

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL

**“LA ILEGALIDAD EN LA ACTUACIÓN DE LA PERSONA DE CONFIANZA EN
LA AVERIGUACIÓN PREVIA, AL EJERCER ACTOS DE DEFENSA”**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

VALERIA AGUILAR ANDRADE

ASESOR: LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA

CIUDAD DE MÉXICO

FEBRERO 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS

POT ESTAR SIEMPRE CONMIGO Y ACERCAR A GENTE BUENA EN MI CAMINO AAÌ COMO DEJAR QUE VEA CADA MAÑANA LA LUZ Y A MIS SERES QUERIDOS Y AMADOS, GRACIAS, CUIDA DE ELLOS Y AMI NO ME OLVIDES.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO

POR PERMITIRME SER LICENCIADA EN DERECHO Y ENRIQUECERME DE SABIDURÍA.

A LA FACULTAD DE DERECHO.

POR QUE DENTRO DE ELLA ME FORME Y PREPARE COMO UNA PROFESIONAL BRILLANTE Y ESPERO NUNCA DECEPCIONAR A MI FRATERNAL FACULTAD.

A MI MADRE

POPR QUE GRACIAS A TI HE LOGRADO MIS METAS, GRACIAS POR TU APOYO INCONDICIONAL, TE OFREZCO MI ESFUERZO MAMITA.

A RAFAEL RINCÓN VALENCIA

GRACIAS AMOR POR ESTAR CONMIGO EN LAS BNUENAS Y EN LAS MALAS, POR APOYAREME Y SER EL AMOR DE MI VIDA

A MIS HERMANOS

OMAR, MIGUEL, WENDY, EDGAR Y ARACELI POR APOYARME Y PÒR SU COMPRESIÓN, CARIÑO Y AMOR Y SIEMPRE FORTALECEREMOS LOS LASOS QUE SIEMPRE NOS UNE.

A MIS SOBRINOS.

ELENA, MONSERRAT, BRANDON ALEXIS, DIANA KIMBERLI, MIGUEL.

A MIS MAESTROS POR QUE SIEMPRE NOS REGALARON UN POCO DE SUS SABIDURÍA Y NOS FORMARON EN EL TIEMPO DE LA CARRERA.

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I GENESIS Y EVOLUCION JURÍDICA DEL DEFENSOR

1.1. EL DEFENSOR EN LA ANTIGÜEDAD	1
1.1.1. ROMA.....	2
1.1.2. GRECIA.....	4
1.1.3. ESPAÑA.....	5
1.2. ANTECEDENTES EN MÉXICO.....	8

CAPITULO II

LA AVERIGUACIÓN PREVIA

2.1. CONCEPTO.....	14
2.2. NOTICIA DEL DELITO.....	17
2.3. REQUISITOS DE LA PROCEDIBILIDAD.....	19
2.3.1. DUNUNCIA.....	21
2.3.2. QUERELLA.....	22
2.3.3. EXCITATIVA.....	24
2.3.4. AUTORIZACIÓN.....	26
2.4. DILIGENCIA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	27
2.5. EL DEFENSOR DEL INculpADO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	31
2.6. DETERMINACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	32

CAPITULO III

EL DEFENSOR

3.1. CONCEPTO.....	42
3.2. CLASIFICACIONDE LA DEFENSA.....	58
3.3. ARTIVCULO 20 CONSTITUCIONAL APARTADO A FRACCIÒ IX.....	71
3.4. EL REPRESENTANTE COMUN DE LA DEFENSA.....	82
3.5. EL DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.....	84

CAPITULO IV

LA ILEGAL ACTUACIÓN DE LA PERSONA DE CONFIANZA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

4.1. CONCEPTO DE PERSONA DE CONFIANZA.....	93
4.2. ANTECEDNTES HISTORICOS.....	96
4.3. LA INTERVENCIÓN DE LA PERSONA DE CONFIANZA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.....	97
4.4. LA NULA CAPACIDAD DE LA PERSONA DE CONFIANZA EN SUS ACTOS DE DEFENSA.....	101
4.5. ROPUESTA DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN Y LEYES ADJETIVAS PARA LA INTERVENCIÓN DE LA PERSONA DE CONFIANZA CON ASISTENCIA DE UN DEFENSOR PARTICULAR O DE OFICIO.....	105
PROPUESTA.....	110

CONCLUSIONES.....	112
BIBLIOGRAFÍA.....	115

INTRODUCCIÓN

LA RAZON DE SER DE LA EXISTENCIA EN NUESTRA CONSTITUCIÓN DE LA DENOMINADA PERSONA DE CONFIANZA, OBEDECE A QUE DURANTE MUCHO TIEMPO EN NUESTRO PAÍS NO EXISTIAN SUFICIENTES LICENCIADOS EN DERECHO PARA PODER ASESORAR Y REPRESENTAR EN JUICIO A LA PERSONA QUE SE IMPUTABA UN DELITO, RAZON POR LA CUAL SE PERMITIO, QUE CUALQUIER PERSONA AUN SIN GOZAR DEL CONOCIMIENTO DE LA CIENCIA JURÍDICA PUDIESE LLEVAR A CABO LA DEFENSA DE CUALQUIER PERSONA ANTE LA AUTORIDAD ENCARGADAS DE LA INVESTIGACIÓN O PROCESO EN MATERIA PENAL.

ACTUALMENTE EN NUESTRA CONSTITUCIÓN SUBSISTE LA FIGURA DE LA PERSONA DE CONFIANZA, SIN EMBARGO NO SIEMPRE CUENTA CON LOS CONOCIMIENTOS DE LA TÉCNICA JURÍDICA, CIRCUNSTANCIA QUE PUEDE AGRAVAR SU SITUACIÓN. EN EL CASO ANTERIOR PODEMOS AFIRMAR QUE NO SIEMPRE CUMPLE CON LA GARANTIA DE UNA DEFENSA ADECUADA, YA QUE LA LEY GENERAL DE PROFESIONES ESTABLECE QUE SOLAMENTE LA PERSONA TITULADA Y CON CEDULA PROFESIONAL SERÁ LA MÁS APTA PARA UNA DEFENSA ADECUADA Y ASÍ AL NO CUMPLIRSE CON ESTE REQUISITO SE VIOLA ESTE DERECHO.

EN LA PRÁCTICA, EL ARTICULO 20 APARTADO A FRACCIÓN IX CONSTITUCIONAL, ESTABLECE QUE CUALQUIER PERSONA PUEDE SER PERSONA DE CONFIANZA, LO CUAL ME PARECE INCORRECTO, YA QUE EN ALGUNAS OCASIONES ESTA PERSONA NO CUENTA CON LOS CONOCIMIENTOS JURÍDICOS NECESARIOS DEL SUJETO ACTIVO.

EL MINISTERIO PUBLICO ES LA INSTITUCIÓN QUE INDISCUTIBLEMENTE REPRESENTA A LA SOCIEDAD; ADEMÁS, PROTEGE LOS INTERESES DE LA VICTIMA O DEL SUJETO PASIVO DEL ILICITO Y TAMBIÉN, ES PARTE EN EL PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL PENAL, POR LO TANTO, DETERMINA LA RESPONSABILIDAD DEL SUJETO ACTIVO.

SIN EMBARGO, EL MINISTERIO PUBLICO ES EL ENCARGADO DE VIGILAR Y RESPETAR EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL SUJETO ACTIVO, Y EN LA PRACTICA ES COMUN OBSERVAR QUE EN LAS DISTINTAS AGENCIAS DEL MINISTERIO PUBLICO, ESTE ULTIMO ACONSEJA AL PRESEUNTO RESPONSABLE DEL DELITO PARA QUE ESTE EN VES DE DESIGNAR A UN ABOGADO YA SEA DE OFICIO O PARTICULAR DEJA QUE NOMBRE A UNA PERSONA DE CONFIANZA PARA AL MISMO TIEMPO CUMPLIR CON SU DERECHO DE DEFENSA, CANSAGRADA EN EL ARTICULO 20 APARTADO A FRACCIÓN IX, QUE EN MI OPINIÓN ES MAS QUE VIOLATORIA DEL ESTADO DE DERECHO.

ES IMPORTANTE PRECISAR QUE NUESTRAS LEYES NO HAN LOGRADO REGULAR ESTE PROBLRMA QUE EVIDENTEMENTE DESIGNA UNA DESIGUALDA JURÍDICA, POR LO, CUAL LA PRESENTE INVESTIGACIÓN TIENE POR OBJETO EL ANÁLISIS DE LA PERSONA DE CONFIANZA, PARA PODER COMPRENDER LAS CAUSAS POR LAS CUALES CONSIDERO QUE SE VIOLA EL DERCHO DE DEFNSA EN MATERIA PENAL.

ACTUALMENTE NO SE HAN HECHO REFORMA A NUESTRA LEGISLACIÓN EN ESTE SENTIDO PORT LO TANTO, PARA FIUNALIZAR EL PRESENTE TRABAJO REALIZO UNA SERIE DE PROPUESTAS QUE TIENE COMO FINALIDAD LOGRAR UNA ADECUADA DEFENSA PARA EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO.

CAPITULO I

EL DEFENSOR

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL MUNDO

Desde que el ser humano ha existido en la tierra, podemos percibir que no puede estar aislado de los demás seres humanos, “es decir es necesario que viva en sociedad, para su mejor convivencia, de tal manera que para su paz y tranquilidad así como para fortalecer su armonía es necesario que estén sujetos a unas reglas las cuales norman la vida del hombre en sociedad. Ya Aristóteles decía que el ser humano es un ser animal político y, muchos siglos después, Juan Jacobo Rosseau, en su Contrato Social, señalaba que, el ser humano por esencia, necesita vivir en sociedad.”¹

Así, cuando la sociedad humana decide vivir de manera organizada es necesario que se establezcan reglas de conducta, surge así la necesidad de crear normas de conducta en donde se establecieran los derechos de las personas, de sus bienes papeles, posesiones, como reguladoras de las conductas en la sociedad.

Bajo esa tesitura nace la idea de la Teoría del Poder Político que Georges Burdeau, “soporta en tres aspectos, el histórico, el psicocológico y el jurídico, en donde, la aceptación de la relación mando obediencia, es fundamental para entender, el proceso de aceptación de la validez de la norma, su obligatoriedad, su coercitividad”².

Así es, el jurista francés de cita enseña que el poder históricamente la sociedad humana lo ha identificado con un dios, un tótem, un héroe, un gran conquistador. En

¹ GONZÁLEZ JIMÉNEZ Arturo, Apuntes de Teoría General del Estado, S. N. E., Ediciones Jurídicas Alma, México, Julio 2003, pág.64

² Ibidem págs. 65-66

esta etapa histórica de la humanidad, el poder se encuentra sacralizado, esto es, por ser la sociedad medrosa, trata de encarnar en una persona, la concentración del poder y , justificar su razón y existencia.

Por otra parte, el poder es un fenómeno que en la conciencia social de los humanos, se enseña a obedecer y a mandar, como presupuesto lógico de la relación mando y obediencia.

Y por último es jurídico, ya que, la idea del poder encierra en si mismo, la del Derecho, pues, poder y derecho son hechos sociales que van de la mano, se complementan.

En efecto, desde que el ser humano acepta vivir en sociedad, acepta que existen reglas de conducta que deben de regular su vida social y política y así, al lado del ejercicio del poder, surgen las normas jurídicas que son el cimiento de la relación mando – obediencia.

Ya en las antiguas civilizaciones como lo eran Egipto y Mesopotamia, sé estipularon normas jurídicas que eran aplicadas ya fuera por el Faraón o bien, por los Reyes como lo destaca la famosa piedra conocida como el Código de Hammurabi, donde sé consignaba penas y sanciones para los infractores de la Ley.

La cuestión de la aplicación, administración en impartición de la justicia, quedaba en manos del Faraón o bien, a los consejos de sabios como en el caso de la antigua Mesopotamia. Sin embargo en estas etapas históricas del Derecho todavía la existencia de un defensor o abogado no era clara pues, prevalecía un sistema de defensa privada donde sé podía hacer justicia por su propia mano

1.1.1 ROMA

Roma ha pasado a la Historia de la Humanidad por sus legados jurídicos y sus grandes conquistas territoriales, que fueron el conducto de la transmisión de su cultura.

No es Roma una civilización original esto es, al igual que Grecia, fueron civilizaciones que tomaron de otras la organización política y social, llevándolas al extremo máximo de esplendor en las ciencias humanas y exacta del mundo antiguo.

Así, el legado romano se ve reflejado en que la mayoría de los países del mundo, adoptaron como sistema jurídico el romano que se vio mezclado con posterioridad, a las instituciones germanas, dando origen al llamado Derecho Romano Germánico

Se han definido la existencia de tres etapas históricas del sistema procesal de Derecho Romano, cuyas fases son:

La de las Acciones de la Ley o legis acciones;

La del proceso formulario;

La del proceso extraordinario.

“Estas etapas, son el resultado de las investigaciones y recopilaciones de los estudios romanos germánicos, a los que se ha arribado.

En que consistían cada uno, lo veremos brevemente a fin de explicar la participación o existencia del defensor o abogado en estas etapas históricas.

La etapa conocida como la legis acciones, era desarrollada en dos etapas, la primera, ante un magistrado y la segunda ya ante un juez de carácter privado. Esta etapa procesal, es antigua y sobre ella existe muy poca o casi nada de información

documental que permita su mejor entendimiento, solo que, mediante las acciones de la ley, se ponían en marcha el mecanismo procesal”³

En la primera etapa las partes fijaban lo que hoy podríamos decir es la litis, esto es, la causa del proceso; en la segunda ante el juez, las partes podían ofrecer pruebas las cuales de ser admitidas, se desahogaban, alegando y dictándose resolución por parte del juez.

En esta fase al igual que la del proceso formulario las reglas a que se sometían las partes eran extremas pues, se les obligaba a recitar formulas exactas en el foro lo que implicaba por un lado, un excesivo formulismo y por otro, un riesgo, al no saber con cabalidad, los rituales y formulas prescritas.

No se puede distinguir con exactitud en este período histórico, la existencia de la figura de un abogado o defensor, solo la de magistrados o jueces encargados de la aplicación de la justicia, quienes por cierto, no necesariamente eran expertos en la ciencia jurídica ya con posterioridad al avance del Derecho Romano, en la etapa histórica conocida como la República, al pretor pero no la de una persona que fungiera como abogado o defensor.

1.1.2 GRECIA

Se dice que Grecia es la cuna de la civilización occidental y es muy cierto pues, las aportaciones de la antigua helade no se limitaron al aspecto político y sus instituciones, de la comunidad política a la que le llamaron polis, si no además, al campo de las matemáticas, de la biología, de las artes como la literatura, teatro, así como grandes los personajes como Aristóteles, Platón, Arquímedes, Pitágoras, Sófocles.

³ MARGADANT FLORIS, Guillermo.- Derecho Romano, 11ª. Edición, Editorial Esfinge, México, 1982, pág. 145.

Al igual que las demás comunidades humanas, las polis griegas, desarrollaron el Derecho tal vez no como Roma pues, ha trascendido mas como seres humanos de política pero, sin embargo, la oratoria era la fuente de los procesos jurídicos la cual se encomendaba a personas con facilidad para esos dotes, y ante los diversos Consejos encargados de las cuestiones políticas, sociales y jurídicos, como el de Areópago pero como tal, en Grecia la figura del abogado no se llegó a constituir.

Si bien es cierto que existió el Derecho de que las personas podían acudir a los tribunales para dirimir sus controversias, también lo es el hecho que no todas las personas que fueran acusadas, tenían capacidad de poder defenderse, ya que en primera reglamentación del ejercicio de la abogacía realizada por Solón, se prohibía el ejercicio de la abogacía a las mujeres,

1.1.3. ESPAÑA

De España nos llega a lo que hoy se conoce como continente americano, las tradiciones, costumbres, idioma, religión e instituciones políticas y sociales entre ellas, su sistema jurídico y político.

De esta manera advertimos que la profesión de abogado, debía de reunir entre algunas otras características, la honestidad, virtud necesaria para ejercicio profesional, la cual, sigue vigente hoy en día y de ello, es una queja constante de la ciudadanía.

