerando que es un mandato constitucional, debe ser un elemento necesario en el procedimiento penal, ineludiblemente, deberá de ser nombrado, incluso en contra la voluntad del mismo inculpado, lo que conlleva a afirmar como dice Zamora Pierce (22) "Que no hay proceso penal sin defensor".

La Ley de Amparo respectivamente en su artículo 160 fracción II, afirma que, en los juicios del orden penal se consideran violadas las leyes del procedimiento de manera que la violación sea en el afectar el derecho de nombrar defensor.

II "Cuando no se le permita nombrar defensor, en la forma que determine la Ley; cuando no se le facilite, en su caso, la lista de los defensores de oficio, o no se le haga saber el nombre del adscrito al Juzgado o Tribunal que conozca de la causa, sino tuviere quién lo defienda; cuando no se le facilite la manera de hacer saber su nombramiento al defensor designado; cuando se le impida comunicarse con él o que dicho defensor lo asista en alguna diligencia del proceso, o cuando, habiéndose negado a -----

nombrar defensor, sin manifestar expresamente que se defenderá por sí mismo, no se le nombre de oficio; ..."

De las anteriores consideraciones legislativas, podemos concluir que el derecho de defensa es ineludible, ya que constituye una necesidad para el presunto responsable y a la vez una obligación constitucional para el juzgador de proveer oportunamente sobre el nombramiento de defensor al indiciado, hecho que debe de satisfacerse al momento de la toma de la declaración preparatoria, para poder hablar entonces de un perfecto equilibrio procesal, y brindarle al acusado la oportunidad de oponerse a la pretensión punitiva del estado, haciendo efectiva la garantía y derecho de defensa, de no ser así se estaría violando flagrantemente la citada garantía en perjuicio del indiciado.

El no designar defensor al de oficio, como asesor del procesado, por otra parte, en caso de que este no nombre en forma voluntaria su defensor, produce evidentemente la inconstitucionalidad de las actuaciones judiciales y obliga por lo tanto, a la consecuente reposición del procedimiento, desde el instante en que se cometió la violación procesal.

Dentro de este apartado trataremos de establecer, la naturaleza procesal del defensor, en la materia penal, tomando en cuenta que éste, incluso existe aún en contra de la voluntad del acusado en el juicio penal, por lo tanto descartamos que éste sea un mandatario judicial, puesto que en el mandato es un contrato perfectible, solamente con la existencia de la voluntad de las partes y es libremente otorgado por el mandante al mandatario, luego entonces en esta situación no rigen las reglas del mandato y mucho menos con los actos del defensor se sujeten a la voluntad del procesado.

Algunos autores consideran que el defensor tiene el carácter de un auxiliar de la administración de la justicia, opinión que en lo más mínimo se comparte, por la sencilla razón de que los actos del defensor de ninguna manera se dirigen a auxiliar al juzgador

para aplicar la justicia y mucho menos que se atreva a comunicarle a éste, el secreto que su cliente ha tenido a bien confiarle, además, de no estar obligado a ello, violaría el secreto profesional, por lo tanto, tampoco es posible aceptar en considerar al defensor como un auxiliar de la administración de la justicia.

La doctrina moderna, reconoce en el defensor penal una naturaleza compleja, que le da caracteres de asesor del procesado, de representante y de sustituto procesal de éste.

Al respecto Vázquez Rossi, (23) dice: "El defensor es asesor del encausado en cuanto a que lo aconseja, con base a sus conocimientos técnicos y en su experiencia, informándolo sobre las normas sustanciales y procesales en relación con el hecho y las peculiaridades de su caso. Asimismo, esta asistencia implica la vigilancia del Abogado interviniente en los diversos actos, verificando el cumplimiento de los términos, el diligenciamiento correcto de las incidencias y manifestando una atención constante hacia el curso del proceso. Por último, aquellos actos que, como la declaración indagatoria, exigen el comparendo personal del imputado".

Para Borja Osorno, (24) "La tarea del defensor se caracteriza por ser auxiliar del inculcado, y por tanto, esta limitada a una actividad defensiva. El defensor no pone de relieve puntos de vista desfavorables al reo, ni le produce molestias procesales, ni intenta conseguir resoluciones desfavorables. No podrá a la petición del fiscal que absuelva al inculcado, la suplica que le condenen. No defiende el interés público; ni siquiera debe proceder a una actividad de ataque a los efectos de la Ley, aunque el propio inculcado lo desee".

(23).- Vázquez Rossi Jorge E., La Defensa Penal, Editorial Rubinzal y Culzoni, S.C., Santa Fe, Argentina 1978, Pág. 130.  
(24).- Borja Osorno Guillermo, Derecho Procesal Penal, Editorial José M. Cajica Jr., S.A., Puebla 1969, Pág. 236.

Pérez Palma (25) considera que: "Su función es compleja pues comprende la asistencia técnica que el acusado requiere, la representación de este en el proceso, en los recursos, incluyendo en el juicio de amparo; su intervención es elemento equilibrante en la contienda jurisdiccional, ya que el ministerio público, es siempre la parte fuerte; es un auxiliar del propio juez, no porque claudique de su obligación defensora, sino para que instruya al propio juez, respecto de la defensa material que hubiere propuesto el acusado o con relación a la técnica que él considere procedente".

De las diversas opiniones vertidas por los doctrinarios, con algunos compartimos totalmente sus versiones respetables en lo suyo, con otros disentimos en cierta medida, y como otro agregado personal al respecto de la naturaleza o el carácter con que actúa el defensor penal, diremos que es una figura multifacética, por las diversas actitudes y actuaciones que adopta, tanto en interés de su defenso, como para la buena conducción de esta, así por su propio prestigio y en aras de su profesión que ostenta, en los casos de tener título de Licenciado en Derecho, manteniéndose celoso de los principios e intereses de su ciencia y conciencia.

Momento en que nace el derecho a la intervención del defensor en el proceso penal.

Es de suma importancia determinar en que momento nace el derecho a la intervención del defensor en el juicio penal.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 20 de nuestra Carta Magna, en su fracción IX, se denota literalmente, que el acusado puede o no nombrar defensor, desde el momento de su aprehensión, por lo que podemos entender o interpretar que la designación en la fase procesal es potestativo, sin implique obligación de los órganos administrativos, él nombrarle un defensor, pero de lo que también podemos estar seguros que el encargado de realizar la aprehensión definitivamente debería de -----

instruirle en el derecho que le asiste de tener defensor desde el momento mismo de la detención.

Para el Doctor García Ramírez, (26) con relación al momento en que se debe dar injerencia al defensor, dice: "En cuanto al momento para el nombramiento de defensor, la fracción IX del artículo 20 Constitucional es explícita. Desde el momento en que sea aprehendido (el indiciado), explica que la voz aprehensión, puede interpretarse, favor REI, como sinónimo de detención o bien, en términos más rigurosos, como aprehensión en sentido estricto, esto es, como ejecución de un mandamiento de autoridad", afirma que en todo caso no establecen, ni la constitución, ni la ley secundaria, cuales son las funciones del defensor en la fase de averiguación previa, y es claro que los actos que en esta se llevan a cabo no son, en modo alguno actos del juicio, que por imperativo constitucional puede presenciar el defensor.

Todo ello apoya a la práctica del Ministerio Público en el sentido de no permitir el acceso del defensor a las actuaciones, sino hasta que ha declarado el inculcado, o inclusive negarlo en absoluto.