En el antiguo Derecho español y de lo que nos llegó a México, se encuentra poco, respecto a la participación del abogado o defensor en los procesos penales, sin embargo, el maestro mexicano Sergio García Ramírez, al respecto nos ilustra:

“En el fuero Juzgo se habló de defensores y mondadores, actuando los últimos a nombre de príncipes y obispos, para que no desfalleciera la vereda por medio del

poderío. Tanto en el fuero real como en las partidas, se fijo el régimen de voceros y personeros, abogados y procuradores respectivamente.”⁴

El abogado con sus ideas y la promulgación de los derechos de las personas no eran convenientes para el poder absoluto del señor feudal, pues podían incitar en algún momento dado a un levantamiento en contra del mismo sistema feudalista que encontraba todavía presente en esos años Recordemos que todavía para los años 1000 d.c. a 1400. d.c., se vivía en los diversos reinos de lo que hoy es España, no solo la dominación de la cultura arabe como en Toledo, Sevilla, Córdoba, si no que, el sistema económico, administrativo que fue el eje de la edad media el feudalismo, seguía imperando todavía en esa región y, el sistema que se basaba en el vasallaje, permitía el enfeudamiento de la justicia en donde el señor feudal, impartía en nombre de este la justicia; de ahí que eliminara o se restringiera la actividad del abogado, Joaquín Carrillo Patraca argumenta

“En algunos países llegó a eliminarse transitoriamente por lo menos a restringir de modo notable, la intervención de los abogados. En los reinos de Castilla y León, durante casi ochocientos años, no hubo abogados”⁵

La presencia del abogado no siempre fue permitida, por situaciones de conveniencia, o por mantener el poderío político, pero tal situación no podía seguir por siempre, pues la presión con el tiempo sería más fuerte por parte del pueblo hacia el señor feudal, en lo que respecta a que se les proporcionaran ciertos derechos, entre los cuales uno de gran importancia, aun en nuestros días es el de la defensa.

A ese respecto, el maestro Guillermo Colín Sánchez cometa:

⁴ GARCÍA RAMIRÉZ, Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, 5ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1989, pág. 302

⁵ CARRILLO PATRACA Joaquín, Estudios Jurídicos, 2ª. Edición, Editorial Universidad Veracruzana, México, 1975. pág. 6.

“En el viejo derecho español, también existió la defensa: El Fuero Juzgo, la novísima recopilación y otros cuerpos legales señalaron que el procesado debería ser asistido por un defensor, e inclusive la ley de enjuiciamiento criminal del 14 de septiembre de 1882, impuso a los abogados integrantes de los Colegios la obligación de avocarse a la Defensa de aquellas personas carentes de recursos para pagar al patrocinio de un defensor particular.”⁶

Reconociendo el derecho a la defensa dentro de la legislación española, surge la necesidad de que la misma fuera encausada a favor de los inculpados, y desarrollada por un profesional del derecho, ya que en la mayoría de los casos en que una persona fuese acusada por la comisión de un ilícito, no tenía la capacidad de realizar una defensa, pues la Ciencia Jurídica, en unión de las demás ciencias, habían avanzado de manera vertiginosa, por lo mismo se había vuelto más compleja siendo necesario la presencia de una persona más preparada, con conocimientos específicos del conocimiento aplicable en caso concreto, al respecto Juan José

González Bustamante manifiesta:

“En todo caso de que el procesado no hubiese nombrado a procurador o letrado, se le requeriría para que lo verifique o se le nombrara el de oficio, si el requerido no lo nombrase, cuando la causa llegue al estado en que necesite el curso de aquellos o haya de intentar algún recurso que hiciere indispensable su intervención.”⁷

Las leyes españolas se ocuparon de prever que el inculpado tuviera defensor para que estuviere en todos los actos del proceso, como así lo cita el referido procesalista mexicano González Bustamante sigue comentando:

⁶ COLÍN SANCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 15ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1995, pág. 242, 243.

⁷ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José , Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, 9ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1991, pág. 88

“En el Fuero Juzgo, y en la Nueva Recopilación (ley III Título 23 libro 5), se facultaba a los jueces para apremiar a los profesores de derecho y abogados del foro, a fin de que destinasen parte de sus horas de trabajo a diario, en defensa de los pobres desvalidos y la Ley Enjuiciamiento del 14 de septiembre de 1882, dispone que los abogados a quienes correspondía la defensa de los pobres, no podrán excusarse de ella, sin motivo personal y justo que calificara, según prudente arbitrio, los decanos de los colegios donde los hubiese o en su defecto el Juez o tribunal en que hubieren de desempeñar su cometido.”⁸

Así las cosas, podemos observar que, en esa etapa de España, el derecho de defensa, se consideraba realizada por personas previamente capacitadas para tal cargo, y como en todos los tiempos han existido personas con la suficiente solvencia económica para pagar los gastos ocasionados por un defensor particular el cual se encargara de realizar la defensa de su cliente, pero en el caso de que personas que por algún infortunio se ven inmensas dentro de un procedimiento penal llevado en su contra, por lo cual debían ser defendidas, en la legislación española ya contemplaba este supuesto, imponiendo la obligación a los abogados de la época de tomar en sus manos la responsabilidad de la defensa de las personas que por la carencia de recursos económicos no podían pagar para el costo de una particular, otorgándoles el llamado beneficio de la pobreza, beneficio que recaía directamente en una defensa realizada por profesionales del derecho, sin una remuneración económica directa del defendido.

Se contempla distinción entre el derecho de defensa y el beneficio de pobreza en los juicios criminales, por que existe una diferencia entre las leyes españolas en cuanto al abogado defensor de pobres se refiere según González Bustamante:

“se le concede el derecho de defensa, sin señalarse diferencia entre ricos y pobres, por considerarse imprescindibles para la validez del juicio. Las organizaciones y colegios de abogados tenían la obligación de señalar, a algunos de

⁸ IBIDEM., pág. 88.

sus miembros para que se ocupasen de la asistencia gratuita de los menesterosos; desde entonces se les llamó defensores de pobres y se reconoció el beneficio de la pobreza señalándose el procedimiento para obtenerlo.”⁹

1.1.4. ANTECEDENTES EN MÉXICO

La situación existente en México, señalando que la institución de la defensa ha ido evolucionando en nuestro país a través de la historia, ya los pueblos mexica y mayas principalmente, utilizaban esa figura, aunque no con la misma denominación ni características del defensor u abogado, figura que es claro, nos llega de Europa al igual de las demás instituciones jurídicas y políticas, sin embargo, tal como puede apreciarse de diversas fuentes como: códigos y obras de historiadores mesoamericanos, aunque no con los matices que actualmente tiene, podemos encontrar en el Derecho precortesiano, antecedentes jurídicos.

Se han dado varias etapas en México, es importante hacer notar que en proceso penal azteca las partes podían hacer su propia defensa aunado a que con base al código Matricense y según las narraciones de los historiadores, podían ser auxiliados por patrones (TEPANTLATOANI) o por representantes de la defensa en estudio de las épocas más importantes o por representantes (TLANEMINIALI):

Haciendo un breve recorrido de cada una de las más importantes organizaciones políticas y sociales, para establecer los antecedentes de la institución de defensa de los pueblos prehispánicos, comenzando con los Aztecas, cuyo derecho se conoce con más detalle; así tenemos que la sociedad de los mismos estaba protegida por dos instituciones, la autoridad civil y la religión, de las cuales dependían mutuamente, la persecución de ciertos delitos se llevaba acabo de oficio, es decir, aunque no mediara acusación, bastando el simple rumor público para proceder a la indagación, encargándose el calpaletque de arrestar a los delincuentes, los delitos graves eran sentenciados inmediatamente después de la rendición de pruebas, las cuales podían

⁹ GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José Op. Cit. pág. 93

consistir en el testimonio, la confesión o los indicios, a través de las cuales se buscaban, establecer la verdad, únicamente en el caso de adulterio podía recurrirse a la tortura para obtener a confesión inculpado y ello solamente si existía graves sospechas.

En el proceso penal azteca, las partes podían tener propia defensa, según las narraciones de los propios historiadores, podían ser auxiliados por patrones, que recibían el nombre de tepantlatoani o por representantes los tlaneminiáli.

Los que se encargaban de crear las leyes, era el soberano o señorío tlatoani y los jueces quienes a su vez castigaban los delitos. En el proceso que se seguía se delimitaban las facultades que se tenían en la defensa, debida a que según nos explica el maestro Guillermo Floris Margadant :

“cuando el delito resultaba grave, más se hacia sumario debiéndose resolver en un máximo de ochenta días”¹⁰

Las partes se presentaban ante el juez y oralmente exponían sus asuntos, momento propiamente procesal, en el que eran auxiliados por la figura llamado tapantlato, quien fungía como el hoy abogado, cuyo vocablo significaba el aboga o ruega por otro y quien recibía un pago por sus servicios.

En el pueblo Maya existió una gran similitud con el pueblo mexicana, tanto en lo político, social y jurídico, pero en el ámbito penal se marcaba una gran diferencia, puesto que en los mayas, en la aplicación de las sanciones se caracterizaba por su extrema rigidez, con la sola trasgresión de las buenas costumbres, la paz y la inquietud del pueblo, eran motivo para que se iniciara un proceso. De ahí que en los actuales estudios de la sociedad maya, estos ya no sean considerados una comunidad pacífica y sin violencia.

¹⁰ MARGADANT FLORIS, Guillermo, Historia del Derecho Mexicano, 17ª. Edición, Edit. Esfinge México, 1978, página 16.

En este sistema surge otra figura importante en el juicio, conocido como el Betabe, quien era una especie de alguacil y de abogado, en virtud de que recaía en su persona una doble función la de juzgador, quien era el que resolvía el juicio mediante la pronunciación de un castigo a imponer al sentenciado y la de defensor quien defendía y absolvía a quienes consideraban inocentes.

En la etapa histórica conocida como la Colonia, los europeos de castilla, nos trajeron no solo su idioma, su religión, costumbres e idiosincrasia que formo un nuevo pueblo, si no, las Instituciones jurídicas que son el cimiento del moderno sistema jurídico mexicano.

En efecto, en esa época que abarco trescientos años tuvieron vigencia las Leyes del Toro, el Fuero Real; Las Siete Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla, todas estas legislaciones de origen netamente europeo, con adaptaciones en algunos casos a las realidades de la denominada Nueva España, tendían a los procedimientos de tipo sumario.

A partir de 1821, del veintisiete de septiembre de ese año, en que se oficializa la independencia de México respecto de España, en los primeros años siguen vigentes las diversas Leyes y ordenamientos de la Nueva España, hasta que en 1872, se expide el primer Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, en materia común y para toda la República en materia federal, Código que estuvo vigente hasta 1929.

Surge a finales del siglo XIX y a principios del XX, una serie de movimientos ideológicos y políticos, con el firme propósito de derrotar al gobierno dictatorial.

Porfirio Díaz Morí, Presidente de México, renuncia el 25 de mayo de 1911 como presidente, con los ideales maderistas, resumidos en el lema “Sufragio Efectivo, No Reección”, teniendo una pausa el movimiento social de 1910, entre las diversas

fracciones revolucionarias, reiniciándose con la muerte del Presidente Madero, y el reinicio de la lucha armada entre las fracciones zapátistas y villistas contra las carrancistas y obregonistas.

Con el asesinato de Francisco I. Madero y la lucha armada entre los bandos revolucionarios, durante los años de 1914 y 1915, Venustiano Carranza, expide leyes nacidas de los anhelos revolucionarios, pero no se ajustaban a las nuevas reformas, puesto que un nuevo México había surgido concluyendo la etapa del movimiento social de 1910.

El pueblo se congrega en un congreso constituyente, en el que se conoció y discutió el proyecto de reforma constitucional y promulgándose el 5 de febrero de 1917 la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde quedan comprendidos los derechos del ser humano y como medios de defensa de estos las garantías del gobernado, como son las de libertad, igualdad, seguridad jurídica, propiedad y las sociales, estableciéndose con mayor exactitud la figura del defensor, a efecto de garantizarle al sujeto activo del delito su derecho a defenderse por sí o por persona de su confianza, actualmente en el artículo 20, apartado A fracción IX; de la Constitución, se contempla lo siguiente:

“Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima, o el ofendido, tendrá las siguientes garantías:

Del Inculpado”

“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 puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el Juez le designara a 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;...”¹¹

En la primera parte de la fracción se garantiza a los acusados su defensa, al referirse que puede hacerse oír, por sí, por abogado o por persona de confianza, reitera en el mandato del artículo 17 de la Carta Magna, en el sentido de que la justicia es gratuita, cuando señala que los defensores de oficio deben actuar sin costa alguna, para los procesados. La segunda parte de la fracción en el comentario pretende proteger al inculcado de la manera más completa posible, toda vez que dice, que cuando el acusado no quiera nombrar defensor, aún contra su voluntad el Juez le nombrará uno de oficio, cuyo deber consiste en proteger a su defensor, obligación que también le compete al Ministerio Público al momento de tomar la declaración al inculcado en la integración de una Averiguación Previa, debido a que de no hacerlo así la actuación que se realice será violatoria de garantías, por ello el mismo social debe tomar la protesta al cargo de defensor, antes de tomar la declaración del probable responsable del delito que le es imputado al inculcado.

La presencia del defensor es de suma importancia en el proceso penal, ya que es la persona que puede y tiene el deber profesional de interceder por su cliente, pero sin perder la vista su fin primordial, el obtener justicia y no dejar en estado completo de indefensión al presunto responsable.

La Defensoría de Oficio cumple una función primordial en el proceso penal que se inicia con la Averiguación Previa y este culmina con una sentencia, toda vez que tiene la obligación de asignar a profesionales del derecho a efecto de que los probables responsables, procesados y acusados del delito, no estén en un estado de indefensión, procurando velar por que no sean conculcadas sus garantías, ni las formalidades esenciales del procedimiento y con ello lograr un proceso justo y otorgando al inculcado una defensa adecuada propicia y sobre todo de los

¹¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 146ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2006.

sabedores en la profesión del derecho para no dejar al inculpado en un estado de indefensión como lo preceptúa la Carta Magna en el artículo anteriormente citado.

CAPITULO II

LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

2.1. CONCEPTO

Antes de abordar el concepto de Averiguación Previa, es necesario establecer la definición de Ministerio Público, ya que en dicha institución comienza la primer parte del proceso penal, y al respecto el maestro Carlos Barragán Salvatierra señala lo siguiente:

“Es una institución, de conformidad con la definición de Colín Sánchez, pendiente del Estado (Poder Ejecutivo), actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y tutela social, en todos aquellos casos que asigne la ley”¹²

Dicha institución como lo menciona el maestro es representante de la sociedad la cual ventila el interés social de los ciudadanos, pero el inculpado por su parte se desprende de la representación social y se convierte en una parte la cual se le designa como la parte acusadora del proceso.

En ese sentido, el investigador y maestro Héctor Fix-Zamudio describe al Ministerio Público como:

“El organismo del Estado que realiza funciones judiciales, ya sea como parte o como sujeto auxiliar en las diversas ramas procesales, especialmente en la pena, y que en la actualidad efectúa actividades administrativas, ya que como consejero jurídico de las autoridades gubernamentales realiza la defensa de la legalidad.”¹³

¹² BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, Derecho Procesal Penal, S.N.E., Editorial Mc Graw Hill, México 2001, p. 131.

¹³ FIX ZAMUDIO, Héctor y Héctor Fix Fierro, El Consejo de la Judicatura, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1996, p. 131.

El Diccionario de Derecho comentado por Rafael de Pina Vara dice: que el Ministerio Público:

“Cuerpo de funcionarios que tiene como actividad características, aunque no única, la de promover el ejercicio de la jurisdicción, en los casos preestablecidos, personificando el interés público existente en el cumplimiento de esta función estatal.”¹⁴

De las anteriores opiniones, podemos concretar que, el Ministerio Público es una Institución la cual indiscutiblemente es representante de la sociedad, además que ventila los intereses de la víctima o sujeto pasivo del ilícito y que también es, parte en el proceso jurisdiccional penal y que contraparte del procesado. En el Juicio de Amparo, es parte del mismo teniendo una intervención muy importante a pesar de ser soslayada su intervención en los juicios de garantías, dando solo relevancia al quejoso, autoridad responsable y tercer perjudicado, pero, como lo establece el artículo 113 de la Ley de Amparo vigente, el Agente del Ministerio Público de la Federación adscrito al Juzgado, deben de cuidar no solo la legalidad y constitucionalidad del juicio sino que además, deben cuidar que, un expediente, no se archive sin que haya sido cumplida la sentencia que concedió el amparo y protección de la Justicia de la Unión. Su actuación como tal, es constitucional y legal.

Una vez que ha quedado conceptualizado que es la Institución del Ministerio Público. Podemos determinar que se entiende por averiguación previa y empezaremos señalando que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Manual del Justiciable en Materia Penal, emitido por el Poder Judicial de la Federación:

¹⁴ DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1970, p. 372

“Es un procedimiento anterior al proceso penal, que se lleva a cabo por un órgano del Poder Ejecutivo, ya sea federal o local. Inicia a partir de que el agente del Ministerio Público, como autoridad investigadora, tiene conocimiento, mediante una denuncia o querrela de hechos que pueden constituir un delito. Tiene por objeto que el agente del ministerio público practique todas las diligencias necesarias a fin de que pueda determinar si procede o no el ejercicio de la acción penal; en consecuencia, lleva a cabo las investigaciones debidas para investigar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.”¹⁵

Por su parte César Augusto Osorio y Nieto establece que:

“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 los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.”¹⁶

En ese orden de ideas, el maestro Jesús Cerda Lugo, define que debemos entender por averiguación previa:

“Etapa en la cual el Ministerio Público se encarga de investigar, indagar, averiguar si los hechos que se le están imputando o de los cuales tiene conocimiento constituir y en no un delito, en caso de constituir un delito tiene que realizar simultáneamente con el la investigación, saber quien lo cometió, donde es cuando lo realizo, a fin de estar en condiciones de integrar el cuerpo del delito no la probable responsabilidad.”¹⁷

¹⁵ MANUAL DEL JUSTICIABLE MATERIA PENAL, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Poder Judicial de la Federación, S.N.E, México pág.25

¹⁶ OSORIO Y NIETO Cesar, La Averiguación Previa, 7ª. Edición, Editorial Porrúa, México, pág. 2

¹⁷ CERDA LUGO, Jesús, “Los Delitos sexuales en la averiguación previa”, S. N. E., Ediciones jurídicas Alma, México 2004, pág. 99

Averiguación previa es la etapa anterior al proceso penal en donde se integran por parte del órgano encargado de la investigación de los delitos, todos los elementos del tipo penal para determinar que es constitutivo de un delito y que demuestren que el inculpado sea en su momento procesal oportuno probable responsable del delito imputado en su contra. Es entonces que el inicio de la averiguación previa es la etapa en donde se determina la probable responsabilidad o en su momento dado, la no responsabilidad del presunto responsable, por no haberse encontrado los elementos necesarios para la consignación de la misma ante el órgano judicial.

Si bien es cierto, el Agente del Ministerio Público como Institución, constitucionalmente tiene la obligación de la investigación de las conductas que se estiman delictuosas, a manera de monopolio, tal y como lo establecen los artículos 21 y 102 de la Constitución Federal, lo cierto es que, la facultad para ejercer la acción penal, también la tiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como lo establece la fracción XVI del artículo 107 de la Carta Magna, tratándose del incidente de ejecución de sentencia de amparo, por incumplimiento de la misma por parte de la autoridad responsable, sin que para ello, sea necesaria la investigación del Ministerio Público.

Las diligencias a que se refiere don Juan José González Bustamante, “son necesarias para la preparación del ejercicio de la acción penal y su desarrollo en el proceso.”¹⁸

2.2. NOTICIA DEL DELITO.

Empecemos comentando lo que opina el maestro César Augusto Osorio y Nieto en donde comenta que la noticia del delito es:

¹⁸ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Op. Cit., pág. 124.

“Toda Averiguación Previa se inicia mediante una noticia que hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de un hecho posiblemente constitutivo de un delito, tal noticia puede ser proporcionada por un particular, un agente o un miembro de una corporación policíaca o cualquier persona que tenga el conocimiento de la ejecución de un hecho posiblemente delictivo, perseguible por denuncia.”¹⁹

En ese contexto, Barragán Salvatierra Carlos afirma que la noticia del delito es:

“Toda averiguación previa se inicia mediante una noticia que hace del conocimiento del Ministerio Público, la comisión de un hecho posiblemente constitutivo de un delito, la noticia puede ser de un particular, un agente o un miembro de alguna corporación policíaca o cualquier persona que tenga conocimiento de la ejecución de un hecho presumiblemente delictivo y perseguible por denuncia. Al concepto del maestro Osorio y Nieto la noticia de un probable delito también puede ser puesta en conocimiento del Ministerio Público por medio de una querrela o declarativas de perjuicio”²⁰.

Guillermo Colín Sánchez en su obra multicitada, señala:

“El agente del Ministerio Público puede tomar conocimiento de un hecho delictuoso, en forma directa e inmediata por conducto de particulares, por algún agente de la policía o por quienes están encargados de un servicio público; por el juez en ejercicio de sus funciones, cuando de lo actuado se advierta su probable comisión en la secuela procesa (civil o penal), y por acusación y querrela.”²¹

En ese orden de ideas, podemos decir que la noticia del delito es el comentario la denuncia formal y verbal que realizan las personas como el ciudadano en general o bien, un miembro de los cuerpos policíacos, de tal manera que para que se inicie la

¹⁹ OSORIO Y NIETO, Cesar, Op. Cit. pág. 6 y 7

²⁰ BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, Op. Cit. pág. 288.

²¹ COLÍN SANCHEZ, Guillermo, Op. Cit. pág. 314 y 315

averiguación previa, es que se necesita la noticia del delito, pues sin la existencia de esta noticia no sería posible la facultad de investigación del delito y con ello la de ejercitar acción penal en contra de quien ha violentado el orden jurídico. Es el conocimiento por parte de la autoridad competente comisión de un hecho delictuoso.

Se determina que cuando las personas proporcionan la noticia del delito, estas deben ser interrogadas y declaradas bajo protesta de decir verdad de los hechos que manifiestan para coadyuvar con el Ministerio Público en la investigación de los hechos que se presumen han constituido un delito, razón por la cual, esta circunstancia resulta de extraordinaria relevancia pues, su ausencia implica la impunidad de los delitos.

Así, podemos concluir que la noticia del delito puede llegar a conocimiento del Ministerio Público, de manera directa o indirectamente ya sea por la víctima, por parte de las autoridades policíacas o de cualquier ciudadano que tiene la obligación de poner en conocimiento de la autoridad investigadora de los hechos, por medio de denuncia o querrela que es la posición directa del sujeto directamente agraviado por el presunto responsable, así también el inculpado o probable responsable del delito tiene derecho de saber quién, cuándo, cómo y en dónde lo acusan y se dieron los hechos probablemente delictuosos para que conforme a derecho pueda presentar su defensa, pero hay que destacar que la persona de confianza no está bien configurada en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos ya que carece de profesionalismo y conocimiento jurídicos para la defensa adecuada a la que se refiere la Carta Magna. Por lo que es necesario para que se le otorgue una buena defensa al inculpado, que además de la persona de confianza se esté en presencia a la hora de tomarle la declaración en la Averiguación Previa de un abogado de oficio o particular, esto con motivo de que al inculpado no se le deje en estado de indefensión por no contar con una defensa adecuada sabedora del derecho, pues, el licenciado en Derecho, como perito en la Ciencia Jurídica, es el único capaz de poder debatir y oponerse jurídicamente en esta etapa, al procurador de la justicia,

interponiendo, alegando y ofreciendo pruebas en descargo del inculpado incluso, el amparo por incomunicación.

2.3. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

El maestro Carlos Barragán Salvatierra, afirma que los requisitos de procedibilidad:

“Son condiciones que legalmente deben satisfacerse para que se puedan proceder en contra de quien ha cometido un hecho delictuoso, y que sin que se dieran estas condiciones, el Ministerio Público al haber realizado la averiguación previa y haber ejercitado la acción penal, no sería factible el desarrollo normal del procedimiento.

En el derecho mexicano los requisitos de procedibilidad son: La Querrela, la excitativa y la autorización, además de la denuncia con sus características especiales.”²²

El maestro considera que además de la denuncia y la querrela; es la excitativa, en la cual sólo procederá por parte del Ministerio Público o por el representante de un país extranjero y será cuando la ofensa sea contra la nación mexicana o contra una nación o gobierno extranjero, o contra sus agentes diplomáticos en este país, así como requisito de procedibilidad es importante destacar que el artículo 360 fracción II del Código Penal Federal, contempla la figura de la excitativa y que como requisito para iniciar una averiguación previa se determina el principio del proceso penal.

En ese sentido, Marco Antonio Díaz de León, anota lo siguiente:

“El artículo a comentario refiere la existencia de los requisitos de procedibilidad conocidos como autorización y excitativa, así como al perdón tácito.”

²² BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, Op. Cit. pág. 304

“Sé alude, así, a la autorización, consistente, como su nombre lo indica, en el permiso o consentimiento que deben externar formalmente, para proceder la querrela, los sujetos señalados en la misma.”

“En el párrafo segundo sé indica, además de la competencia del Ministerio Público para presentar la querrela, a la excitativa como requisito de procedibilidad que deben satisfacer agentes diplomáticos para querrellarse una vez que fueran invitados o requeridos para ello por parte del Ministerio Público o de la Secretaria de Relaciones Exteriores”²³

2.3.1. DENUNCIA.

El Maestro Guillermo Colín Sánchez, al respecto opina que;

“La palabra denuncia proviene del verbo denunciar. Desde el punto de vista gramatical, significa: aviso, poner en conocimiento de la autoridad competente, verbalmente o por escrito, lo que se sabe respecto a la comisión de hechos que son o pueden ser delictivos.”²⁴

De acuerdo al maestro César Augusto Osorio y Nieto dice:

“es la comunicación que hace cualquier persona en el Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguido por oficio.”²⁵

En cuestión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Manual del Justiciable en Materia Penal señala que:

²³ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Código Penal Federal Comentado, 7ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pagina 1678.

²⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit, pág.315

²⁵ OSORIO Y NIETO, Cesar, Op. Cit. pág.7

“La denuncia es el medio a través del cual las personas hacen del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que pueden constituir un delito y, en caso de urgencia, ante cualquier funcionario o agente de policía.”²⁶

Los investigadores mexicanos, Sergio García Ramírez y Victoria Adato Green, en su obra, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, señalan:

“La denuncia es la transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa, que cualquier persona hace (o debe hacer) a la autoridad competente. “ “No entraña, como la querrela, la expresión de voluntad de que se persiga el delito.”” Opera en el supuesto de delitos perseguibles de oficio y es ineficaz en la de los que se persiguen a instancia del legitimado para querrellarse que algunos denominan delitos “ privados”, aun cuando sólo es privada la instancia para perseguirlos”²⁷

Los autores anteriores coinciden en que la denuncia es el medio por el cual se le hace el conocimiento al Ministerio Público del delito; pero también no hay que olvidar que de acuerdo a la denuncia que interpone la persona probablemente agraviada o no le deben de constar los hechos probablemente delictuosos en contra del responsable de los hechos el cual la víctima o la persona la cual le constan los hechos le imputan al inculpado o probable responsable del delito.

2.3.2 QUERRELLA.

“Es el derecho o facultad que tiene una persona a la que se designa querellante, víctima de un hecho delictuoso penal para hacerlo del conocimiento del procurador de justicia o del Agente del Ministerio Público, y con ello dar su anuencia para que se investigue la conducta o hecho y satisfechos que fueren los requisitos previstos en el

²⁶ MANUAL DEL JUSTICIABLE EN MATERIA PENAL, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Op. Cit. pág.13

²⁷ GARCIA RAMÍREZ Sergio y ADATO GREEN, Victoria, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, 9ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1999, página 33 y 34

artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, se lleva a cabo el proceso correspondiente.”²⁸

Rafael de Pina Vara en su Diccionario de Derecho establece que:

“La querrela es el acto procesal de parte (o del ministerio Público), mediante el que se ejerce la acción penal.”²⁹

Rivera Silva define a la querrela como:

“La relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador. Con el deseo manifiesto de que se persiga el autor del delito.”³⁰

García Ramírez y Adato Green, señalan por su parte:

“En México, donde ha prevalecido el monopolio acusador del Ministerio Público – que subsiste en lo que respecta al sujeto facultado para ejercitar la acción penal-, la querrela es siempre requisito de procedibilidad que se resume en una manifestación de conocimiento sobre hechos delictuosos y una expresión de voluntad a efecto de que se lleve adelante la persecución procesal”³¹

En consecuencia la querrela, es un requisito de procedibilidad básica, para aquellos delitos que necesariamente necesiten de éste tipo de acusación ante el órgano procurador de la justicia pues, la doctrina ha interpretado que, en estos delitos, prevalece el interés privado sobre el público, esto es, aun y que es el Estado, el facultado para la aplicación de la norma jurídica, evitando con ello que, los particulares apliquen la justicia privada, en este caso se considera que, la conducta, no afecta de manera directa a la sociedad como lo podrían ser delitos contra la salud,

²⁸ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit, pág. 321

²⁹ DE PINA VARA, Rafael, Op. Cit. pág.427

³⁰ RIVERA SILVA, Manuel, El Procedimiento Penal, 3ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1963, p.131.

³¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria, Op. Cit, pág. 35, 36

el homicidio, el robo, la posesión y aportación de armas de fuego, frente a conductas como son daño en propiedad ajena o algunos casos de fraude, en donde permea, el sentido de que el afectado o víctima, pueden otorgar el perdón si bien satisfechos sus intereses violados. La querrela, puede formularse por escrito o verbalmente y sólo la persona ofendida, es decir el querellante y el Ministerio Público como representante de la sociedad se encargara de la investigación para poder determinar posteriormente si existe delito o no en contra del probable responsable u ofendido.

2.3.3 EXCITATIVA.

El maestro Guillermo Colín Sánchez establece que debemos entender por excitativa:

“La excitativa es, la petición que hace un estado extranjero, por conducto de su representante, acreditando ante los Estados Unidos Mexicanos, para que se proceda penalmente, en su caso, en contra de la persona que haya proferido injurias al estado extranjero peticionario, o a sus agentes diplomáticos o consulares.”³²

Es importante destacar que atendiendo a la personalidad jurídica de los Estados, sé estableció que para estos casos, sean los agentes diplomáticos quienes manifiesten su voluntad para que se persiga el probable autor del delito, en atención a que bajo las reglas del Derecho Internacional, estos representantes de los diversos Estados, son los que llevan a cabo, la figura jurídica legal, de acreditación y representación, de la comunidad internacional que representan.

El procedimiento para llevar a cabo la excitativa no esta previsto en el Código Federal de Procedimientos Penales, y si en el Código Penal Federal, como ya se vio en el apartado correspondiente, en el artículo 360, fracción II. En la practica el embajador o el agente diplomático de un Estado debidamente acreditado y

³² COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit. pág.336

reconocido, puede, a nombre del Estado ofendido, solicitar el agente del Ministerio Público Federal, se avoque a la investigación de los hechos.

Esto último se justifica en los principios del Derecho Consuetudinario Internacional; que fue previsto en el artículo 29 de la Convención de Viena, sobre las relaciones diplomáticas de fecha 18 de abril de 1961, que a la letra determina:

“La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto en ninguna forma de detención o arresto.

El estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptara todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.”

A ese respecto, el procesalista Jorge Alberto Silva Silva explica:

“La richieta es una figura del derecho Italiano, de la que Florián nos dice que es “es una petición (demanda), de que se inicie una causa, un procedimiento. Hay ciertos delitos que afectan a la autoridad y tiene un carácter especial, con respecto a los cuales es necesario el requerimiento de determinada autoridad para que se pueda ejercitar la acción penal. En realidad, se puede decir que en la richesta hay una aplicación del principio de oportunidad para iniciar el procedimiento. Es necesaria, por ejemplo, para ciertos delitos contra la personalidad del Estado cometidos en el extranjero en caso de ofensa al rey, al regente, etcétera, o contra Estados extranjeros.”³³

Es importante señalar lo que manifiesta el jurista Colín Sánchez al decir que la excitativa es la petición que hace el representante de un país extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha proferido injurias al gobierno que

³³ SILVA SILVA, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, Editorial HARLA, México, 1995, pág. 237

representa a sus agentes diplomáticos, lo cual lo vemos fundado y motivado en el artículo 360, fracción II del Código Penal Federal vigente y el cual establece que:

“Art. 360. No se podrá proceder contra el autor de una injuria, difamación o calumnia, sino por queja de la persona ofendida, excepto en los casos siguientes:

“II. Cuando la ofensa sea contra la Nación Mexicana o contra una nación o gobierno extranjeros contra sus agentes diplomáticos en este país. En el primer caso corresponderá hacer la acusación al Ministerio Público; pero será necesaria excitativa en los demás casos.”³⁴

De acuerdo a lo anterior, la excitativa es una queja que podrá realizar el Estado ofendido u agraviado; a través, del representante de su gobierno, ante el Ministerio Público.

2.3.4 AUTORIZACIÓN.

El maestro Guillermo Colín Sánchez señala que

“La autorización es la anuencia otorgada por los representantes de organismos o autoridades competentes, en los casos, expresamente previstos en la ley, para la prosecución de la acción penal.

Atendiendo a la cualidad o especial situación del supuesto sujeto activo del delito, es necesario satisfacer ese requisito para proceder en su contra, pero, es evidente que no lo será para que se inicie la preparación de la acción penal, aunque si para proseguirla, tal es el caso del desafuero de los diputados, del permiso del superior

³⁴ CÓDIGO PENAL FEDERAL, 8ª. Edición, Editorial Sista, México 2006,

para proceder en contra de un juez, de un agente de un Ministerio Público de un tesorero etcétera.”³⁵

De acuerdo al maestro Rafael de Pina Vara, en su Diccionario de Derecho señala que la autorización es;

“Esta definición de Pina Vara no es muy acertada y define de lo que opina Colín Sánchez, “Acto de naturaleza judicial, administrativa o, simplemente, privado, en virtud del cual una persona queda facultada para ejercer determinado cargo o función o para realizar determinado acto de la vida civil.”³⁶

2.4. DILIGENCIA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Las diligencias en la averiguación previa son dados aquellos actos a que esta obligado el Ministerio Público, para acreditar la probable responsabilidad de una persona en los hechos imputados.