Por su parte Arilla Bas, (27) nos dice: "no cabe duda de que el defensor puede intervenir en las diligencias de averiguación previa practicada con detenido, siendo indiferente que la aprehensión se haya efectuado por orden de la autoridad judicial o por disposición del Ministerio Público."

En su opinión Cervantes de Castillejos, (28) señala acertadamente, que el constituyente emplea el término aprehensión como sinónimo de detención así por ejemplo, el artículo 16 de nuestro máximo ordenamiento afirma que: "... La autoridad que ejecute una orden de judicial de aprehensión, deberá de poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal. ..."

(26).- García Ramírez Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, S.A., México 1974, Pág. 231.

(27).- Arilla Bas Fernando, El Procedimiento Penal en México, Editorial Editores Mexicanos Unidos, S.A., México 1969, Pp. 44-45.

(28).- Cervantes de Castillejos Minerva, La Defensa en la Averiguación Previa, Anuario Jurídico XII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Pág. 471

Por lo anterior, considera que: "cuando el artículo 20 fracción IX de la Constitución en su parte dice: "... que el acusado podrá nombrar defensor desde el inicio de su proceso ...", refiriéndose a la facultad de designar defensor en presencia del órgano jurisdiccional, pues tal situación se encuentra ya prevista en la propia fracción.

Es de hacer mención en forma halagüeña, que actualmente, la Procuraduría General de Justicia del D. F., ha ido más allá de la Constitución Política Federal, ya que permite que los indiciados nombren defensor, incluso sin estar detenidos en el momento en que comparecen ante ésta.

Sin duda alguna ello representa un gran avance y máxime cuando se ha venido resintiendo que es verdaderamente una necesidad de que el presunto responsable este asistido de Abogado, desde las primeras diligencias de la averiguación previa, pero el objetivo, aún no es cubierto, porque falta aún lo más importante, como es en los casos de existencia de detenido, que es observable en la práctica que incluso ni los propios familiares, les permiten ver a los suyos, que se encuentran detenidos; Cuando exista la posibilidad y libertad a que se hace referencia, y la policía desde el momento de cumplir con el mandamiento de aprehensión cumpla con su obligación de señalar los derechos que tiene el presunto responsable, habremos dado el gran avance.

### CAPITULO III. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA AVERIGUACION PREVIA

En la Comisión de hechos delictuosos, encontramos diversos sujetos que intervienen para formar la relación jurídico procesal en el juicio penal, y de los cuales destacan en primer lugar el sujeto activo del delito, que mediante un hacer, o un no hacer da lugar a la relación jurídico material y posteriormente a la relación procesal.

Podemos agregar, que lo anterior de ninguna manera implica que la calidad de sujeto activo del delito, la adquiere inminentemente, sino hasta que se dicte la resolución judicial que pone fin al proceso, y además que resulte condenatoria, no obstante a ello, habrá sido objeto de los actos y formas del procedimiento, razón por la cual se le debe calificar adecuadamente, en cada caso, como supuesto sujeto activo, nombre aplicable en términos generales, sin desconocer las otras denominaciones que adquiere conforme al momento procedimental de que se trate.

Resulta preciso, ir dándole la denominación más acertada en cada una de las etapas del procedimiento penal, pues ello evita la confusión y hace fácil distinguir en que fase del juicio o del proceso se encuentra el sujeto.

Resulta oportuno aclarar, que al supuesto sujeto activo del delito, viene siendo la figura principal del escenario jurídico procesal penal, tan es así que en nuestro sistema acusatorio mexicano, es precisamente en torno a él, que gira el proceso penal, y es aquí la trascendental importancia, que reviste él poder denominarlo en forma correcta, tomando en consideración la etapa del juicio en el que se encuadra.

Para efectos de tener mayores elementos que nos brinden la oportunidad de llamar adecuadamente al supuesto autor del hecho ilícito penal, hemos retomado lo que la doctrina nacional nos indica.

### 3.1 SUJETO ACTIVO (TERMINOLOGIA)

Tanto en la doctrina mexicana, como en nuestra legislación, al supuesto sujeto activo del delito, se le ha otorgado diversas denominaciones, que en muchas ocasiones nos conducen a llamarlo de manera impropia, situación que no necesariamente corresponde a lo atinado, es por eso que propicia la utilización de una terminología carente de técnica jurídica, de entre los tales términos encontramos los siguientes:

**INDICIADO:** Sujeto en contra de quien existe sospecha que cometió algún delito, porque se le ha señalado como tal, pues la palabra indicio significa, "el dedo que indica".

**PRESUNTO RESPONSABLE:** Es aquel en contra de quien existen datos suficientes para presumir que ha sido autor de los hechos que se le atribuyen.

**IMPUTADO:** Es aquel a quien se atribuye algún delito.

**INCULPADO:** Es aquel a quien se atribuye la comisión o la participación de un hecho delictuoso. Tradicionalmente este término se tomaba como sinónimo de "acusado", y se aplicaba a quien cometía un delito, desde que se iniciaba el proceso hasta su terminación.

**ENCAUSADO:** Es el sometido a una causa o proceso.

**PROCESADO:** Es aquel que esta sujeto a un proceso, en consecuencia, la aplicación de tal calificativo dependerá del criterio que se sustente respecto al momento en que se estime. que se ha iniciado el proceso.

**INCRIMINADO:** A este término corresponde la misma significación que establecimos para imputado e inculpado.

**ENJUICIADO:** Es aquel que esta sometido a una pena.

**PEO:** Es aquel cuya sentencia ha causado ejecutoria y en consecuencia esta obligado a someterse a la ejecución de la pena por la autoridad correspondiente.

Señalamos que la anterior clasificación la realiza Don Guillermo Colín Sánchez, (29) clasificación que en cierta medida algunos son aceptables, y por lo que respecta a otros términos, consideramos que algunos resultan de manera repetitiva, en virtud y razón de que encierran en si un mismo contenido, de entre tales destacan los términos inculpado, imputado e inculpado, que en esencia finalmente significan lo mismo.

De igual manera los términos encausado, procesado y enjuiciado, que podrían de cierto modo eliminarse o de alguna forma determinarlos en uno sólo, para evitar mayores confusiones y buscar emplear una terminología menos extensa y variada, con miras al mayor entendimiento de cualquier persona.

## DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL SUJETO ACTIVO

Dentro del proceso penal, vamos a encontrar que el sujeto activo del delito, esta rodeado de un conjunto, tanto de derechos como de obligaciones, que se encuentran previstos en las leyes, entre los cuales destacan por su trascendente importancia:

El de defensa, con todos los aspectos y modalidades que entrañan y que en cierta manera hemos hecho alusión. Deberes, tales como: Comparecer a las diligencias que se llevan a cabo en el proceso y comportarse debidamente durante su desarrollo, ya que en contrario, "Si el inculpado faltase o injuriase a alguno de los que intervienen en la audiencia o cualquier otra persona, se le mandará sacar del lugar donde aquélla se celebre, continuándola sin él, pudiendo imponérsele por el que preside y por vía de corrección disciplinaria, hasta diez días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal". Artículo 63 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Deberá así mismo, reparar el daño causado por el delito, pagar el importe de la sanción pecuniaria y no ejercer derechos políticos de tutela, curatela, apoderado, defensor, albacea, perito, depositario, interventor judicial, síndico ó interventor de quiebra, árbitro, arbitrador ó representante de ausentes.