La descripción se hará en la forma que establecen los artículos 219, 220,220 Bis, 221, .222, 223 y 224, del citado ordenamiento adjetivo federal:

Art. 219. Cuando hubiere versiones distintas acerca de la forma en que ocurrieron los hechos, se practicarán, si fueren conducentes al establecimiento de los mismos, las construcciones relativas a cada una de aquéllas; y en caso de que se haga necesaria la intervención de peritos, éstos dictaminarán sobre cuál de las versiones pueden acercarse más a la verdad.

Art. 220. Siempre que para el examen de personas, hechos u objetos, se requieran conocimientos especiales se procederá con intervención de peritos.

Art. 220-Bis. Cuando el inculpado pertenezca a un grupo étnico indígena, se procurará allegarse dictámenes periciales, a fin de que el juzgador ahonde en el

³⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit. pág.336

³⁶ DE PINA VARA, Rafael, Op. Cit. pág.117

conocimiento de su personalidad y capte su diferencia cultural respecto a la cultura media nacional.

Art. 221. Los peritos que dictaminen serán dos o más; pero bastará uno cuando solamente éste pueda ser habido, o cuando el caso sea urgente.

Art. 222. Con independencia de las diligencias de pericia desahogadas en la averiguación previa, la defensa y el Ministerio Público tendrán derecho a nombrar hasta dos peritos en el proceso, para dictaminar sobre cada punto que amerite intervención pericial. El tribunal hará saber a los peritos su nombramiento y les ministrará todos los datos que fueren necesario para que emitan su opinión.

Art. 223. Los peritos deberán tener título oficial en la ciencia o arte a que se refiere el punto sobre el cual deba dictaminarse, si la profesión o arte están legalmente reglamentadas; en caso contrario, se nombrarán peritos prácticos. Cuando el inculcado pertenezca a un grupo étnico indígena, podrán ser peritos prácticos, personas que pertenezcan a dicho grupo étnico indígena.

Art. 224. También podrán ser nombrados peritos prácticos cuando no hubiere titulados en el lugar en que se siga la instrucción; pero en este caso se librárá exhorto o requisitoria al tribunal del lugar en que los haya, para que en vista del dictamen de los prácticos emitan su opinión.”³⁷

Señalando lo anterior podemos determinar que las diligencias en la averiguación previa son fundamentales y necesarias, para el esclarecimiento de los hechos investigados. Los agentes del Ministerio Público podrán realizar cuantas diligencias crean pertinentes y necesarias para la integración de esta, una vez que se hayan realizado las diligencias conducentes para la investigación de la averiguación previa. Así, desde el inicio de la Averiguación Previa, con la instrumentación del acta donde conste el inicio de la misma, y , acorde a lo que establece el artículo 180 del Código Federal de Procedimientos Penales, se desahogan todas y cada una de las actuaciones encaminadas a lograr el objetivo del Ministerio Público.

En ese sentido, Marco Antonio Díaz de León, opina:

³⁷ CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTO PENALES, Editorial Sista, México 2006

“Este artículo, aunado al 168, reitera la presencia, aunque con tendencia al mixto, del principio inquisitivo que rige en el proceso penal y que otorga al juez, al Ministerio Público amplios poderes para indagar la verdad real del proceso, con la única limitante de que los medios que se empleen no estén prohibidos por la ley, como lo indica el artículo 206 de este código”³⁸

Dichas diligencias como lo manifiesta el maestro serán apegadas estrictamente a derecho, y además el Ministerio Público podrá por iniciativa propia realizar las diligencias que crea convenientes para el esclarecimiento de los hechos probablemente delictuosos.

Podemos decir que actualmente el Ministerio Público en la practica comete muchas irregularidades por no realizar una buena consignación, pues se ha demostrado en el proceso que carece de elementos para haber consignado al presunto responsable de un delito, y esta situación nos hace pensar que dichas consignaciones no son apegadas a derecho y en tal circunstancia el inculpado se encuentra en un estado de indefinición.

¿Que es cuerpo del delito? la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Manual señala que:

“El conjunto de elementos objetivos o externos y, en su caso, normativos, que constituye la materialidad del hecho que concretamente la ley señala como delito, es decir, es el conjunto de elementos que deben reunirse para que un hecho sea considerado como delito.”³⁹

³⁸ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Op. Cit, pág. 335.

³⁹ MANUAL DEL JUSTICIABLE, Op. Cit. pág.9

El cuerpo del delito en varias décadas se utilizó como un elemento esencial para comprobar un delito, pero en las reformas del artículo 16 constitucional y en los demás códigos adjetivos de fecha 3 de septiembre de 1993 desaparece el término del cuerpo del delito.

Por su parte el maestro Carlos Barragán Salvatierra al respecto señala que;

“Durante la averiguación previa, el Ministerio Público debe de realizar todas y cada una de las diligencias para acreditar, en su caso, el ahora nuevamente denominado cuerpo del delito y la probable o presunta responsabilidad del indicado para ejercitar la acción penal o procesal penal, o bien, de no reunir los elementos del cuerpo del delito, resolver el no ejercicio de la acción penal.”

“Es importante señalar que el Ministerio Público tiene una función persecutoria para la comprobación de los delitos y a la fecha ésta se ha desvirtuado en el sentido de que durante la averiguación previa lo que busca es consignar al indiciado y no busca la verdad y por ende esto resulta una injusta impartición de justicia, ya que desde el momento en que se le pone a disposición al inculcado, se le da un trato de delincuente, aunque posteriormente lo deje en libertad y por lo mismo su conducta haya sido injusta.”⁴⁰

De acuerdo a lo que expuesto por el jurista Carlos Barragán, podemos afirmar que actualmente se ha desvirtuado la aplicación del derecho ante el Ministerio Público; por lo que el inculcado al no saber cuáles son sus derechos y al estar en presencia de su persona de confianza tal y como lo establece el artículo 20 constitucional apartado A fracción IX, la persona de confianza no necesariamente tiene que ser licenciado en derecho o pasante acreditando su profesión con cédula profesional o carta de pasante certificada por la Dirección General de Profesiones, de tal manera que el inculcado queda en estado de indefensión por no saber si el Ministerio Público cumple con lo establecido en la legislación adecuadamente.

⁴⁰ BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, Op. Cit. pág. 285

Para el procesalista mexicano José Ovalle Favela, afirma:

“la averiguación previa tiene como finalidad que el Ministerio Público recabe todas las pruebas e indicios que puedan acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado. Y para José Hernández Acero, igualmente nombrado en su libro del maestro Barragán, la averiguación previa se inicia por el Ministerio Público, en cuanto tiene el conocimiento de una conducta delictiva, mediante la denuncia y la querrela, termina en cuanto el propio Ministerio Público comprueba los elementos del cuerpo del delito determinado y logra saber quien o quiénes cometieron un delito, para ejercitar la acción penal ante el juez de la causa o mediante el no ejercicio de la acción penal cuando no se reúnen los requisitos del artículo 16 constitucional.”⁴¹

De acuerdo a lo que manifiestan y señalan los autores coinciden con que el Ministerio Público debe de realizar una investigación para poder determinar la presunta responsabilidad del inculpado al cual se le fueron imputados los hechos constitutivos de un delito y así determinar en contra del inculpado la consignación y ejercitar acción penal. Actualmente el Ministerio Público no realiza de manera correcta las diligencias necesarias para su investigación y determinación respecto a la responsabilidad de las personas o persona del un delito, además de que la persona de confianza no reúne los requisitos necesario para determinar que estamos en presencia de una defensa adecuada, ya que esta no tiene los conocimientos plenos del derecho, por lo que considero importante que principalmente a parte de la persona de confianza se este en presencia para la declaración del inculpado por un abogado de oficio o particular.

2.5. EL DEFENSOR DEL INCULPADO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

De acuerdo al maestro Carlos Barragán Salvatierra, se entiende que;

⁴¹ OVALLE FAVELA, José, Teoría General del Proceso, 2ª. Edición, Editorial Harla, México, 1994, p. 285

“Los actos de defensa están regidos por un sistema amplísimo de libertad, los puede realizar el sujeto activo del delito, la persona o personas de su confianza, ambos y el beneficio.”

“El proceso puede por si mismo llevar su defensa, pero esta institución debe estar a cargo de técnicos en la materia; dicho proceso esta facultado para designar persona o personas de confianza para la defensa, obstante pudiere suceder que el nombramiento recayera en una persona que no tuviere el título de licenciado en derecho o abogado, lo que resulta gravemente afectado debido al desconocimiento técnico de la materia.”⁴²

De lo anterior, podemos deducir que el inculpado podrá ser representado por un abogado o persona de confianza; sin embargo, muchas veces está última no cuenta con los conocimientos suficientes, para una adecuada defensa, lo cual, es sumamente grave, ya que en este caso el inculpado se encuentra en un estado de indefensión absoluta; pues considero que se viola la garantía prevista en el artículo 20, apartado A, constitucional en su fracción IX, que establece que todo individuo estando como presunto responsable o inculpado debe de contar con una adecuada defensa.

Por otro lado, el defensor en la averiguación previa, su intervención es para vigilar que todo se lleve conforme a derecho y los abogado o pasantes en derecho solamente pueden en determinado momento hacerle valer al inculpado que tiene el derecho de reservarse a declarar si lo desea, en la practica la persona de confianza puede decirle al inculpado, pero como estamos en presencia que normalmente se trata de personas que no tiene el conocimiento técnico en la profesión pues no saben como asesorar y mucho menos llevar una defensa adecuada.

⁴² BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, Op. Cit. pág..236-237

2.6. DETERMINACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

De acuerdo al maestro Carlos Barragán Salvatierra que en su libro nos señala lo siguiente:

“La consignación o ejercicio de la acción penal se lleva a cabo cuando el agente del Ministerio Público comprueba la existencia de una persona que ha cometido algún delito, y por lo mismo comprueba el cuerpo del delito y la probable o presunta responsabilidad, por lo que procede a ejercitar la acción penal consigan al probable sujeto ante el juez penal y competente.

“Otra resolución del Ministerio Público se da con el no ejercicio de la acción penal, archivo o sobreseimiento, es decir es cuando al agotar este su labor investigadora comprueba que no existe una conducta delictiva que perseguir, o que de la actuaciones practicadas no se llega a comprobar los elementos de algún tipo delictivo, o bien se comprueba el cuerpo del delito y se tiene un probable responsable, o que hay un desfase entre la fecha en que cometió la conducta delictiva y aquella en que se puso en conocimiento del Ministerio Público de ésta”⁴³

De acuerdo al maestro Carlos Barragán podemos determinar que el Ministerio Público puede determinar tres aspectos los cuales se refieren al ejercicio de la acción penal, o al no ejercicio de la acción penal archivo o sobreseimiento, la reserva o el archivo provisional.

La consignación o el ejercicio de la acción penal es cuando el Ministerio Público encuentra al presunto responsable delictivo de la conducta como culpable, es decir que de acuerdo a la investigación que realiza se reúnen los elementos del tipo penal en el cual se encuadra la conducta delictiva.

⁴³ BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, Op. Cit. pág.67

El no ejercicio de la acción penal es cuando el Ministerio público al agotar su labor investigadora comprueba que no existe una conducta delictiva que perseguir, y que de las actuaciones practicadas no se llega a comprobar los elementos de algún tipo delictivo, cabe destacar que el sobreseimiento o el archivo al no ejercitar la acción penal se puede proceder al archivo o al sobreseimiento de ésta, por carecer de elementos del tipo penal para poder determinar la consignación.

La reserva o archivo provisional también sucede cuando el Ministerio Público, en su labor investigadora, se encuentra con obstáculos materiales o conflictos sociológicos que no le permiten de momento allegarse o bien a obtener una prueba para demostrar que existe una conducta delictiva y bien aun reunir si quiera los elementos del tipo penal de la presunta conducta delictiva, en este caso se esta presencia en reserva de la averiguación previa o bien se pide el auxilio de la policía judicial para que continúe con la investigación.

El maestro Barragán Salvatierra señala que el Ministerio Público, como autoridad al término de la averiguación previa sólo tendrá dos posibles conclusiones:

El ejercicio de la acción penal, y

El no ejercitar la acción penal.

Respecto a las determinaciones de no ejercitar la acción penal, se han establecido dos tipos de control:

Control interno: se realiza por medio de un recurso administrativo interpuesto por la víctima, ofendido, denunciante, querellante o representante legítimo o legal en contra de la resolución del no ejercicio de la acción penal, mismo que se resuelve en forma interna un funcionario con mayor jerarquía, esto depende la facultad de las leyes y reglamentos de la procuraduría del ramo, quien después de previo estudio de esta resolución la confirma o revoca, e indica las diligencias pendientes para efectos de determinar si procede o no el ejercicio de la acción penal.

Control externo: consiste en establecer un recurso que tenga la víctima o el ofendido del delito, querellante, denunciante o representante legítimo, a efectos de impugnar las determinaciones del Ministerio Público ante un órgano distinto a él, que en su caso puede ser un órgano jurisdiccional”⁴⁴

Con respecto a los dos controles la doctrina acepta más el externo que el interno ya que con éste se garantiza una correcta actuación del Ministerio Público, cabe mencionar que en el interno es la propia procuraduría la que revisa sus resoluciones, de esta manera se verifica que al ser la misma procuraduría no reviste con la garantía de realizar adecuadamente y conforme a derecho las actuaciones que deben de suponerse en el caso concreto.

El maestro Guillermo Colín Sánchez, en su obra ya citada, indica las funciones del Ministerio Público en el campo del Derecho Penal:

“El ministerio público tiene funciones específicas en diferentes áreas jurídicas en este caso en Derecho Penal: La de prevenir a la sociedad del delito, ejercitar las acciones penales con las siguientes funciones específicas:

Investigadora;

Persecutoria;

Promover la reparación del daño a favor de la víctima u ofendido del delito, y

Ejecución de sentencia.”⁴⁵

De acuerdo a lo que señala el maestro Sánchez Colín es de resaltar que las características de un proceso penal, las que define de manera general además que, señala las funciones que determina el Ministerio Público en un proceso.

⁴⁴ Ibidem pág 139 y 140.

⁴⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit. pág. 124

Por su parte el maestro Barragán Salvatierra señala lo siguiente:

“Desde el momento que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho delictuoso, ya sea por denuncia o por querrela, independientemente de que las leyes adjetivas señalan que al tratarse de delitos que se persigan de oficio, el Ministerio Público de oficio debe iniciar la averiguación previa, necesita formalizarla con un requisito de procedibilidad que es la denuncia, la que puede efectuar cualquier persona, sea o no la víctima u ofendido, también debe preparar lo que se llama preparación de la ejecución de la acción penal.

Durante la averiguación previa, el Ministerio Público debe realizar todas y cada una de las diligencias para acreditar, en su caso, el ahora nuevamente denominado cuerpo del delito y la probable o presunta responsabilidad del indiciado para ejercitarla acción penal o procesal penal, o bien, de no reunir los elementos del cuerpo del delito, resolver el no ejercicio de la acción penal.

Es importante señalar que el Ministerio Público tiene una función persecutoria para la comprobación de los delitos y a la fecha está se ha desvirtuado en el sentido de que durante la averiguación previa lo que busca es consignar al indiciado y no busca la verdad y por ende esto resulta en una mala impartición de justicia, ya que desde el momento en que se le pone a disposición al inculpado, se le da un trato de delincuente, aunque posteriormente lo deje en libertad y por lo mismo su conducta haya sido injusta”.⁴⁶

Para iniciar el estudio de esta institución, es necesario recurrir a las definiciones otorgados por la doctrina, para tener un panorama amplio es respecto a las definiciones que tiene de averiguación previa. En este sentido, Gómez Lara señala que “la fase procesal desenvuelta ante las autoridades estatales que tienen como atribución la persecución de los delitos y de los delincuentes”.⁴⁷

⁴⁶ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. Cit. p. 285.

⁴⁷ GÓMEZ LARA, Cipriano, Derecho Procesal Civil, 2ª. Edición, Editorial Trillas, México, 1985, p.25.

Colín Sánchez opina que “es la preparación del ejercicio de la acción penal; la averiguación previa es la etapa del Procedimiento en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar para eso fines, los elementos del cuerpo del delito que le imputen al detenido y haga probable la responsabilidad de ésta”.⁴⁸

En términos de Ovalle Favela, “la averiguación previa tiene como finalidad que el Ministerio Público recabe todas la pruebas e indicios que puedan acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado”.⁴⁹

Para José Hernández Acero, “la averiguación previa se inicia por el Ministerio Público, en cuanto tiene el conocimiento de una conducta delictiva, mediante la denuncia o la querrela, termina en cuanto el propio Ministerio Público comprueba los elementos del cuerpo del delito determinado y logra saber quién o quiénes cometieron un delito, para ejercitar la acción penal ante el Juez de la causa o mediante el no ejercicio de la acción penal cuando no se reúnen los requisitos del artículo 16 constitucional”.⁵⁰

Por otra parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su manual del Justiciable en Materia Penal señala lo siguiente:

“El Ministerio Público, durante la averiguación previa, en su carácter de autoridad investigadora realiza, por conducto de sus agentes, entre otras actividades las siguientes:

Recibe denuncias o querrelas sobre los hechos que pueden constituir un delito, y se Investiga y persigue los delitos que se cometan, con el auxilio de una policía denominada judicial o ministerial, la cual también forma parte del Poder Ejecutivo

⁴⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit., p. 120.

⁴⁹ OVALLE FAVELA, José, Op. Cit., p 45.

⁵⁰ HERNÁNDEZ ACERO, José, El Procedimiento Penal Mexicano, Ediciones Especiales, México, 1997, p. 84.

Federal, ya sea Federal o Local-, que se encuentren bajo su autoridad y mando inmediato.

Practica las diligencias necesarias para la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, así como para garantizar la reparación del daño causado por el hecho ilícito.

Ordena, en casos urgentes la detención de los indiciados.

Realiza el aseguramiento y tramitación del destino de los instrumentos, objetos y productos del delito.

En su caso, restituye provisionalmente el ofendido en el goce de sus derechos conforme a la normatividad aplicable.

Concede al indiciado la libertad provisional bajo caución, cuando ésta proceda, previo el cumplimiento de los requisitos que la ley señala para ello.

Solicita al órgano jurisdiccional las ordenes de cateo, las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo precautorio de bienes y la investigación de comunicaciones privadas que resulten indispensables para los fines de la averiguación previa.

Determina el no ejercicio de la acción penal, cuando así sea procedente.

Pone a disposición de la autoridad correspondientes a los menores de edad que hayan cometido infracciones contempladas por las leyes penales.

Coloca a los imputables mayores de edad a disposición del órgano jurisdiccional, cuando se deban aplicar medidas de seguridad, en los términos que establece la ley.”⁵¹

⁵¹ MANUAL JUSTICIABLE Op Cit. pág.26 y 27

La Suprema Corte de Justicia de la Nación señala algunas funciones del Ministerio Público durante la averiguación previa que debe de realizar en el inicio de cada averiguación previa. Ya que estas funciones deben ser determinadas por cada institución para estar en presencia de una justa acusación directa al indiciado toda vez que el Ministerio Público con la investigación adecuada demuestre la culpabilidad de este y no sólo consigne sin cumplir su tarea principal que es la investigadora y persecutora de los hechos probablemente delictuosos y por lo tanto determinar el ejercicio o no de la acción penal.

El maestro Cesar Augusto Osorio y Nieto señal en su libro lo siguiente:

“El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio público de perseguir delitos, esta atribución se refiere a dos momentos procedimentales: el preprocesal y el procesal, el preprocesal abarca precisamente la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio público, tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal; el mencionado artículo 21 constitucional otorga por una parte una atribución al Ministerio Público, la función investigadora auxiliado por la policía judicial o ministerial, por otra, una garantía para los individuos pues solo el Ministerio Público puede investigar delitos, de manera que la investigación se inicia a partir del momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo, a través de una denuncia, una acusación o una querrela, y tiene por finalidad optar en sólida base jurídica, por el ejercicio o abstención de la acción penal, no necesariamente ejercitar la acción penal.”

“Debe el Ministerio Público iniciar su función investigadora partiendo de un hecho que razonablemente puede presumirse delictivo, pues de no ser así, sustentaría la averiguación previa en una base endeble, frágil, que podría tener graves consecuencias en el ámbito de las garantías individuales jurídicamente tuteladas.”⁵²

⁵² OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, Op Cit, pág.1 y 2

De acuerdo a lo que preceptúa el maestro Osorio y Nieto, es importante señalar que actualmente el Ministerio Público debiera de partir de hechos razonables para poder determinar el ejercicio de la acción penal, no obstante el Ministerio Público deja al inculcado en un estado de derecho de indefensión, por lo que al iniciar la averiguación previa al mencionar a la persona de confianza tal como lo establece el precepto legal en su artículo 20 apartado A fracción IX, puede ser cualquier persona y no precisamente alguien que cuente con el conocimiento técnico jurídico del derecho, pues al imaginarnos que el Ministerio Público no cumple con sus funciones como debiera de cumplir y señalando a una persona de confianza sin estar en presencia de un abogado ya se a de oficio o particular a quien a todas luces dejan en estado de indefensión por completo es la del inculcado por lo que también es importante por esta causa nombrar a parte de la persona que se este en presencia de un abogado de oficio o particular ya que este si cuenta con el conocimiento técnico jurídico del derecho y por esta razón ya no se estaría dejando al inculcado en un estado de indefensión que obviamente dicho presunto no puede notar por carecer del conocimiento técnico jurídico del derecho.

Como podemos observar el procedimiento y el proceso son un conjunto de formalidades y tramites que se deben seguir estrictamente, es decir la conducta delictiva en la averiguación previa deberá ser investigada por el Ministerio Público para poder determinar la culpabilidad.

El maestro Guillermo Colín Sánchez por su parte señala lo siguiente:

“El personal integrante del Ministerio Público tiene, entre sus atribuciones, investigar y en su caso perseguir a quien considera probables autores de ilícitos penales; por otra parte, adviértase que es inadmisibles la realización de actos de carácter persecutorios sin que preceda la investigación correspondiente”⁵³

⁵³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op Cit, pág..131

En base a lo que manifiesta el maestro Colín considero que entre las atribuciones más importantes del Ministerio Público se encuentra la investigación, pues de allí se deriva el ejercicio de la acción penal, pues el seguimiento y la persecución del delito son responsabilidad del Ministerio Público.

Por su parte Fix Zamudio nos proporciona su definición de Ministerio Público estableciendo lo siguiente:

“El Ministerio Público, se conoce con otros nombres, llámasele también procurador de justicia (que en México se reserva sólo al jefe máximo del Ministerio Público), fiscal, promotor fiscal, ministerio fiscal, attorney general (en países anglosajones), prokuratura (en países socialistas).

“El mismo autor a definido al Ministerio Público como la institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales las de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en potros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados, y finalmente como consultor y asesor de los jueces y tribunales.”⁵⁴

El autor García Ramírez, afirma lo siguiente:

“Entre las funciones que tiene el Ministerio Público mexicano, encontramos que es persecutor de los delitos, en la averiguación previa y en el proceso; consejero jurídico del gobierno, representante jurídico de la federación, vigilante de la legalidad, denunciante de las irregularidades de los juzgadores, poseedor de voz (aunque no de voto), en la elección de funcionarios judiciales, y denunciante de leyes y de jurisprudencia contrarias a la constitución Es el sujeto que controla la manifestación

⁵⁴ FIX ZAMUDIO, Héctor, Op. Cit., pág.155

de bienes de los funcionarios, interviene en asuntos civiles y familiares, en la nacionalización de bienes, extradición, etcétera.”⁵⁵

“Como se advierte, sus funciones escapan a lo puramente procesal penal y, por ende, la mayoría de esas funciones quedan fuera del estudio de nuestra disciplina. De esto deviene que enunciemos las funciones procesales penales y aquellas conectadas con lo procesal penal que se le asignan al Ministerio Público en México. Se enuncian estas funciones:

Función instructora, o preventiva,
Función de auxilio a víctimas,
Función aplicadora de medidas cautelares,
Función requirente o accionante,
Función cuasijurisdiccional,
Función dictaminadora, de opinión o consultoría,
Función de vigilancia o fiscalizadora, y
Función de elegir al tribunal competente.”⁵⁶

Para este autor son otras funciones las que debe de aplicar el Ministerio Público aunque la esencial es la primera la función instructora, o preventiva que es únicamente la intervención del tribunal y del Ministerio Público pero con la finalidad de la investigación de la conducta probablemente delictuosa y así sea esta previa al proceso.

⁵⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Derecho Procesal Penal, 1983-1987, Editorial Porrúa, México, 1974, p. 155.

⁵⁶ SILVA SILVA, Alberto, Op. Cit., p. 157

CAPITULO III

EL DEFENSOR.

3.1. CONCEPTO.

Eduardo Pallares respecto al concepto de defensor opina lo siguiente:

“La palabra defensa, en derecho tiene diversas acepciones: a) el acto de repelar una agresión injusta, b) los hechos o razones jurídicas que hace valer el demandado para destruir la acción del demandante. De la palabra defensa derivan defensor y defensorio. Por defensor se entiende la persona que hace la defensa de otra, y por defensorio el escrito que se formula en defensa de alguna persona. Se entiende también por defensa los hechos o argumentos que hace valer en juicio el demandado para destruir la acción o impedir su ejercicio”.⁵⁷

En términos de Colín Sánchez, la defensa en su connotación más amplia, ha sido considerada como un derecho natural e indispensable para la conservación de las personas, de sus bienes, de su honor y de su vida; ha sido objeto de una reglamentación especial en los diversos campos en los que pueden darse; dentro del proceso penal es una institución indispensable”.⁵⁸

Por su parte, Carrara señal que la sociedad tiene un interés directo en la defensa del acusado, por que necesita no una persona que caiga sobre cualquier , sino el castigo del verdadero culpable y de este modo la defensa no es sólo de orden público secundario, sino de orden publico primario.

Para Silvestre Graciano, la defensa es una institución judicial que comprende al imputado y al defensor, llama al primer elemento individual y al segundo elemento

⁵⁷ PALLARES, Eduardo, ¿Qué es una Constitución?, Distribuciones Fontamara, México, 1994, p. 98.

⁵⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Op. Cit., p. 138.

social, los cuales en la defensa del derecho constituyen el instituto; agrega que el uno presupone al otro y la unidad de la función es una de sus características, aunque puede cambiarse de defensor, esto es transitorio y no destruye la unidad de defensa, que es la esencia del instituto. La institución de la defensa es producto de la civilización y de las conquistas libertarias, es signo del sistema acusatorio y del progreso obtenido del orden jurídico procesal. Sus funciones son coadyuvar a la obtención de la verdad y proporcionar la asistencia técnica al procesado para evitar todo acto arbitrario de los demás órganos del proceso, por lo cual cumple con una función social.

Fenech entiende por defensa, “en sentido amplio toda actividad de las partes encaminadas 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 impedirla según su posición procesal”.⁵⁹

González Bustamante señala que la “defensa es la función encaminada a destruir las pruebas de cargo existentes, de manera que la resolución jurídica que se pronuncie, se traduzca en una exculpación o, al menos es una mejoría de la situación jurídico procesal que guarda el inculpado.”⁶⁰

En ese orden de ideas, Barragán Salvatierra señala lo siguiente:

“En sentido etimológico, la palabra defensor proviene del latín defensoris y significa el que defiende o protege; a su vez el vocablo defender significa amparar, proteger, abogar a favor de uno.

El defensor representa a la institución de la defensa, integrada por dos sujetos, el autor del delito y el abogado, quienes constituyen el binomio indispensable en el proceso.

⁵⁹ FENECH, Miguel, Derecho Procesal Penal, 2ª. Edición, Editorial Labor, Barcelona, 1960, p. 52.

⁶⁰ GONZÁLEZ BUSTAMANTES, Juan José, Op. Cit. p. 229 y 230

En términos de Manzini, defensor es el que interviene en el proceso penal para desplegar en él una función de asistencia a favor de los derechos y demás intereses públicos y no solamente para el patrocinio de un interés particular.

Fenech señal que el abogado defensor es la persona que, teniendo la habilitación legal exigida para ello, se dedica profesionalmente a la defensa técnico-jurídica de las parte que intervienen en el proceso.”⁶¹

De Pina Vara Rafael en su Diccionario Jurídico define al defensor como:

“Persona que toma a su cargo la defensa en juicio de otra u otras. Cuando esta defensa constituye una actividad profesional, el defensor se denomina abogado.”

“Abogado: Profesional del derecho que ejerce la abogacía.

Para el ejercicio de esta profesión es requisito, sine qua non, tener el título de la licenciatura en derecho y obtener la cedula correspondiente de la Dirección General de Profesiones.”

“Del abogado se ha dicho – encarecido la importancia de la misión- que según COUTURE (vocabulario jurídico): “profesional universitario, con título hábil, a quien compete el consejo o asesoramiento en materia jurídica, la conciliación de las partes interesadas opuestas y el patrocinio de las causas que considere justas”⁶²

El maestro Carlos Barragán Salvatierra con respecto al abogado afirma lo siguiente:

“La palabra abogado proviene de la voz latina advocatus, que a su vez está formada por la partícula ad, a o para, y por el participio vocatus, llamado; es decir,

⁶¹ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Op. Cit., p.230.

⁶² DE PINA VARA, Rafael; Op Cit Págs. 16 y 218

llamado a o para, porque en efecto, estos profesionales son requeridos por los litigantes para que los asesoren o actúen por ellos en las contiendas judiciales.

Abogacía a la profesión y actividad abogado (advocatus, de ad: a y vocare: llamar, es decir, abogar), quien al ejercitar debe actuar a favor de los intereses que tienen confiados; su practica tiene como objeto lograr la paz y el bienestar social.”

Para Guillermo Cabanellas, abogacía es la profesión y el ejercicio de la misma. Y abogado es el que con título legítimo ejerce su abogacía. También es el profesor jurisprudencia que con título legal se dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los intereses o causas de los litigantes. Señala también que procede de la palabra latina advocatus, que significa llamado, por que los romanos acostumbraban a llamar a los asuntos difíciles, para que los auxilien a las personas que tenían un conocimiento profundo del derecho. También quiere decir “patrono”, “defensor”, “letrado”, hombre de ciencia”, “jurisconsulto”, “hombre de consejo”, esto es, de consulta; jurista es el hombre versado en la erudición del derecho y en la crítica de los códigos, según los principios de la filosofía de la moral y también de la religión.

“A su vez, el maestro Ignacio Galindo Garfias, dice que el litigante es el profesional del derecho dedicado a la postulación. Así mismo esta profesión postular significa impenetrar justicia ante el juez o tribunal. El abogado postulante es la personificación, parafraseando a Iherinh, de la lucha por la justicia. Por esa razón en el lenguaje común a quienes se les conoce como litigantes, la sociedad los asocia mentalmente con la actividad de los tribunales”.⁶³

Galindo Garfias señal que “le vulgo identifica al legista u hombre de derecho, precisamente con el concepto que tienen de los abogados sean o no sean postulantes, aunque su actividad no sea precisamente la postulación en los tribunales, o la de procurador en juicio, no obstante que no abogue en juicio alguno.

⁶³ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos Op Cit, Págs. 230 y 231.

“El concepto litigante evoca la idea de pugna o de litigio, es decir, la intervención de los litigios. El concepto procesal del litis connota las ideas de la discusión judicial para lograr la aplicación de la norma de derecho. En donde el litigante es perito en derecho”.⁶⁴

La enciclopedia jurídica Omeba, nos proporciona un concepto de abogado, ya que para ello es indispensable comenzar por una delimitación de lo que es la abogacía o, en otros términos precisa cual es la función que los abogados cumplen dentro de la organización social. Conforme a las definiciones consignadas en el diccionario de la lengua española, abogar “es defender en juicio por escrito o de palabra”, abogacía es “profesión y ejercicio de abogar”, y abogado “es perito en el derecho que se dedica a defender en juicio los derechos o intereses de los litigantes, y también dar directamente sobre las cuestiones que se le consulten”. En esta última definición están comprendidos tanto el requisito técnico subjetivo, poseer pericia en el derecho en cuanto a la finalidad objetiva de ese requisito que a de ser precisamente aplicado a la defensa en juicio de los litigantes o a determinar sobre las consultas que se le formulen.⁶⁵

Es necesario hacer una reflexión en torno a que los diccionarios o enciclopedias se refieren a auxiliar al litigante por conducto del perito en derecho, esto se refiere a las personas que se encuentran en litigio de un negocio jurídico, como partes del mismo no a lo que señala el maestro Ignacio Galindo, de que en nuestro medio se conoce al litigante como el perito en derecho que se dedica a representar a cualquiera de las partes en un procedimiento.

Cabe señalar también que para algunos autores al licenciado en derecho que no se dedica a ser postulante litigante no se le da el nombre de abogado, ya que no se dedica a abogar o ser llamado para que con sus conocimientos auxilie a las partes en el procedimiento.

⁶⁴ GALINDO GRAFÍAS, Ignacio, Derecho Civil, Parte General, Editorial Porrúa, México 1987, p. 256 y 257.

⁶⁵ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Driskill, Buenos Aires, 1979, p. 204.