También cumplirá las obligaciones que se fijan para obtener su libertad bajo fianza; Si las contraviniere, se le revocara y deberá acudir a todos los llamados que haga el órgano de la jurisdicción.

Como podemos notar en realidad son más las obligaciones que se le imponen, que los derechos concedidos.

Podremos de cierto modo, decir que es evidente que son más las imposiciones que las concesiones, en virtud de la situación singular en la que se encuentran, en tanto no demuestre su inculpabilidad, quedaría relevado de tales obligaciones impuestas por la ley, para el sujeto principal de la relación jurídico procesa. de quien se presume es el primer posible autor del delito.

Debemos de tomar en consideración pues que no es posible, dar igual tratamiento a una persona de quien se tiene la mayor sospecha de su participación o comisión acerca de un hecho delictivo determinado, a otra de quien no se tiene ni mínima sospecha.

Por tanto, el argumento más convincente manejado por el estado a través de sus órganos, precisamente es la de la seguridad.

### 3.2 SUJETO PASIVO.

Antes de entrar en materia, es necesario establecer algunos conceptos acerca de la noción del sujeto pasivo del delito, destacando que no es todos los delitos, existirá un ofendido y que en la misma recaiga directamente la acción, tal es el caso de los delitos de homicidio, en donde el sujeto en quien recae la acción es la víctima y el ofendido es el familiar de este.

Francisco Carrara, dice que el sujeto pasivo es el ofendido, paciente o inmediato, se entiende la persona que sufre directamente la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito.

Cuello Calón, dice que es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito.

Agregamos que el sujeto pasivo del delito, no es más que aquella persona física que resiente directamente la lesión jurídica en aquellos aspectos tutelados por el derecho penal.

### SITUACION JURIDICA

En el derecho Procesal Penal Mexicano, el sujeto pasivo, tiene derechos que deducir, así lo reconocen expresamente las leyes y exigencias mismas del procedimiento.

Desde la averiguación previa, el ofendido realiza actos tendientes a demostrar la culpabilidad del sujeto activo del delito, actuando como coadyuvante del órgano de la investigación y persecución de los delitos; Además de sus diversas intervenciones, demostrándolo al realizar actos jurídicos, quedando vinculado con las demás personas que se encuentran involucradas en el proceso, convirtiéndose en parte de un triángulo procesal penal.

Hay que distinguir que el carácter de parte sólo lo adquiere cuando demanda la reparación del daño al tercero obligado, en el incidente respectivo.

En opinión de Carlos Franco Sodi (30) "el ofendido por ser quien deduce un derecho (el de obtener la reparación), tiene el carácter de parte, como lo tiene el tercero obligado a pagar aquella reparación por ser la persona en cuya contra del derecho de la víctima se deduce".

Dado lo anterior, se puede deducir que el ofendido tiene en términos generales, durante el procedimiento, amplias facultades para presentar denuncias o querellas, aportando ante el Ministerio Público, o ante el Juez los elementos de prueba que estén a su alcance, deducir derechos contra terceros, en lo concerniente a la reparación del daño y también la interposición de los recursos señalados por la Ley, cuando sus intereses así lo demanden, y en aquellos delitos en que sea posible la reparación del daño.

Además, atendiendo al contenido de los artículos 9 fracción X, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y 141 fracción II, del Código Federal de Procedimientos Penales, la coadyuvación del ofendido deberá ser admitida por el Juez tan pronto como el interesado lo solicite, por lo tanto no hay razón para que este no admita la intervención del ofendido, desde la fase de la averiguación previa, en auxilio de la función que realiza el Ministerio Público.

Es de hacer mención que si no existe prohibición alguna para que el sujeto pasivo intervenga en la forma ya descrita, desde la averiguación previa es lícito y debe permitirse su Coadyuvancia, no habiendo razón legal para coartarla.

### 3.3 EL ORGANO DE LA ACUSACION.

El Ministerio Público, es una institución dependiente del estado que actúa en representación del interés social, en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes.

El Ministerio Público, es un cuerpo de funcionarios que tienen como actividad característica aunque no única es la de promover el ejercicio de la jurisdicción en los casos preestablecidos, personificando el interés público existente en el cumplimiento de esta función estatal.

Al Ministerio Público, como institución procesal, le están conferidos en las leyes orgánicas relativas muchas atribuciones que desvirtúan su verdadera naturaleza y que pudieran ser confiadas al Abogado del Estado.

En realidad, la única función de la que no se le podría privar, sin destruir la institución, es la del ejercicio de la acción penal. Siendo el Ministerio Público una organización judicial, pero no jurisdiccional.

Dentro de este apartado del presente trabajo, trataremos de destacar aquellos puntos que consideramos los más importantes para el tema principal, y que además guardan una relación estrecha de necesaria concatenación para con el mismo.

Tomando en consideración la amplitud de este tema, abordaremos lo indispensable para poder cumplir con el objetivo fijado.

Al Ministerio Público se le ha considerado de diversas maneras tales como:

- a).- Un Representante de la Sociedad en ejercicio de las acciones penales.
- b).- Un órgano administrativo, que actúa con el carácter de parte.
- c).- Un órgano judicial.
- d).- Un colaborador de la función jurisdiccional.

Para aquellos que opinan que es un representante del ejercicio de las acciones penales, se apoyan en el hecho de que el Estado, al estatuir la autoridad, le otorga el derecho para ejercer la tutela jurídica general, para que de esta manera ejerza la facultad que le es dable en el sentido de cumplir con su cometido en la función persecutoria e investigatoria de los delitos o de hechos presuntivamente ilícitos.

Para algunos otros doctrinarios del derecho, el Ministerio Público, es la personificación del interés público, en el ejercicio de la jurisdicción.

Otros opinan que éste ampara en todo momento el interés público general implícito en el mantenimiento de la legalidad, por lo que no se debe considerar como un representante de alguno de los poderes estatales, independientemente de la subordinación que guarda frente al poder ejecutivo, Rafael de Pina agrega que más bien la Ley tiene en el Ministerio Público su órgano específico y auténtico.

Al respecto, decimos que cada uno de los diversos actores, mantienen opiniones respetables de cada quien en su apoyo, legal o personal, pero lo que no podemos pasar por alto es aquel Ministerio Público dentro de sus múltiples atribuciones, representa el interés que originariamente le corresponde a la sociedad, que evidentemente no sería posible que esta pudiera en conjunto tutelar intereses sin tener delegada su comisión originaria.

Por lo tanto la función delegada la cumple el órgano del Estado llamado Ministerio Público, con la consigna de proveer todo lo necesario para el mantenimiento legal.

El Ministerio Público es un órgano administrativo, en la Doctrina Italiana, existen dos corrientes de opinión, para unos es considerado al Ministerio Público como un órgano administrativo, y para otros es considerado como un órgano judicial, los primeros se apoyan en el hecho de que realiza actos administrativos y emana de un órgano administrativo carente de función jurisdiccional.

Es un órgano judicial, respecto a que los doctrinarios opinan que el Ministerio Público no es posible considerarlo como un órgano administrativo sino bien de un carácter judicial, apoyados en la potestad judicial que tiene el estado, cuyo objeto se encamina al mantenimiento y actuación del orden jurídico, en razón de que esta misma abarca el poder judicial, y esta a su vez ligada a las otras actividades no jurisdiccionales.