En la enciclopedia jurídica Omeba encontramos diversos autores, entre los cuáles destacan los siguientes: Bielsa manifiesta que no cree necesaria una definición del abogado, ya que el concepto común y propio de la abogacía es claro y expresivo. Pero recuerda que según el digesto, libro tercero, título I y II, “el papel de un abogado es exponer ante el juez competente su deseo a la demanda de un amigo, o bien combatir la pretensión de otro.

Conforme a Merlín, “la profesión de abogado es la del sabio versado en el conocimiento de las leyes.

Denisart señala que “abogado, en la excepción actual del vocablo, es un hombre que se entrega al estudio de las leyes para, con sus luces ayudar a las personas que recurren a él y defender sus derechos.

Caravantes otorga el siguiente concepto: “por abogado se entiende el profesor de jurisprudencia que con título de licenciado en derecho se dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los intereses o causas de los litigantes”, por lo que en las leyes de partidas también se les llamaban voceros por que usaban en su oficio la voz.

Dallos dice que “el abogado, designado también en muchos textos legales con el nombre del defensor, es quien después de haber obtenido el grado de licenciado en derecho, se encarga de defender ante los tribunales, oralmente o por escrito el honor, la vida y la fortuna de los ciudadanos”.⁶⁶

José Ovalle Favela, define a la defensa de la siguiente manera:

“Proviene de defendere, el rechazar un enemigo; rechazar una acusación o una injusticia.

⁶⁶ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Op. Cit., p.230,231 y 232

Dos son cuando menos las acepciones que la voz defensa tiene en el derecho procesal:

Como actitud del demandado a oponerse a los hechos (causa petendi) invocados por el acto, actitud consistente en oponer hechos impositivos, modificativos o extintivos. Aunque este significado va más a lo material, es el que deriva el artículo 453 del CPC del Distrito Federal.

Como cualquier actitud (legal) tendiente a sostener un hecho de libertad alegado.

Mientras que el primer significado resulte más estrecho que el segundo, pues sólo implica una reacción a los hechos propuestos por el actor, en el segundo su connotación es más amplia, puesto que no sólo implica reacción a los hechos, sino también al derecho invocado, a las pretensiones e incluso al preceder mismo.

En este amplísimo sentido, la defensa del imputado, como reacción, tiende a interrumpir la seriación, a contrapretender, anular, modificar o aclarar hechos, incluso a oponerse a las razones legales.”⁶⁷

El maestro Herrera y Lasso define a la defensa como:

“El derecho de probar contra la prueba el derecho a demostrar que la autoridad probo errónea o insuficientemente su resolución respecto del acusado.”⁶⁸

El maestro Guillermo Colín Sánchez define al defensor como a continuación se señala:

⁶⁷ OVALLE FAVELA, José, Op. Cit, p.195

⁶⁸ HERRERA Y LASSO, Eduardo, Garantías Constitucionales en Materia Penal, p. 195

“El derecho de defensa, esta íntimamente asociado al concepto de libertad, en virtud de que se sustrae al individuo de lo que es arbitrario o de lo que tienda a destruir los derechos que le otorga lo dispuesto en las leyes.

Importa destacar, que a medida que el concepto de libertad fue ampliándose, en la misma proporción lo ha sido el derecho de defensa.

En su connotación más amplia la defensa es considerada como derecho natural e indispensable para conservación de la persona, de sus bienes, de su honor y de su vida.

La defensa ha sido objeto de una reglamentación especial en los diversos campos en los que puede darse.

En el procedimiento penal, es un derecho indispensable, por medio del cual no únicamente se cumplen partes de las “formalidades esenciales del proceso”, sino de los fines específicos de este.

Por su parte Carrara señala: La sociedad tiene un interés directo en la defensa del acusado, por que necesita, no una pena que caiga sobre la cabeza de cualquiera, sino el castigo del verdadero culpable y de este modo la defensa no es sólo de orden público secundario, sino de orden público.

En la relación jurídica procesal, el procesado (defensor) es sujeto fundamental o básico dela misma, por lo que el defensor, en concreto, tiene a su cargo la asistencia técnica, sin detrimento de su intervención directa de acuerdo con la naturaleza del acto procesal de que se trate.

Por su parte Manzini considera: que el defensor “es el que interviene en el proceso penal para desplegar en el una función de asistencia a favor de los derechos

y demás intereses legítimos y de un sujeto procesal en la aplicación de una finalidad de interés público y no solamente para el patrocinio del interés particular.”⁶⁹

El maestro Colín Sánchez hace un análisis del defensor en el procedimiento penal, de tal manera que establece lo siguiente:

“Los actos de defensa, los realizan: el procesado “la persona o persona de su confianza”, “ambos”, y “el defensor de oficio”. Esta diversidad de sujetos a cuyo cargo están los actos de defensa explica la obligatoriedad de la misma en el proceso como garantía de seguridad jurídica.

El procesado de acuerdo con lo instituido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puede por si mismo llevar a cabo los actos de defensa por si estos deben estar a cargo de técnicos en la materia, lo antes expresado desvirtúa la naturaleza específica de la misma. Por otra parte, cuando el procesado fuera un profesional del derecho, su situación jurídica imposibilita se realice de manera plena los actos de una defensa integral, especialmente si esta detenido.

De la práctica se advierte que el procesado, puede nombrar a un defensor particular o para efectos de la declaración ministerial a una persona de su confianza para que realice actos de defensa a su favor, y en otras circunstancias cuando no cuenta con ninguna de las dos personas antes ya mencionadas se le nombrará a un abogado de oficio con la finalidad de que el inculcado cuente con una persona que lleve una defensa adecuada, pero sabemos que una persona de confianza que no tenga el conocimiento del derecho no puede ser una defensa propicia para el inculcado.

Si fijo mi atención en el contenido del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su fracción IX, particularmente en lo que concierne a que el acusado: “...tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o

⁶⁹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit., págs.239, 240 y 243

por persona de su confianza...”, pareciera existir contradicción entre lo transcrito y lo previsto en los artículos 1° y 2° , de la ley reglamentaria de los artículo 4° y 5° constitucionales, relativos al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, por que, en el precepto primeramente citados se otorga una facultad amplísima para la defensa, y en estos últimos, se exige para ejercer la abogacía, “ poseer titulo legalmente expedido”; sin embargo, para estos casos, la ley reglamentaria mencionada, indica: “en materia penal, el acusado podrá ser oído en defensa por si o por medio de persona de su confianza o por ambos, según su voluntad. Cuando la persona o personas de confianza del acusado, designados como defensores no sean abogados se le invitara para que designe, además, un defensor con titulo. En caso de que no hiciere uso de este derecho, se le nombrara el defensor de oficio.

De lo expuesto hasta aquí se advierte la amplia libertad para designar defensor, a grado tal que, puede recaer en cualquier persona; no obstante, en el Código Federal de Procedimientos Penales se prevé que: “ No pueden ser defensores los que se hallen presos ni los que estén procesados. Tampoco podrán serlo los que hayan sido condenados por alguno de los delitos señalados en el capítulo II, título décimo segundo del libro II del Código Federal de Procedimientos Penales ni los ausentes, que por el lugar en el que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las 24 horas en que debe hacerse saber su nombramiento a todo defensor”⁷⁰

Por su parte el maestro Juan José González Bustamante define al defensor en el procedimiento penal en los siguientes términos:

“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 de las partes o como la persona que, a cambio de retribución, pone los conocimientos profesionales que posee al servicio del inculcado. Se le ha conocido desde las más antiguas legislaciones. En el viejo

⁷⁰ COLIN SANCHEZ, Guillermo Op Cit, pág.247 y 249

testamento, se expresa que Isaías y Job, dieron normas a los defensores para que por su intervención, tuvieran éxito las gestiones a 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 Atico el acusador y el acusado comparecían personalmente ante el tribunal del pueblo a alegar de viva voz. No se admitía la intervención de terceros, pero después llegó a ser costumbre que concurriesen al proceso. En el derecho Romano Primitivo, el acusado es atendido por el asesor. El Colegio de los Pontífices designaba 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 sacerdote de la doctrina jurídica, era para el patriciado, arma política, que garantizaba supremacía. En el siglo V de la fundación de Roma, se rompen los velos del derecho tradicional y es esotérico; es accesible para los plebeyos prepara su propia defensa como procedimiento formulario aparece la institución del “patronato”.

La costumbre admitió que en el proceso penal pudiera presentarse algún orador que defendiera los intereses de su cliente era el patronus o casuisticus, experto en el arte de la oratoria que debe ser instruido en los 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 I, título III 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”, (Fursprech) en su carácter de representante de acuerdo con la circunstancia de que sus afirmaciones erróneas podrían 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 inculcado el derecho de encomendar su defensa a los terceros y contiene una amplia regulación de las funciones de 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.

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 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 tubo el juez en el proceso, de suerte que el defensor estaba además y era el propio tribunal quien se encargaba de asumir la defensa cuando apareciese de las actuaciones que el inculpado era inocente y hubo legislaciones en el que se excluyo, como de la ordenanza criminal austríaca de 1803, y en otras se le admitió, como en Prusia, en la ordenanza criminal de 1805.

Si el defensor tuviera el carácter de un mero auxiliar de la administración de justicia, estaría obligado a romper con el secreto profesional y a comunicar a los jueces todos los informes confidenciales que hubiesen recibido del inculpado. Esta idea fue imperante en algunos países de tipo totalitario. El consejo nacional fascista en el mes de noviembre de 1929, estimo que en Italia el abogado defensor debe considerarse como un auxiliar de la administración de justicia, y por tanto, no debe asumir la defensa de individuos evidentemente culpables de delitos repugnantes o gravemente peligrosos para el orden social y políticos del Estado. En Alemania, el abogado defensor es concebido el primer termino, como mandatario de la comunidad, y sólo en segundo lugar como mandatario de su cliente. El estado nacional socialista expidió el 21 de febrero de 1936 la ley que regula el ejercicio de la abogacía, que tiene por objeto servir a la conservación del pueblo alemán y el afianzamiento del régimen nazi. Observamos una completa separación a los principios jurídicos que privan en la doctrina liberar- democrática para el ejercicio de la abogacía. Si bien el defensor tiene la misión de defender al inculpado, no debe perder de vista la obligación preferente que tiene para con el fuhrer; por encima de todo interés de orden personal esta obligada a comunicar los secretos que le han sido confiados. Las Organizaciones Profesionales en Alemania, han consagrado el principio de que " si un abogado se encuentra en la necesidad de aconsejar a un

dañador del pueblo o del estado, debe defender en todo momento los intereses del pueblo Alemán”, la defensa de un acusado no constituye una infracción a los deberes profesionales; lo constituye la manera de ejercer la función; si las necesidades lo requieren, al defensor se deberá que se entere de las actuaciones practicadas y no podrá hablar a solas con su defensor. Estas ideas tienen por objeto robustecer la tiranía que priva en los estado totalitarios, por que , por mas abominable que parezca el criminal, por más repugnante que resulte el delito cometido, siempre debe contar con la protección de las leyes y con la mas amplia libertad de la preparación de su defensa; sólo motivos de ética profesional, pueden impulsar a un abogado o declinar la defensa que se le encomienda; su deber es defender los intereses que tiene a su cargo; el hecho de que los delitos políticos y sociales le prohíba a la abogacía la defensa de los criminales, convierte el proceso penal en un instrumento absurdo, para la legitimar la venganza del estado y para saciar torpes apetitos en que siempre veremos al inculpado para llegar inerme al termino del juicio. Además, no corresponde al estado prejuzgar cuando un delito es repugnante y peligroso y cuando no lo es para que desde el principio se prive al que lo haya cometido de encargar a alguna persona su defensa. En México, en que exclusivamente corresponde a las autoridades judiciales declarar en la forma y términos que las leyes establecen cuando un hecho es o no delito, seria contrario a los principios de derecho público dejar desamparado al criminal sólo por la consideración de que en concepto de los funcionarios del estado, el delito resulta repugnante. La defensa es indispensable para determinar la relación de casualidad y la imputabilidad del reo, por que de otra manera no podría mantenerse en justo equilibrio de las partes en el proceso. Estimamos conveniente invocar la cita que hace Manzini, quien considera que el defensor penal no es un patrocinador de la delincuencia sino del derecho y de la justicia en cuanto pueda resultar lesionados en la persona del imputado.

En cuanto al defensor se le considere como un simple asesor, que esta destinado a presentar asistencia técnica a su defensor y aconsejarlo en aquellos puntos en el que por su conocimiento de la ley reclame su intervención, tan estrecho concepto le

quita vigor a sus gestiones, convirtiéndola en un órgano de consulta en lugar de que sea un celoso vigilante en el cuidado de los intereses que tiene en sus manos.”⁷¹

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XXXVII

Página: 1005

DEFENSA, GARANTIAS DE LA. Una de las formalidades esenciales del procedimiento, en materia penal, conforme al artículo 2o. de la Constitución, es que se oiga en defensa a todo acusado, y la resolución de un tribunal de alzada, que declare, de oficio, desierto el recurso de apelación, sólo porque el defensor del reo no presenta el escrito de expresión de agravios, viola la garantía que tiene el reo para ser oído en defensa, toda vez que el hecho de que el defensor no presente esos agravios, no es ni siquiera hecho propio del reo, sino de una tercera persona.

Amparo civil en revisión 3678/31. García Lino. 21 de febrero de 1933. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Enrique Osorno Aguilar. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Agosto de 2001

Tesis: XI.2o.37 P

Página: 1316

“DEFENSOR DE OFICIO. SU DESIGNACIÓN POR EL JUEZ SÓLO PUEDE REALIZARSE CUANDO EL INculpADO NO QUIERA O NO PUEDA NOMBRARLO DESPUÉS DE HABER SIDO REQUERIDO PARA HACERLO. La

⁷¹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Op Cit, págs.86, 87, 91 y 93

fracción IX del artículo 20 constitucional consagra como derecho del inculpado en todo proceso penal, el de una defensa adecuada, por sí, por abogado o persona de su confianza, señalando que si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el Juez le nombrará un defensor de oficio; lo que significa que sólo será cuando el inculpado no quiera o no pueda nombrar defensor, después de que se le haya requerido para hacerlo, ya sea porque haya omitido designarlo o porque los nombrados no hayan aceptado el cargo, cuando el juzgador estará en posibilidad de designarle como defensor, en definitiva, al de oficio.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 157/2001. 4 de abril de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Murillo Delgado. Secretaria: Libertad Rodríguez Verduzco.

El maestro Carlos Barragán Salvatierra define a la defensa como;

“En un sentido etimológico la palabra defensor proviene del latín defensoris y significa el que defiende o protege; a su vez el vocablo defender significa ampara, proteger, abogar a favor de uno.”⁷²

El defensor es la persona física que personifica a la Institución de la defensa, integrada por dos sujetos, el autor del delito y el abogado, quienes constituyen el binomio indispensable en el proceso.

En términos de Manzini, “defensor es el que interviene en el proceso penal para desplegar en él una función de asistencia a favor de los derechos y demás intereses públicos y no solamente para el patrocinio de un interés particular”.

Por su parte Fenech, señala que “el abogado defensor es la persona que teniendo la habilitación legal exigida para ello, se dedica profesionalmente a la defensa técnico. Jurídica de las partes que intervienen en el proceso es decir,

⁷² BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, Op. Cit. págs .236 y 237

llamado a o para, porque en efecto, estos profesionales son requeridos por los litigantes para que los asesoren o actúen por ellos en las contiendas jurídicas”.⁷³

De acuerdo con lo que señala el maestro Rafael de Pina Vara en su libro *Diccionario de Derecho*:

“La defensa es la actividad encaminada a la tutela de los intereses legítimos implicados en un proceso(civil, penal etc.), realizada por abogados, por persona no titulada (en aquellos regímenes procesales que permiten la intervención de personas no tituladas en esta función) o por el propio interesado. V Legítima defensa.”⁷⁴

De acuerdo con lo que establece el autor la defensa la define como la tutela de una persona que tiene como responsabilidad velar los intereses de otra persona realizada por abogados o por personas no tituladas, lo cual se entiende que las personas que no son tituladas tienen el conocimiento del derecho y no habla de una persona que no tenga el conocimiento técnico del derecho.

Por su parte el maestro Raúl F. Cárdenas Rioseco señala en su libro *El Derecho de Defensa en materia Penal* respecto al defensor;

“La palabra defensa del latín, que a su vez tiene o proviene de la palabra *defendere*, que significa defender, desviar un golpe, rechazar a un enemigo, rechazar una acusación o una injusticia.”⁷⁵

El diccionario de la Lengua Española define a la defensa:

“Derecho razón o motivo que se alega en juicio para contradecir o desvirtuar la acción del demandante.”⁷⁶

⁷³ FENECH, Miguel, Op. Cit., 67.

⁷⁴ DE PINA VARA, Rafael, Op. Cit. pág. 217

⁷⁵ CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El Derecho de Defensa en Materia Penal*, Editorial Porrúa, México, 2004, primera edición pagina 114

El Diccionario de Uso del Español de María MOLINER, define defensa.

“Derecho conjunto de argumentos con que un abogado defiende a su cliente.”⁷⁷

Para González Bustamante, la defensa es la función encaminada a:

“Destruir las pruebas de cargo existentes, de tal manera que la resolución judicial que se pronuncie, se traduzca en una exculpación o, al menos en una mejoría de la situación jurídico- procesal que guarda el inculpaado.”⁷⁸

Según Herrera y Lasso, la defensa es

“El derecho de probar contra la prueba el derecho de demostrar que la autoridad probo errónea o insuficientemente”⁷⁹

En opinión de Fenech,

“Se entiende por defensa en sentido amplio toda actividad de las partes encaminada a hacer valer el proceso penal sus derechos e intereses, en orden a la actuación de la pretensión punitiva y a la de resarcimiento, en su caso o impedir la según su posición procesal”.⁸⁰

En la practica podemos afirmar que los defensores de oficio y particulares, deben de ventilar la defensa del inculpaado apegada a derecho tal y como lo establece y esta consagrada en la garantía constitucional en su artículo 20 apartado A fracción IX, sin embargo considero que al contemplar la figura de la persona de confianza se pierde

⁷⁶ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 21ª Edición, Real Academia Española, Madrid, 1992, página 877

⁷⁷ MOLINER, María, Diccionario del Uso del Español, Tomo I, España, 2 edición, Editorial Gredos, 1998, Páginas 877

⁷⁸ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Op. Cit., Pág. 140

⁷⁹ HERRERA Y LASSO, Eduardo, Garantías Constitucionales en Materia Penal, Páginas. 94 y 98

⁸⁰ FENECH, Miguel, Op. Cit. 83.

la garantía constitucional de la cual goza el inculpado, por que sabemos que una persona que carece del conocimiento del derecho tal y como se esta en presencia de la persona de confianza no es posible que lleve una defensa adecuada por que no sabe en que momento el Ministerio Público esta actuando apegado a derecho o en su caso si esta violando la ley, es grave pensar que esta persona de confianza pueda ser útil en su defensa para el inculpado y en todo caso perjudica al inculpado dejándolo en un estado de indefensión por completo.

3.2. CLASIFICACIÓN DE LA DEFENSA.

De acuerdo al estudio del defensor debemos atender a ciertos factores tales como es el defensor técnico y empezaremos con la opinión de esta figura jurídica con la opinión del autor Raúl F. Cárdenas Rioseco que nos dice que;

“Ya mencionamos que el derecho de defensa puede ejercitarse de dos maneras: a través de la autodefensa, a la que nos acabamos de referir, o mediante la intervención de abogado o defensor técnico.

La defensa técnica no es una garantía distinta o independiente, sino que es una de esas dos maneras de ejercitarse.

La autodefensa es prioritaria y la defensa técnica debe complementarla, ya que esta se hace efectiva, según definición de Miguel Fenech por personas peritas en derecho que tiene como profesión el ejercicio de esta función técnico-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso, para poner de relieve sus derechos y contribuir con su conocimiento a la orientación y dirección en orden a la consecución de los fines del proceso.

La defensa técnica se hace necesaria por la complejidad del moderno proceso penal, en el que además de los otros dos sujetos del proceso: el Juez y el Ministerio

Público son técnicos en derecho; en relación con este último y respecto al inculpado, debe asegurarse que no existían desequilibrios y que prevalezca la igualdad entre las partes que el contradictorio sea equitativo.”⁸¹

En base a la postura que el autor señala estoy de acuerdo en que la defensa para el inculpado en el proceso debe de gozar del principio de igualdad para las partes y no sólo para una de ellas, en este caso la crítica está en que la persona de confianza tal como la consagra nuestra constitución en su artículo 20 fracción IX con respecto a la garantía de defensa adecuada, podemos decir que por parte del inculpado estamos en presencia de una desigualdad jurídica ya que muchas veces la persona de confianza no cuenta con esta Técnica Jurídica de la cual se necesita para que una persona postulante del derecho pueda representar al inculpado en el proceso el cual es un requisito indispensable en la práctica del derecho.

En relación a lo que señala nuestro Código Federal de Procedimientos Penales tratándose de la averiguación previa, en su artículo 128 establece:

“Art. 128.- Cuando el inculpado fuese detenido o se presente voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma.

III.- Se le harán saber los derechos que le otorga la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la averiguación previa, de los siguientes:

a) Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de confianza, o si no quiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;

b) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación;

⁸¹CARDENAS RIOSECO, Raúl Op Cit, págs..131 y 132

c) Que le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que conste en la averiguación, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el expediente de la averiguación previa.”⁸²

De esta manera podemos decir que aunado a lo que establece nuestro Código, es necesario que además de la persona de confianza se este en presencia de un abogado particular o de oficio ya que como se sigue en caso de la consignación el proceso se rompe con la defensa del inculpado que se debe de entender que debe de presenciarse una defensa adecuada y con esta situación a la persona de confianza que sabemos que muchas de las ocasiones no tiene la técnica del conocimiento del derecho y de esta forma no permite una postura de defensa hacia con el inculpado con el sólo hecho que desde la averiguación precia debe de contar con un defensor adecuado, entendiéndose que debe de ser titulado tal y como lo establece la ley general de profesiones y además que esta consagrado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que es una de las garantías en el proceso penal.

En consecuencia el derecho de defensa en asuntos penales, debe de reconocerse desde el momento en que puede verse amenazada la libertad de una persona, aun cuando sólo existan indicios o sospechas en su contra, pues debe mencionarse que el bien jurídico tutelado es la libertad del individuo y que esta debe perseguirse con todas y cada una de las diligencias para el esclarecimiento de los hechos que traen consigo la conducta delictiva.

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXXXIV

Página: 833

⁸² CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Editorial Sista Pág.28

“DEFENSOR, DERECHO DEL REO A NOMBRARLO. Si se restringió al reo el derecho que tenía para que nombrara el defensor que hubiere estimado conveniente, o, en el último caso, para que entre los de oficio adscritos a las Salas penales del tribunal de alzada, eligiera o designara el que le inspirara confianza, esa violación de procedimientos encaja dentro de la fracción II del artículo 160 de la Ley de Amparo, en la que se considera como tal, el hecho de que no se facilite al acusado, en su caso lista de los defensores de oficio, o no se le haga saber el nombre del adscrito al juzgado o tribunal que conozca de su causa, si no tuviere quien lo defendiera, esto es, en el caso de que no hubiere nombrado un defensor particular, y debe otorgársele la protección de la Justicia Federal, para el efecto de que nombre defensor que lo asista dentro de la tramitación del recurso de alzada.

Amparo penal directo 7202/44. Sala Gurría Andrés. 19 de abril de 1945. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Es importante destacar lo que regulan nuestras leyes al respecto del defensor y como se debe de ejercer la defensa en nuestro derecho mexicano el cual el Código Civil en el Título Décimo, segunda parte, Capítulo II, y de acuerdo con dicho código el artículo 2608 establece:

“ART. 2608.- Los que sin tener el título correspondiente ejerzan profesiones para cuyo ejercicio la ley exija título, además de incurrir en las penas respectivas, no tendrá derecho de cobrar retribución por los servicios profesionales que hayan prestado.”⁸³

Por su parte el Código Penal Federal considera delito la usurpación de profesión. En efecto, el artículo 250 de dicho Código establece que:

“ART. 250.- Se sancionara con prisión de un a seis años y multa de cien a trescientos días a quien:

⁸³ Código Civil Federal, Editorial Sista, tercera edición, México 2005 Pág. 206

“II. Al que sin tener título profesional o autorización para ejercer alguna profesión reglamentada, expedida por autoridades u organismos legalmente capacitados para ello, conforme a las disposiciones reglamentarias del artículo 5° constitucional.”

Se atribuya el carácter de profesionista.

Realice actos propios de una actividad profesional, con excepción de lo previsto en el 3er. Párrafo del artículo 26 de la ley Reglamentaria de los artículos 4° y 5° constitucionales.

Ofrezca públicamente sus servicios como profesionista.

Use un título o autorización para ejercer alguna actividad profesional sin tener derecho a ello.

Con objeto de lucrar, se a profesionistas legalmente autorizados con fines de ejercicio profesional o administre algunas asociaciones profesionales.

“III. Al extranjero que ejerza una profesión reglamentada sin tener autorización de autoridad competente o después de vencido el plazo que aquella le hubiere concedido.”⁸⁴

Por su parte la Ley Reglamentaria del Artículo 5° Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, establece que:

“ART. 1°.- Título profesional es el documento expedido por instituciones del estado o descentralizadas, y por instituciones particulares que tengan reconocimiento de validez oficial de estudios, a favor de la persona que haya concluido los estudios correspondientes o demostrando tener los conocimientos necesarios de conformidad con esta ley y otras disposiciones aplicaciones.

ART. 2°.- Las leyes que regulen campos de acción relacionados con alguna rama o especialidad profesional, determinaran cuales son la actividades profesionales que necesitan título y cedula para su ejercicio.

⁸⁴ Código Penal Federal, Editorial ISEF, novena edición 2006, Pág.75

ART. 3°.- Toda persona a quien realmente se le haya expedido título profesional o grado académico equivalente, podrá obtener cedula de ejercicio con efectos de patente, previo registro de dicho título o grado.

ART. 7°.- Las disposiciones de esta ley regirán en el distrito federal en asuntos de orden común, y en toda la republica en asuntos de orden federal.

ART. 8°.- Para tener título profesional es indispensable acreditar que se han cumplido los requisitos académicos previstos por las leyes aplicables.

ART. 21°.- Dependiente de la Secretaría de Educación Pública se establecerá una dirección que se denominará: Dirección General de Profesiones, que se encargará de la vigilancia del ejercicio profesional y será el órgano de conexión entre el estado y los colegios de profesionistas.

ART. 23.- Son facultades y obligaciones de la Dirección General de Profesiones:

Registrar los títulos de los profesionistas a que se refiere esta ley, de conformidad con los artículos 14, 15 y 16 de este ordenamiento.

ART. 24.- Se entiende por ejercicio profesional, y para los efectos de esta ley, la realización habitual a título oneroso gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter del profesionista por medio de tarjetas, anuncios, palcas, insignias o de cualquier otro modo, no se reputará ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato.

ART. 25.- Para ejercer en el distrito federal cualquiera de las profesiones a que se refieren los artículos 2° y 3°, se requiere:

Estar en pleno goce y ejercicio de los derechos civiles

Poseer título legalmente expedido y debidamente registrado, y

Obtener de la Dirección General de Profesiones patente de ejercicio.”

Art. 26.- Las autoridades judiciales y las que conozcan de asuntos contenciosos-administrativos y rechazarán la intervención en calidad de patronos o asesores técnicos del o de los interesados, de persona, que no tenga título profesional registrado

ART. 28.- En materia penal, el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por medio de persona de su confianza o por ambos según su voluntad. Cuando la

persona o personas de confianza del acusado, designados como defensores no sean abogados, se le invitará para que designe, además, un defensor con título. En caso de que no hiciere uso de este derecho, se le nombrará el defensor de oficio.

ART. 29.- La persona que sin tener título profesional legalmente expedido actúen habitualmente como profesionistas, incurrirán en las sanciones que establece esta ley exceptuándose, a los gestores a que se refiere el artículo 26 de esta ley.”⁸⁵

De acuerdo a la transcripción de los preceptos legales que regulan en orden general las profesiones, podemos concluir que en materia penal la persona que asuma una defensa, tendrá que demostrar que cuenta con un título de abogado o licenciado en derecho, pero como excepción en materia penal, acorde a lo dispuesto por el precepto constitucional 20, apartado A, fracción IX, y en el artículo 28 de la ley reglamentaria del artículo 5° constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal permite que el inculcado pueda designar a una persona de confianza, estableciendo que la última ley así lo señala así como la misma Carta Magna, hay que señalar que en el campo de la práctica esto se realiza hasta que entra al proceso el inculcado, es decir que cuando consignan al presunto responsable del delito que le es imputado y no desde el inicio de la averiguación previa y es importante señalar que debe de ser al inicio de la averiguación previa y no cuando se pasa a la consignación pues es entonces cuando desde entrada se deja en estado de indefensión al inculcado por el hecho de que la persona de confianza no cuenta con el conocimiento técnico jurídico de la carrera de licenciado en derecho y además se presencia una desigualdad jurídica.

Al respecto, cito los criterios interpretadores de los tribunales federales al respecto, en torno al defensor en materia penal que no cuente con cédula profesional de licenciado en Derecho:

⁸⁵ Ley Reglamentaria del artículo 5° constitucional, las Profesiones en el Distrito Federal, Editorial, editorial Sista, México 2005, pág. 404,405

SÉPTIMA EPOCA**Instancia: Pleno****Fuente: Apéndice 2000****Tomo: Tomo I, P.R.SCJN****Tesis: 2237****Página: 1554****“PROFESIONES. LEY DE EJERCICIO PROFESIONAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO PUBLICADA EL 24 DE ABRIL DE 1957. ES CONSTITUCIONAL.-**

La Ley del Ejercicio de Profesiones para el Estado de México fue expedida de acuerdo con la facultad que el artículo 4°. Constitucional concede a las Legislaturas de los Estados a fin de determinar cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, y las condiciones que deben llenar para obtenerlo, así como las autoridades que han de expedirlo. En tal virtud, quien ejerza alguna de las profesiones que requieren título conforme a alguna ley local, expedida con fundamento en el citado precepto constitucional, sin llenar los requisitos relativos del ordenamiento, no puede decirse que se dedique lícitamente a una profesión. Ello es así, porque la reglamentación del ejercicio profesional por parte de las legislaturas de los Estados no es más que la realización del mandamiento constitucional, en garantía del pueblo y del profesionista, porque éste tiene una situación de responsabilidad y de cumplimiento de deberes sociales derivados de su carácter técnico, y queda sujeto a un estatuto especial que garantiza su carácter de trabajo especializado. En el caso del ejercicio de la abogacía sin tener título expedido por corporación educativa legalmente reconocida, no puede ejercer libremente sino sólo por quien ha obtenido el título de licenciado en derecho en los términos que señala la ley de la materia, lo cual encuentra su apoyo en el artículo 4° constitucional y por ello la ley combatida no pugna con precepto legal alguno de la Carta Magna. Y con la reglamentación que se hace del ejercicio profesional, no se pretende que sólo los abogados puedan ocurrir en demanda de justicia, ya que conforme al artículo 8°. Constitucional todo gobernado tiene derecho de petición y con ello de acudir ante los tribunales en demanda de justicia , siempre que sea en nombre propio; pero

situación distinta ocurre cuando se ejercita el derecho de petición por interés ajeno ejerciendo una actividad habitual propia del profesionista del derecho, puesto que en tal caso el peticionario debe sujetarse a las disposiciones de la Ley Reglamentaria del Ejercicio de Profesiones expedida conforme al precepto constitucional citado en el inicio de este considerando. La reglamentación del ejercicio profesional no sólo resulta válida en razón del interés general ya expresado, respecto del funcionario que interviene en la aplicación del derecho por parte del Estado, sino que debe abarcar al profesionista que ofrece sus servicios al público, porque si se ocurre ante las autoridades en demanda de administración de justicia en interés ajeno, salvo los casos de expedición de representación de incapacitados, se está ejerciendo la profesión de abogado. Por otro lado, la fracción IX del artículo 20 constitucional, entre otras cosas, otorga al acusado, las siguientes garantías: a) Que se le oiga en defensa por sí o por persona de confianza o por ambos según su voluntad; b) Que si no tiene quien lo defienda se le presente la lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan; c) Que si no quiere nombrar defensor, después de ser requerido para hacerlo al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. Ahora bien, es incuestionable que el artículo 21 de la ley combatida reduce textualmente la garantía constitucional en lo que se refiere a lo expuesto a) lo cual les permitirá ser nombrados como defensores por cualquier acusado que les tuviera confianza, por lo que queda incólume ante la ley del ejercicio profesional reclamada la garantía que otorga el artículo 20 constitucional. Si bien el artículo 21 que se examina, hace caso omiso de la garantía consignada en el apartado b) pues impone al acusado el nombramiento de un defensor con título, es evidente que esta parte del precepto combatido para perjuicio a los acusados, mas no a las personas que pudieran ser nombrados por el reo por merecerles su confianza para ser oído en defensa, tenga o no título.

Amparo en revisión 5638/57.-Felipe Alcántara y coags.-24 de noviembre de 1970.-Mayoría de dieciséis votos.- Disidentes: Alberto Jiménez Castro y Mariano Azuela Rivera .-Ponente: Carlos del Río Rodríguez.

Seminario judicial de la Federación, Séptima Época, volumen 23, primera parte, página 55, pleno.