Don Guillermo Colín Sánchez (31), dice que: "El Ministerio Público, dada su naturaleza, carece de funciones jurisdiccionales; estas son exclusivas del juez, de tal manera que debe concretarse a solicitar la aplicación del derecho, más no declararlo".

(31) - Colín Sánchez Guillermo, Op., Cit., Pág. 12.

Dentro del Derecho Mexicano no es posible concebir al Ministerio Público como un órgano jurisdiccional, en razón de que no está facultado para aplicar la ley, esta función es atribución exclusiva del juez por imperativo de ley.

Por otro lado, la propia constitución en su artículo 21, manifiesta: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. ...". De la simple lectura del citado artículo, se nota en forma precisa la división de funciones, atribuciones y facultades específicas que a cada quien corresponde.

El Ministerio Público es un colaborador de la función jurisdiccional; Algunos autores sostienen que es un órgano auxiliar de la función jurisdiccional, debido a las actividades que realiza, a través de la secuela del procedimiento, ya que todos sus actos van dirigidos con un fin, que es la aplicación de la sanción que la ley señala, para cada tipo delictivo específico.

En cierta manera es aceptable concebir al Ministerio Público como un órgano auxiliar, para el mantenimiento del orden público y la legalidad.

Por último podemos argumentar que la figura del Ministerio Público, en el Derecho Procesal Penal Mexicano, es de una naturaleza jurídica, diversa y que en toda época ha prestado discusión, sobre la forma en que debe considerarse, toda vez que se encuentra investido de múltiples atribuciones; Tan es así que en la actualidad tiene participación legal, en asuntos tanto de índole civil, mercantil, de representante del Estado, de menores, incapacitados o ausentes y en algunas otras situaciones en que son afectados los intereses del estado.

Es posible agregar que el Ministerio Público, tiene funciones específicas tanto en asuntos del orden Penal, Civil, Constitucional como Consejero Auxiliar y Representante Legal del Ejecutivo.

### 3.4 LA AVERIGUACION PREVIA.

César Augusto Osorio y Nieto (32), ubica el concepto de dos maneras, la primera "como fase del procedimiento penal, puede definirse la averiguación previa como la etapa procedimental, durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito, la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal".

La segunda vierte en un expediente, el cual se define: Como el documento que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador, tendiente a comprobar en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal.

La titularidad de la averiguación previa; En cuanto a quien corresponde, no existe duda alguna, toda vez que se desprende claramente en lo establecido por el artículo 3 fracción I, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en igual forma los artículos 1 y 2 fracciones I y II de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

La limitación del tiempo que dura la investigación previa, ningún precepto legal señala el tiempo que debe durar la averiguación previa, de tal suerte que estará al arbitrio y criterio del Ministerio Público determinado.

Cuando no existe detenido, el problema no se torna tan grave, como suele suceder en el caso de que el presunto responsable a sido detenido en flagrante delito y esta a disposición de esa autoridad, Por tal motivo es necesario determinar y especificar hasta cuando puede prolongarse las diligencias de la averiguación previa, tanto cuando exista detenido y cuando no lo exista.

(32).- Osorio y Nieto César Augusto, La Averiguación Previa, Editorial Porrúa, S.A., México 1989, Pág. 2.

Requisitos de procedibilidad, entendemos como los requisitos, aquellas condiciones legales que se deben de reunir para proceder a iniciar la averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal correspondiente.

La Constitución Política en su artículo 16, señala como requisitos de procedibilidad, el mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, el cual puede ser derivado por la denuncia, la acusación y la querrela.

**Denuncia:** Es la información que cualquier persona comunica al Ministerio Público, sobre la noticia de la comisión posible de un delito, siendo esta en forma escrita ó verbal.

**Acusación:** Es la imputación directa que una persona hace a otra determinada, sobre la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio ó a petición de la víctima u ofendido.

**Querrela:** Es la manifestación de la voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con la finalidad de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio.

De forma más explícita, respecto a la presentación de la denuncia, podemos agregar que cualquier persona que tenga conocimiento sobre la comisión de hechos delictivos, sin que sea necesario que dicha persona sea el sujeto pasivo o la víctima del delito, empleándose como un medio informativo, bastando que el Ministerio Público, para que de inmediato proceda a la practica de las investigaciones necesarias, para dilucidar en su caso, si existe delito, la presunta responsabilidad y estar en posibilidad de ejercitar la acción penal.

Los deberes del Ministerio Público en la averiguación previa de acuerdo a la clasificación que hace Don César Augusto Osorio y Nieto, acorde a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

- 1.- No obligar al indiciado a trabajar sin consentimiento pleno y sin remuneración, artículo 5.
- 2.- Contestar por escrito toda petición formulada por escrito, artículo 8.
- 3.- No aplicar leyes privativas para la conducta que se atribuye, artículo 13.
- 4.- Aplicar retroactivamente la ley en beneficio de las personas, artículo 14.
- 5.- Cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento, artículo 14.
- 6.- Detener, sólo en casos de flagrante delito, artículo 16.
- 7.- Sólo detener, cuando el delito cometido se sancione con la pena corporal, artículo 18.
- 8.- Sólo molestar a los particulares en el goce de sus derechos, por mandato escrito, fundado y motivado, artículo 16.
- 9.- Poner al detenido, sin demora, a disposición de la autoridad judicial, artículo 16.

- 10.- Abstenerse de privar de su libertad a una persona si existe únicamente imputación, sin otras pruebas que apoyen la acusación, artículo 16.
- 11.- Reunir los elementos que comprueben el cuerpo del delito y la probable responsabilidad para estar en aptitud de consignar, artículo 16 y 19.
- 12.- No privar de su libertad a las personas por deudas de carácter civil, artículo 17.
- 13.- Recluir al presunto responsable en un lugar distinto al que ocupan los procesados o sentenciados, artículo 18.
- 14.- Abstenerse de maltratar e impedir todo maltrato a los indiciados, artículo 19.
- 15.- Reprimir toda molestia inmotivada o gravamen a las personas detenidas, artículo 19.
- 16.- Hacer saber al indiciado la acusación en su contra, los elementos que constituyen el delito que se le atribuye, así como lugar, tiempo y circunstancia de ejecución, artículo 19.
- 17.- No obligar al indiciado a declarar en su contra, artículo 20.
- 18.- Abstenerse de incomunicar e impedir toda clase de comunicación al indiciado, artículo 20.
- 19.- Recibir todas las pruebas que ofrezca el indiciado, artículo 20.

20.- Facilitar al indiciado todos los datos que consten en la averiguación previa y requiera para su defensa, artículo 20.

21.- Permitir la intervención del defensor desde el momento de la detención, artículo 20.

22.- No prolongar la detención del sujeto por falta de pago de honorarios, otra prestación en dinero, responsabilidad civil o algún otro motivo semejante, artículo 20.

23.- Perseguir e investigar los delitos, artículo 21.

Podemos considerar que la anterior clasificación de deberes del Ministerio Público, es tomada en nuestra realidad como un conjunto de facultades exclusivas y potestativas e inherentes a la persona del sujeto que desempeña tal cargo, ello en razón de que no existe un control sobre su actuación, y cómodamente adopta la postura que creen conveniente, sin que el particular tenga la oportunidad de impugnar sus actos, monopolizados y que constituye un peligro para la sociedad al no poder combatir sus resoluciones y también por carecer de una vigilancia debida.

La naturaleza jurídica de los actos del Ministerio Público, al resolver sobre el ejercicio del Derecho de la acción Penal, podemos decir que este en la averiguación previa es autoridad y como tal actúa hasta que concluye sus investigaciones y cierra la etapa procesal para determinar sobre el ejercicio de la acción penal, al momento de determinar si ejercita o no la acción penal, deja de ser autoridad y asume inmediatamente la calidad de parte en el proceso.

Independientemente de que consigne la acción penal ante los tribunales o dicte el no ejercicio de la acción penal; Tales actos son de autoridad de tal forma que su actuación en su contenido no afecta en sí la esfera jurídica de los gobernados; Siendo que sólo podrán originar responsabilidad oficial al titular del Ministerio Público, cuando se hubiera formulado incorrectamente.

El criterio anteriormente referido, es apoyado en la siguiente tesis jurisprudencial a reproducir:

"Ministerio Público. Cuando ejercita la acción penal en un proceso, tiene el carácter de parte y no de autoridad, y, por lo mismo, contra sus actos, en tales actos, es improcedente el juicio de garantías, y por la misma razón, cuando se niega a ejercer la acción penal. Las facultades del Ministerio Público, no son discrecionales, puesto que debe obrar en modo justificado y no arbitrario, y el sistema legal que garantice a la sociedad el recto ejercicio de las funciones de esa institución, puede consistir en la organización de la misma, y en los medios de exigirle la responsabilidad consiguiente, y si los vacíos de legislación lo impiden, esto no es motivo para que se viole lo mandado por el artículo 21 Constitucional".

(33) Jurisprudencia que se integra con las ejecutorias visibles en: Tomo XXV, Pág. 1, 551, López Revueltas, Juan Sucs. de: Tomo XXVI, Pág. 1, 055, Wetken, Howard; Tomo XXVII, Pág. 1, 668, Elizondo Ernesto; Tomo XXXI, Pág. 594, Arciniega Anastacio; Tomo XXXIV, Pág. 594, Cía. Mexicana de Garantías; Quinta Epoca.

En nuestra organización jurídica, no existen verdaderos medios de control en el caso que el Ministerio Público se niegue, a cumplir con lo encomendado respecto al interés social; Se ha discutido la posibilidad de acudir al juicio de garantías llegando a determinar que es improcedente, puesto que no existe precepto constitucional que establezca como garantía la persecución de los delitos.

(33).- Jurisprudencia que se integra con las ejecutorias visibles en: Tomo XXV, López Revueltas Juan, 551, Pág. 1, Sucs., de Tomo XXVI, Wetken Howard, Pág. 1,055., Elizondo Ernesto, Tomo XXXI, Pág. 594, Arciniega Anastacio, Tomo XXXIV, Pág. 594, Cía. Mexicana de Garantías, Quinta Epoca.

Por nuestra parte, pensamos que debería de ser procedente el juicio de amparo, por el no ejercicio de la acción penal, al atenderse que el artículo 21 constitucional otorga al Ministerio Público la función específica, de la persecución de los delitos, no está de ninguna manera creando una función discrecional ni potestativa, si no que es un mandato constitucional, una obligación impuesta por la propia Constitución que pertenece al mundo del deber ser, que en todo tiempo y lugar debe cumplirse, salvo en casos especiales que la misma establece.

En otro sentido debemos dejar claro y entender que la acción penal es pública, no solamente por que su ejercicio esté encomendado a un órgano del Estado sino acaso más por que es éste quien debe promover todo lo relacionado al castigo justo de los infractores a los ordenamientos Jurídico Penales, y a la propiedad que representa, siendo la mas interesada en los hechos delictivos que no queden impunes, en aras de la seguridad y tranquilidad que debe prevalecer para el armonioso desarrollo social.

El principio de legalidad, frente a la discrecionalidad imperante durante el desenvolvimiento de la función ministerial, no debe de sufrir mengua alguna, por ningún concepto, si no prevalecer de todo, lo cual es congruente con otro de los llamados principios característicos de la acción penal, que es el de oficialidad.

Como la legalidad es una garantía en nuestro sistema jurídico, por eso se explica entre otros aspectos, que el Ministerio Público, para ejercitar la acción penal, este obligado a satisfacer los extremos del artículo 16 de la Constitución Política, una vez que esto suceda y se cumpla, el carácter público del procedimiento obliga el ejercicio de la acción.

De otra manera no podría entenderse el espíritu del artículo 21 Constitucional, cuyo texto se ha insistido, indica que incumbe al Ministerio Público, la persecución de los delitos, más no la exclusividad y propiedad de la acción, siendo cuestionada con relación a la imposición de las penas, si se señala en exclusiva para el poder judicial.

Tanto las leyes secundarias como la propia jurisprudencia, han convertido al Ministerio Público, en un ente jurídico dotado de un poder superior en torno a la acción penal, en grave detrimento de ofendidos y víctimas del delito, esto es en consecuencia directa e inmediata del monopolio de la acción penal.

Es de suma urgencia que se implemente un verdadero control de la actuación del Ministerio Público, ante la negativa para ejercitar la acción penal, por ello debe tener lugar la procedencia del amparo.

Por otra parte una de las posibles medidas de controles, es permitiendo la intervención activa del defensor del presunto responsable, desde el momento en que éste se encuentra privado de su libertad, sin permitir el condicionamiento de los defensores, por parte el Ministerio Público.

En este mismo cometido, permitir que los defensores nombrados o designados, tengan acceso a las constancias de la averiguación, permitir que éstos se comuniquen con los presuntos responsables, y no como suele suceder en la realidad.

Una vez establecidos los puntos de apoyo que han de servir como marco de referencia para el desarrollo del presente trabajo, y habiendo hechos algunas consideraciones apoyadas con opiniones de quienes de hecho han dedicado su vida al estudio del derecho como ciencia y con el apoyo de las propias experiencias, habremos de explicar paulatinamente en que

consiste el problema en estudio, y la falta de adecuación de la norma jurídica al entorno social que actualmente rige.

Además haciendo hincapié en que tantas más libertades existan para la intervención del defensor, mayor será las posibilidades de hacer efectivas las garantías que nuestra Constitución otorga a todo gobernado de la República Mexicana, dentro del procedimiento penal, incluyendo la etapa que en especial nos estamos avocando, periodo donde hecho existen mayores atropellos en contra de las personas.

De las anteriores referencias hechas en miras de considerarlo como el marco teórico, se han tocado como puntos importantes que se encuentran presentes en el proceso penal, los diversos sujetos que intervienen, así como el carácter con el cual lo hacen, y que de alguna manera todos los procesalistas concuerdan en que deben estar presentes para lograr el perfecto equilibrio para el proceso penal, y como tales destacan, el órgano de acusación, sujeto activo y por último el sujeto pasivo del delito.

En la Averiguación Previa, anteriormente sé hacia alusión, que debería de estar integrada por la trilogía procesal, aún sin ser el proceso, pero lo que no podemos pasar por alto, es que esta etapa, constituye fase de preparación del juicio, ahora sí la antesala del proceso.

Ahora bien, tomando en cuenta que en la práctica y en el derecho, no existe tiempo límite para que el ministerio público, concluya el periodo de la integración de la averiguación previa, además de que en el momento esta en juego la libertad del sujeto presuntamente culpable; es por ello que se hace necesario la intervención de la defensa en interés de éste.

Como ya se menciona anteriormente, aún nos encontramos en la etapa del proceso, pero si tomamos en cuenta que nuestra propia Constitución, otorga la garantía de que el acusado nombre defensor, desde el momento en que es aprehendido, es obvio que el gobernado que tenga la más mínima noción de sus derechos, busque la asistencia de defensor, al amparo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Pero en la practica para desgracia nuestra, observamos lo contrario a lo establecido por nuestras propias leyes, al no interpretar debidamente el contenido del multicitado artículo 20 en su parte conducente; El ministerio público, parece no considerar que el detenido tiene derecho a nombrar defensor, desde la diligencia de averiguación previa, siendo él quien está obligado a vigilar los intereses de la sociedad, a la cual pertenece, sino además de nombrarlo encontrarse en el momento, para su debida intervención.

Esta deplorable situación se observa rutinariamente en la practica, llevando aún sin número de violaciones a las garantías que tenemos como gobernados, incluso se llega observar que a los detenidos, ni sus propios familiares les es permitido comunicarse con ellos.

Grave es la situación en que nos encontramos, que para toda pregunta formulada a las autoridades administrativas, siempre cuentan con una respuesta con miles de excusas y argumentos que carecen de fundamento legal alguno, para no permitir la comunicación ó contacto con el detenido.

El amparo que pudiera otorgarse, a la solicitud de la demanda de garantías ante la autoridad federal, queda sin efecto alguno debido que al tener conocimiento la autoridad administrativa, de la suspensión provisional, procede a consignar el expediente conjuntamente con el detenido, quedando sin efecto el amparo y protección de la justicia federal. Cambiando la situación jurídica del presunto responsable.

Insistimos, de lo que se trata es que, si no existe impedimento alguno para que el acusado pueda entrevistarse con sus familiares ó su defensor, además de no encontrarse expresamente prohibido por la Constitución, por razón de Principios Generales del Derecho, puede hacerlo.

Posiblemente el motivo fundamental que esgrimen las autoridades administrativas, es el de no permitir es el aleccionamiento del presunto responsable, por parte de su defensor ó por razones de seguridad.

Pero también es de mencionar, que constitucionalmente no está autorizada tal actitud por parte de la autoridad, y hemos de recordar que las autoridades pueden hacer únicamente lo que expresamente establezca la ley, que es otro de los principios generales, rectores del derecho.

Además de lo comentado, es perfectamente conocida la postura que adopta una autoridad administrativa ante la situación real, que en honor a la verdad no tiene razón de ser, por que sí bien es cierto, que el Estado le corresponde velar el interés de la generalidad, la sociedad en su conjunto, y al ministerio público preservarlo de hechos delictuosos, para garantizar la seguridad pública, para el armonioso desenvolvimiento de la sociedad, no lo es menos cierto que el particular tenga el amplio margen de libertad para defender sus intereses y que nuestra propia Carta Magna le reconoce y otorga.

De esta suerte, el particular, busca demostrar que en realidad no cometió el hecho ilícito que se le imputa, para tal efecto se acoge a las garantías que la ley le concede.

Como el particular, al buscar defenderse de la pretensión del Estado, no tiene más limitaciones, que la propia ley establece, puede hacer todo con esa salvedad.

Pero si encontramos que en nuestra realidad actual, que los primeros que ponen trabas para limitar las libertades, es la propia autoridad, luego entonces, estamos ante una notoria escenificación de injusticia social, con un perfecto desequilibrio entre particular y el Estado, tan solo por que éste detenta el poder, siendo claro la regla de que siempre existirá un gobierno y un gobernado, fuerte y débil, acusador y acusado, hasta en tanto no caduque el actual sistema que nos rige, para dar paso a otro sistema diferente de interrelación humana, que nos conduzca a tener otra estructura social, más acordes y eficaces a la necesidades de nuestro entorno social.

En tanto que continúan prevaleciendo nuestras leyes, habremos de buscar y alcanzar que éstas se observen, pero también en su justa medida tenemos la imperiosa necesidad de encontrar fórmulas efectivas para defendernos de la pretensión punitiva del Estado y llegar a consagrar los derechos del hombre.

CAPITULO IV.  
ARTICULO 20 FRACCION IX DE LA CONSTITUCIÓN.

En este apartado, vamos a establecer el porqué esta fracción del citado artículo 20, resulta ineficaz en la realidad social actual, en los siguientes términos:

I.- Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, ó por ambos según su voluntad.

Por lo que respecta a este primer apartado, diremos que, al momento de creación de la norma jurídica en comento, fue eficaz y respondió a las necesidades del momento histórico que le dio nacimiento, toda vez que hace 85 años aproximadamente, era poco probable que nuestro país contara con los suficientes Licenciados en Derecho, tal como para que todo acusado estuviera asistido de un profesional de la materia, por lo que fue aceptable que la Constitución Federal, concediera el amplio margen de la libertad para que las personas fungieran como defensores de los presuntos responsables, aún sin conocer la ciencia del derecho y mucho menos del proceso, desempeñarán dicho cargo, situación que conducía que muchos de los delitos quedaran impunes e inocentes que compurgaran penas, sin haber tenido nada que ver en la comisión de los ilícitos penales, situación que en nuestros días tampoco encuentra solución aún.

Retomando lo dicho anteriormente, en el sentido que el momento histórico social de la creación de la norma que nos ocupa, fue adecuada, por la razón de haber existido pocos abogados titulados en ese entonces, sería en aquellos días poco atinado limitar que la defensa de personas en los juicios penales, estuviera exclusivamente a cargo del reducido número de Licenciados en Derecho, y sobre todo tomando en cuenta la gravedad de los actos de privación de la libertad.

Claro está, que en la actualidad tampoco hemos superado todavía el analfabetismo en el país, pero sí se cuenta con un gran número de abogados titulados, aún que no todos se dediquen al litigio, existen los suficientes para ser frente a las necesidades de defensa de los involucrados en hechos delictivos.

Por otra parte, el hecho de que el propio inculpado pueda defenderse por sí, es también inapropiado, en razón de lo que anteriormente decíamos, no se puede tener la misma libertad de acción para reunir los elementos probatorios y ponerlos a disposición de la autoridad encargada de resolver el caso particular para demostrar su inocencia; Otra cuestión, es que no resulta lo mismo, defender intereses propios, que ajenos y no por que estos no nos importen, sino que cuando es una defensa propia, no se puede tener la calma y frialdad que se necesita para analizar cada detalle de los hechos presuntamente ilícitos, con lo que se garantizaría un mejor desenvolvimiento técnico jurídico, para la situación por enfrentar, esto nos lleva a deducir que cuando son intereses propios los llevados a juicio, se pierde la calma, viene el apasionamiento y ello ofusca la inteligencia, perdiéndose el control de sí mismo, motivo suficiente para no realizar una buena defensa, tal vez no sean suficientes los argumentos, pero el hecho es que en realidad, poco probable es el éxito y la garantía que represente la autodefensa.

Por lo que se refiere a la defensa de personas que no sean licenciados en derecho, ya es tiempo que la Constitución elimine el amplio margen de libertad para el ejercicio de la defensa, exigiendo que sea exclusivamente por Licenciados en Derecho.

La persona de confianza mencionada con antelación, nos referimos que puede ser cualquier persona, basta que sea de su confianza, tal y como lo establece la Constitución, pero se da el caso que en contraposición a la persona de confianza del acusado, encontramos que el Ministerio Público, es licenciado en derecho, situación que implica ventaja, cuando la persona de confianza del inculpado no lo sea también, nos encontramos con un plano de desigualdad procesal, ya que suelen carecer de

conocimientos teóricos y prácticos jurídicos, obteniendo en su mayoría una resolución desfavorable. Por otro lado da cabida a la existencia de los llamados vulgarmente "Coyotes", que no son mas que personas dedicadas a lucrar con la situaciones adversas en que se encuentran las gentes, estafándolos a través de promesas, las cuales de antemano saben que no podrán cumplir, desprestigiando de esta manera a aquellas personas que obtuvieron el título de Licenciado en Derecho.

Lo ideal entonces, resulta en forma terminante prohibir totalmente la intervención de personas que carezcan de la carrera de Licenciado en Derecho, así mismo de la falta de cédula, legalmente expedida. Permitiendo de esta manera, volver a elevar el prestigio profesional del Licenciado en Derecho.

Con relación a la defensa mancomunada, es técnicamente entendible que siempre existirá la comunicación entre el acusado y su defensor, pero no resulta del todo adecuado, que dos personas defiendan al mismo tiempo a una sola persona, ya que en la practica es observable que una de ellas es quien funge como abogado patrono, sin impedir que los demás tengan autorización para oír y recibir notificaciones en nombre y representación del acusado, claro esta que no reviste la importancia, como llevar en sí la defensa.

Además de lo mencionado, hay que dejar claro, que esta facultad le pertenece al acusado, el hecho detener uno o varios defensores, aspecto que no le es restringido en lo más mínimo, pero como anteriormente se menciona, la conducción e intervención directa en el desarrollo del proceso, sólo uno podrá hacerlo.

Prohibición para la existencia de la defensa mancomunada no existe, pero es poco práctico que varias personas al mismo tiempo alegaran el derecho del indiciado, en razón de establecer una congruencia exacta para su defensa, por el criterio que presenta cada persona, hecho que de aceptarse tal vez conduciría al fracaso de la defensa.

Consideramos bastante plausible, el hecho que exclusivamente se le dé intervención a un sólo abogado de los designados, en caso de ser varios, para que pueda alegar el derecho del acusado, durante del desarrollo del proceso.

Siguiendo con lo mandado por la Constitución, en la fracción y artículo citados, diremos que es atinada la inclusión en el texto constitucional, la existencia del defensor de oficio, que hace de su trabajo el defender a personas de escasos recursos económicos, que con sus propios medios podrían pagar o expensar los honorarios que devenga un abogado particular, en cierto momento se les ha conocido y denominado como abogado o defensor de pobres.

La razón de estos defensores es consciente y congruente con la realidad económica del país, su creación obedece a los fines ya señalados, por que no todo acusado cuenta con los recursos económicos suficientes, para cubrir los gastos del abogado particular, sobre todo tomando en cuenta el costo de honorarios que devengan estos profesionales en asuntos de orden penal.

Por otra parte, el problema consiste en que muy a pesar de la finalidad y objetivo del cuerpo de defensores de oficio, que guió el espíritu del constituyente para su inclusión en el capítulo de derechos penales del individuo, en la actualidad se ha desvirtuado su imagen dentro de su intervención.

Lo grave de todo esto, es que no realizan responsablemente su cometido, que en la mayoría de los casos, perjudicando y agravando la situación del acusado, si no que llegan al grado de extorsionar a los familiares del procesado, con los gastos, para la buena marcha del asunto, situación que de ninguna manera es justificable, ya que estos son pagados por el Estado, la razón de tales anomalías, es la falta de conciencia del propio defensor.

La siguiente parte del artículo en comento establece: "... Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de ser requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. ..."

En esta parte a comentar, a vivas luces se ve que el constituyente, deseando que el acusado no quedara sin defensor, autoriza incluso el nombramiento de este aún contra su voluntad, proveyendo al efecto, que el juez en plenas facultades de derecho, le nombre el de oficio y de esta manera garantizar que contara con asistencia de defensor durante el transcurso del proceso penal.

Pero no podemos pasar por alto que el imperativo constitucional, es hasta en tanto requerírsele para hacer el nombramiento, en la diligencia de declaración preparatoria, dejando al acusado en la fase de la averiguación previa sin defensor, independiente de que tenga derecho de nombrarlo, más sin embargo, no es obligatorio, por tratarse de un derecho potestativo del detenido el nombrar defensor desde el momento de ser detenido.

Aquí encontramos la confusión que presenta la fracción IX del artículo 20 Constitucional, al ordenar que primeramente y aún en contra de la voluntad del acusado, establece la obligación de nombrar defensor, después ordenar que podrá hacerlo desde el momento en que se inicie el proceso, hecho que se ha interpretado de diversas maneras y aún despierta acaloradas discusiones acerca del momento en que se debe de hacer el nombramiento de éste.

Tal vez, no fue la intención del constituyente del 17, de dejar al acusado en estado de indefensión, durante la fase de la averiguación previa, muy a pesar insistimos, de que el derecho existe consagrado en nuestro máximo cuerpo jurídico, pero al no entenderse como una obligación del Ministerio Público, el de nombrarle defensor al momento de su detención, sino el imperativo constitucional es hasta el momento de que de inicio su proceso, es por ello que significa ventaja para el órgano de la acusación, el hecho de la asistencia del defensor frente al propio órgano, podríamos presumir de vigilancia a favor del acusado desde tal etapa.

Pensando que la congruencia y el equilibrio procesal, se daría únicamente si al defensor se le otorga la misma oportunidad desde el primer momento, al igual que el Ministerio Público.

Siguiendo con el derecho de defensa consagrado en la fracción IX del artículo 20 constitucional, se complementa la confusión existente, con relación al momento de designación de defensor por parte del detenido, saltando a la vista, que es una facultad del acusado el nombrar ó no defensor, lo cual debería de ser al momento de ser aprehendido, independientemente que en la practica, nunca los agentes encargados de hacer la aprehensión, les lee sus derechos al detenido; Tal es el caso en el afán de acercarnos más al problema de forma objetiva y obtener los suficientes datos concretos, para saber si al momento de aprehender a los presuntos delincuentes, se les hacia mención del derecho a tener defensor, realizando un recorrido por las diversas Delegaciones Políticas del Distrito Federal, se entrevisto a un total de 80 detenidos, los cuales fueron puestos a disposición de los respectivos agentes del Ministerio Público, con la finalidad de saber si a cada uno de los detenidos que se encontraban privados de su libertad, se les había hecho saber del derecho que la Constitución les otorga, en el sentido de poder designar defensor desde el preciso momento de su detención, hecho que nos ha llevado a aceptar totalmente que la institución despersonalizada del ministerio Público, toma la garantía Constitucional como la facultad que tiene el detenido de querer ó no designar un defensor que lo asista en la etapa de la

averiguación previa, esta situación es hasta cierto punto entendible, en razón de la forma en que se encuentra redactado el mandamiento constitucional, el verbo podrá se encuentra en el futuro del indicativo, que implica la realización de un acto a la abstención de éste, por lo tanto podemos decir que ni es obligación del Ministerio Público y tampoco del acusado de nombrar defensor y que a falta de éste nombramiento pudiera ser por parte de la autoridad administrativa, como en el caso de la autoridad judicial en la declaración preparatoria, que lo hace aún en contra de la voluntad del indiciado, empleando para el efecto al defensor de oficio.

Para ilustrara aún más esta situación y el criterio jurisprudencial al respecto, entre otras es la siguiente:

Defensor, facultad del acusado de asistirse, a partir de la detención. La obligación señalada por la fracción IX del artículo 20 Constitucional, en el sentido del nombramiento del defensor para el acusado, se refiere, a cuando este ya ha sido declarado sujeto a proceso, momento en el cual es indudable la obligación del juez a nombrarle defensor, en caso de que aquél no lo haya hecho, más la facultad de asistirse de defensor, a partir de la detención del inculcado, 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.

Tesis de Jurisprudencia Definida Número 88, Apéndice 1977-1985, Segunda parte, Primera Sala, Pág. 199.

Por las razones y el apoyo jurisprudencial, es ya momento de pugnar por una reforma al citado artículo, buscando no dejar lugar a dudas, ni tampoco propiciar contradicciones, estableciendo en forma categórica, el momento en que debe intervenir el defensor, ya como imperativo legal y no facultad de unos. Pero además la ingerencia de éstos sea activa y no expectativa, como hasta hora lo a sido, el defensor debe ya dejar de ser el paciente contemplador pasivo de las diligencias de averiguación previa, la sociedad lo requiere, los acusados lo gritan y los abogados postulantes lo exigen.

## ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

I.- Ineludiblemente los agentes aprehensores del presunto responsable, le harán saber acerca del derecho a nombrar defensor, desde el momento de su aprehensión.

II.- establecer la obligación del Ministerio Público, de promover al presunto responsable de defensor, desde la averiguación previa. en caso de no tener quien le defienda, bajo pena de nulidad de todo lo actuado en caso de omisión.

III.- Admitir como defensores penales, exclusivamente a personas que tengan título de Licenciado en Derecho, legalmente expedida.

IV.- Al presunto responsable del ilícito penal, solo se le podrá tomar la declaración en presencia y necesaria intervención activa del defensor.

V.- Reformar la fracción IX del artículo 20 Constitucional, con la propuesta de establecer lo siguiente:

ART. 20 FRACCIÓN IX "Se le oirá en defensa por Licenciado en Derecho, en caso de no tener quien lo defienda, se le nombrara el defensor de oficio por la autoridad administrativa en turno, desde el preciso momento de la detención.

## CONCLUSIONES

En nuestro país, desgraciadamente los agentes aprehensores, se abstienen de hacerle saber al presunto responsable al momento de ser éste detenido, el derecho que tiene de estar asistido de un abogado defensor desde el mismo instante de la detención independientemente de las circunstancias en que se realice la aprehensión del sujeto.

Es predominante el criterio, con relación al momento procedimental en que se debe hacer la designación del defensor, hasta el momento de la toma de declaración preparatoria al presunto responsable, sin reconocer la obligación al Ministerio Público de proveer la asistencia de un abogado defensor al detenido, desde el instante de su aprehensión; Así mismo nuestra Constitución Política, no la considera obligación, ni tampoco nuestro máximo Tribunal Federal la interpreta así, estableciendo el criterio que es una facultad potestativa del detenido el hacer asistir de un defensor desde el acto de su aprehensión y que si no estuvo asistido de defensor, es imputable al propio detenido y no al Ministerio Público, y mucho menos al juzgador.

En nuestro país no es admisible la intervención activa del defensor en la fase preprocesal, oficiosamente sino hasta que es requerido el presunto responsable, para rendir su declaración preparatoria, y para el supuesto caso de existir nombramiento por parte del detenido, la actividad del defensor se reduce a contemplar pacientemente la actividad imperativa del órgano encargado de la averiguación previa.

La Legislación Mexicana, acepta como defensores a cualquier persona, bastando con que sean de la confianza del acusado, de acuerdo a lo establecido por Constitución, en franca contraposición a lo también establecido por el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales vigente, limita el ejercicio de la defensoría, situación que resulta incongruente.

Existe una clara desventaja entre el Ministerio Público y el defensor del detenido que no sea Licenciado en Derecho e incluso, siendo letrado, ya que él goza de amplias libertades en la averiguación previa el Ministerio Público, que investiga, persigue, aprehende y dicta el ejercicio de la acción penal, sin poder ser combatido efectivamente por el defensor desde el momento de realizar la aprehensión.

## BIBLIOGRAFIA

ARILLA BAS FERNANDO, El Procedimiento Penal en México, Editores Unidos Mexicanos, Edición 1987.

BORJA OSORNO GUILLERMO, Derecho Procesal Penal, Editorial José María Cajica Jr., S.A., Puebla Puebla, 1969.

BURGOA IGNACIO, Las Garantías Individuales, 19A. Edición Porrúa, S. A., México 1985.

BURGOA IGNACIO, El Juicio de Amparo, 23A. Edición, Porrúa, S. A., México 1986.

CASTRO, JUVENTINO V., El Ministerio Público en México, Funciones y Disfunciones, 6A., Edición, Porrúa, S. A., México 1985.

CERVANTES DE CASTILLEJOS, Minerva, La Defensa en La Averiguación Previa, Anuario Jurídico XII-1985 del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

COLIN SANCHEZ GUILLERMO, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 6a. Edición, Porrúa, S. A., México 1986.

FRANCO SODI CARLOS, El Procedimiento Penal Mexicano, 3a. Edición, Porrúa, S. A., México 1956.

GARCIA RAMIREZ SERGIO, Curso de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, S. A., 1974.

GARCIA RAMIREZ SERGIO, Y ADATO DE IBARRA, VICTORIA, Prontuario del Proceso Penal Mexicano, 5a. Edición, Porrúa, S. A., México 1988.

GARCIA RAMIREZ SERGIO, Estudios Penales, Edición Escuela Nacional de Artes Gráficas, México 1977.

GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S. A., México 1985.

GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE, Derecho Procesal Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S. A., México 1988.

MANCILLA OVANDO JORGE ALBERTO, Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal, Estudio Constitucional del Proceso Penal, Editorial Porrúa, S. A., México 1988.

OSORIO Y NIETO CESAR AGUSTO, La Averiguación Previa, Editorial Porrúa, S. A., México 1989.

PEREZ PALMA RAFAEL, Guía de Derecho Procesal Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1ª Edición, México 1968.

PINA, RAFAEL DE, Y PINA VARA, RAFAEL DE, Diccionario de Derecho, 14ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., 1986.

RIVERA SILVA MANUEL, El Procedimiento Penal, 16ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., 1986.

TENA RAMIREZ FELIPE, Derecho Constitucional Mexicano, 22ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., 1985.

ESTADÍSTICO  
DE LA UNIVERSIDAD

ZAMORA PIRCE, JEUS, Garantías y Proceso penal, 3ª Edición.  
Editorial Porrúa, S. A., 1988.

#### LEGISLACIÓN CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Sista, S. A. de C. V., México 2000.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial Sista, S. A. de C. V., 2000.

Código Federal de Procedimientos Penales, Editorial Sista, S. A. de C. V., 2000.

Legislación de Amparo, Editorial Sista, S. A. de C. V., México 2000.