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXIX

Página: 14

DEFENSORES, USURPACION DE FUNCIONES Y DE PROFESIONES POR LOS (LEGISLACION DEL ESTADO DE CAMPECHE). La fracción IX del artículo 20 constitucional instituye, al mismo tiempo que la garantía del acusado para designar como defensor, a persona de su confianza, el derecho para que el designado de cumplir con su cometido, para que aquella garantía no resulte nugatoria, de manera que la elección debe ser absolutamente libre y de acuerdo con la conveniencia del acusado. Sobre este principio, es evidente que por aplicación del artículo 133 de la Constitución, que establece la jerarquía más alta en favor de esta ley, todas las demás deben supeditarse a ella y no pueden contrariarla, de donde resulta que la restricción emanada del reglamento para el ejercicio de profesiones vigentes en el Estado de Campeche, no puede operar, ni lógicamente tampoco puede cometer el delito instituido en los artículos 450 y 451 del Código Penal de aquel Estado, el que sin título ejerza la defensa de un acusado, ya que no puede ser delito lo que la Constitución declara lícito. No obsta la objeción de que la palabra "persona" que emplea el artículo 20 constitucional, debe entenderse como "individuo capaz", desde los puntos de vista jurídico y gramatical, porque la Constitución quiere que el nombrado merezca confianza al reo sobre qué proceda buscando su beneficio, de modo que todas las restricciones que para el ejercicio de la defensa opongan las leyes secundarias, no pueden prevalecer sobre lo mandado en la Constitución.

Amparo penal en revisión 2067/ 41. Espinosa Castillo Leopoldo. 1o. de julio de 1941. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José M. Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente.

De esta manera parece que existen contradicciones entre lo ordenado por el artículo 20 constitucional y los artículos 1 °. y 2°. de la ley reglamentaria de los artículos 4°.y 5°. Constitucionales relativos a los ejercicios de las profesiones, ya que en el primero se otorga una facultad amplísima para la defensa y en los últimos se limita a que únicamente puede ejercer la abogacía quien tenga titulo profesional legalmente expedido.

En material penal el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por medio de personas de su confianza designados como defensores, y de no ser abogados se le invitara a que nombre uno con título y de no hacerlo así le será nombrado uno de oficio (Art. 28 Ley de Profesiones).

El artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, entre otras cosas, que en caso de que la designación de defensor recaiga sobre quien no tenga cédula profesional de licenciado en derecho o autorización de pasante, el tribunal dispondrá que además del designado, se nombre al de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculpado en todo lo relacionado a su defensa.

Es importante destacar que efectivamente como lo señala el maestro Barragán existen ciertas lagunas jurídicas y contradictorias en base al tema ya que por una parte señala que efectivamente debes de ser titulado o obtener la carta de pasante por profesiones tal y como lo señala nuestra legislación, pero por otro lado te señala en el Art. 20 constitucional fracción IX que puedes nombrara a persona de confianza señalando que estas personas no cuenten con el requisito de tener el conocimiento técnico de la carrera de licenciado en derecho y es de suma importancia además de que creo que es grave en el ámbito practico del derecho ya que estamos en presencia de un estado de indefensión absoluto para el inculpado por el simple hecho de que no cuenta con una defensa adecuada como lo antecede en la garantía constitucional de que toda persona tiene derecho a una defensa adecuada.

Por su parte el autor Raúl F. Cárdenas Rioseco señala que:

“ la discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica del defensor, no tiene en realidad, actualmente, demasiada importancia,; sin embargo, por estar desarrollando en este trabajo monográfico- el derecho de defensa en materia penal-, debemos referirnos brevemente a las doctrinas que preocupan en el pasado a los cultores de esta disciplina.”⁸⁶

Gimeno Sendra, citado por el autor Raúl F. Cárdenas Rioseco,

“clasifica estas doctrinas en tres grandes grupos: doctrinas privatistas; doctrina publicistas y doctrinas mixtas.”

DOCTRINAS PRIVATISTAS.

“En este grupo, debemos mencionar en primer lugar, la que sostuvo CARNELUTI, en que se considera que el defensor es el que traduce en términos jurídicos lo que su defendido quiere decir, por lo que “a tal fin la parte lo llama ante si (ad-vocat) y por la que se llama abogado (ad vocatus)” esta teoría no fue aceptada, ya que el abogado defensor no es simplemente un nuncio, ya que actuar tiene cierta autonomía propia.”

TEORIA PRIVATISTA.

“Esta considera lo que es cliente y abogado basada en la existencia de un mandato, siendo la representación voluntaria cuando el abogado ejerce su profesión de manera privada y legal cuando el tribunal nombra un defensor de oficio.”

“En esta teoría como la anterior tampoco se contempla la autonomía del defensor, ya que existen momentos procesales en que el defendido y defensor deben estar juntos y desahogar sus respectivos actos procesales, por lo cual no puede ser usado

⁸⁶ CARDENAS RIOSECO, Raúl, Op Cit, Pág.144

como mandato dado a la naturaleza jurídica de este además de estar en presencia del autor de un delito y defensor.”

DOCTRINAS PUBLICISTAS.

“En oposición con las otras teorías privatistas, en doctrina, se han formulado una serie de posturas, que ponen todo su énfasis en el carácter publico de las funciones del defensor,,la cual tiene como misión que el abogado postulante tenga que colaborar con el juez párale descubrimiento de la verdad.”

“Lo cual resulta ser a todas luces no procedente ya que en la practica el deber del defensor es deberse a su cliente y no coadyuvante del Ministerio Público y del juez.”

DOCTRINAS MIXTAS.

“Se atribuye al autor GIMENO SENDRA, el desarrollo de esta teoría mixta, al sostener que mientras las teorías privatistas llevan a desconocer la relatividad independencia del defensor en base a una relación contractual que, fundamentalmente, de carácter económico tan sólo contempla un aspecto secundario de la defensa, las doctrinas publicistas hasta tal punto la función del defensor que llevan a difuminarla con la del órgano jurisdiccional o del Ministerio Público, por lo que se considera que el abogado defensor integra la parte procesal.”⁸⁷

3.3. ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL FRACCIÓN IX.

El artículo 20 de la Ley Fundamental, contiene una serie de prerrogativas en materia penal, tanto a favor del sujeto activo como del sujeto pasivo, convirtiéndose en parte de las garantías del gobernado en materia penal.

⁸⁷ Ibidem, , pág.143 y 149

Anteriormente no era así y así incluso, lo señala este criterio de jurisprudencia.

No. Registro: 186,204

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Agosto de 2002

Tesis: I.9o.P.8 P

Página: 1337

“OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO. TIENE LA CALIDAD DE PARTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL, A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL DEL VEINTIUNO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL.

El ordinal 20, apartado B, de la Constitución General de la República, adicionado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiuno de septiembre de dos mil, en vigor desde el veintiuno de marzo siguiente, consagra como garantías de la víctima u ofendido por algún delito, entre otras, el derecho a coadyuvar con el Ministerio Público y a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, con lo cual se le reconoció constitucionalmente el carácter de parte dentro del proceso penal mexicano; ello es así, dado que de la exposición de motivos (de veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y nueve) que sustenta la reforma, el legislador evaluó la necesidad de otorgar garantías a la víctima u ofendido del delito para ser considerado como parte dentro del procedimiento, con la facultad expresa de poder constituirse no sólo en coadyuvante del Ministerio Público dentro de la averiguación previa y del proceso penal, sino además para estar en aptitud de instruir los elementos de convicción que acrediten el cuerpo del delito, la responsabilidad del inculpado y la reparación del daño, en su caso, pudiendo incluso comparecer por sí o a través de su representante en todo acto procesal, a efecto de manifestar todo lo

que a su derecho convenga; lo que sin duda lo coloca en una situación que le permite la defensa oportuna de sus intereses en cualquier estado del juicio, en razón de que se le deben recibir todos los datos o elementos de prueba con los que cuente y se deben practicar las diligencias correspondientes; inclusive, procesalmente está legitimado para la interposición de los recursos o medios de defensa que consagra la ley adjetiva de la materia y que sean necesarios para tal fin, sin que resulte una condición para ello que se le reconozca por parte del Juez como coadyuvante del Ministerio Público.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 569/2002. 15 de marzo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretaria: Blanca Fuentes Sánchez.

De acuerdo a nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 20 fracción IX señala textualmente

“Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta constitución y derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de 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,”⁸⁸

En este precepto se establece la garantía que tiene el inculpado en cuanto a la defensa adecuada que se le debe brindar en el proceso penal contando desde la averiguación previa tal y como lo prevé el mismo artículo, además de salvaguardar que no se deje al inculpado en un estado de indefensión de los hechos los se le imputan:

⁸⁸ Constitución Federal, Editorial ISEF, S.A. novena edición, pág.19, 20., México, 2006

El autor Zamora-Pierce, establece que:

“El derecho de defensa comprende varios derechos derivados de las fracciones tercera a quinta del artículo en estudio, como son:

el derecho de ser informado, de conocer la acusación y de quien lo acusa;
el derecho de rendir su declaración preparatoria;
el derecho de ofrecer pruebas;
el derecho de ser careado con las personas que deponen en su contra, y
el derecho de tener un defensor.”⁸⁹

Por lo que respecta al profesor Carlos Barragán Salvatierra señala lo siguiente:

“En esta fracción novena del artículo 20 constitucional, se concede al inculpado el derecho de una defensa adecuada por sí, por abogado, o por persona de confianza. En este punto únicamente cabe agregarse que el término de defensa adecuada es por demás subjetivo, ya que no denota quien o quienes son las personas adecuadas para determinarlo. Lo importante es que el inculpado al sentir que no tubo esa defensa adecuada puede solicitar la reposición del procedimiento (que no es un recurso o un incidente), y de conformidad con la ley se debe expresar como agravio en el recurso de apelación.”⁹⁰

Con lo que antecede estoy de acuerdo en que no se señala directamente que personas son las adecuadas para ejercer el derecho de defensa respecto hacia el inculpado esto referente a la persona de confianza, pues en este sentido podemos determinar que estamos en presencia que la garantía consagrada en nuestra suprema Carta Magna y como lo prevé no estamos en presencia de una defensa adecuada ya que la persona de confianza no reúne los requisitos del conocimiento técnico del derecho para ejercerlo y además por este motivo es importante que además de la persona de confianza se este en presencia de un abogado postulante

⁸⁹ ZAMORA-PIERCE, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, 8ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1996, p.167.

⁹⁰ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *Op. Cit.*, p. 252.

del derecho tal y como lo señala la Ley General de Profesiones y que en este sentido si entonces se este en presencia de una defensa adecuada tal y como lo consagra la garantía constitucional al referirse de una “**DEFENSA ADECUADA**”, ya que en este sentido no se dejaría al inculpado en un estado de indefensión tal y como actualmente se esta viviendo.

Por otra parte el multicitado jurista Carlos Barragán Salvatierra hace referencia a los sujetos que en el derecho mexicano realizan la defensa, tal y como lo señala en su libro Derecho Procesal Penal estableciendo lo siguiente:

“Los actos de defensa están regidos por un sistema amplísimo de libertad, los puede realizar el sujeto activo del delito, la persona o personas de confianza, ambos y el de oficio.”

“El procesado puede por si mismo llevar su defensa, pero esta institución debe estar a cargo de técnicos en la materia,; lo anterior desvirtúa la naturaleza específica de la misma, y aunque el procesado fuere un profesional, por su propia situación sería imposible que realizara los actos correspondientes a una autentica defensa.”

“El procesado esta facultado para designar persona o personas de confianza para la defensa, no obstante pudiese suceder que el nombramiento recayera en una persona que no tuviere el titulo de licenciado en derecho o abogado, lo que resultaría gravemente afectado debido al desconocimiento técnico de la materia.”

“De esta manera parece que existen contradicciones entre lo ordenado por el artículo 20 constitucional y los artículos 1°. Y 2°. de la ley reglamentaria de los artículos 4°.y 5°. Constitucionales relativos a los ejercicios de las profesiones, ya que en el primero se otorga una facultad amplísima para la defensa y en los últimos se limita a que únicamente puede ejercer la abogacía quien tenga titulo profesional legalmente expedido.”

“En material penal el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por medio de personas de su confianza designados como defensores, y de no ser abogados se le invitara a que nombre uno con título y de no hacerlo así le será nombrado uno de oficio (Art. 28 Ley de Profesiones).”

“El artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) establece, entre otras cosas, que en caso de que la designación de defensor recaiga sobre quien no tenga cédula profesional de licenciado en derecho o autorización de pasante, el tribunal dispondrá que además del designado, se nombre al de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculcado en todo lo relacionado a su defensa.”⁹¹

Es importante destacar que efectivamente como lo señala el procesalista Barragán Salvatierra, existen ciertas lagunas jurídicas y contradictorias en base al tema ya que por una parte señala que efectivamente debes de ser titulado o obtener la carta de pasante por profesiones tal y como lo señala nuestra legislación, pero por otro lado se señala en el Art. 20 constitucional fracción IX que puedes nombrara a persona de confianza señalando que estas personas no cuenten con el requisito de tener el conocimiento técnico de la carrera de licenciado en derecho y es de suma importancia además de que creo que es grave en el ámbito practico del derecho ya que estamos en presencia de un estado de indefensión absoluto para el inculcado por el simple hecho de que no cuenta con una defensa adecuada como lo antecede en la garantía constitucional de que toda persona tiene Derecho a una defensa adecuada.

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Noviembre de 2001

Tesis: 1a./J. 91/2001

⁹¹ BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos Op Cit, Pág.236 y 237

Página: 9

“DEFENSOR PÚBLICO EN MATERIA PENAL FEDERAL. DEBE CONTAR CON TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO. La fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé tres formas a través de las cuales el inculpado puede ejercer su defensa, a saber: a) por sí mismo, b) por abogado, y c) por persona de su confianza; y, además, dispone que en caso de que el inculpado no elija una de estas posibilidades, después de que haya sido requerido para ello, el Juez deberá nombrarle un defensor. En concordancia con esa disposición, el numeral 128, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales, en lo conducente señala que cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, deberán hacerse saber los derechos que le otorga la Constitución Federal, entre otros, el de: "... Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio ...". Ahora bien, esa designación de defensor en materia penal efectuada por el Estado (órgano jurisdiccional o Ministerio Público), debe recaer en un defensor público, el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5o., fracción II, de la Ley Federal de Defensoría Pública, debe contar con título de licenciado en derecho. Lo anterior es así, porque el espíritu del legislador no fue otro que el de otorgar a los gobernados acceso a la justicia, y tal prerrogativa se colma, entre otros muchos aspectos, cuando se da la posibilidad a las personas de escasos recursos económicos, de que durante el desarrollo del proceso al que se encuentran sujetos, estén asesorados por profesionales del derecho, por personas con capacidad en la materia que puedan defender con conocimiento jurídico y suficiente sus intereses, a fin de que su garantía de seguridad jurídica en los procedimientos penales se vea respetada. En contraposición con esa disposición, es claro que la designación que haga el propio inculpado de su defensa puede no satisfacer ese requisito; por tanto, el nombramiento de defensor podrá ejercerlo cualquier persona.

Contradicción de tesis 87/99-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia

Penal del Tercer Circuito. 27 de junio de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Eunice Sayuri Shibya Soto.

Tesis de jurisprudencia 91/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de tres de octubre de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente en funciones Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo.

De acuerdo a la doctrina existen diversas teorías sobre el defensor como las que nos menciona el autor, pero es importante señalar que en la practica se ha perdido los valores jurídicos los cuales los litigantes han olvidado que deben de emplear la justicia y no utilizar la carrera para lucrar con su conocimiento técnico jurídico de la profesión, aunado a esto es importante decir que por este hecho el inculpado debe recibir una defensa adecuada, ya que si se deja a la persona de confianza que no sabe del conocimiento del derecho seria injusto pretender que el Ministerio Público no le otorgue al inculpado un abogado de oficio en el inicio de la averiguación previa, pues podemos decir que en la practica esta situación es letra muerta.

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XLIX

Página: 949

PROCEDIMIENTO PENAL, VIOLACIONES DEL. Conforme a la fracción IX del artículo 20 constitucional, el acusado tiene la garantía de ser oído en defensa, por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad; y únicamente cuando no tenga quien lo defienda, o no quiere señalar defensor, se le presentará la lista de los defensores de oficio, para que elija el o los que le convengan, o será requerido para hacer la designación, bajo el apercibimiento de que el Juez le

nombrará uno de oficio; y la fracción II del artículo 160 de la Ley de Amparo establece que en los juicios del orden penal, se considerarán, violadas las leyes del procedimiento y privado de defensa el quejoso, entre otros casos, cuando se le impida comunicarse con su defensor o que éste lo asista en alguna diligencia del proceso. Ahora bien, si el acusado nombra defensor en segunda instancia y en lugar de darle intervención a aquél, se le da a un defensor de oficio, se veda al primero su presencia en las actuaciones, lo cual constituye una conculcación de las leyes del procedimiento, que produce la indefensión del quejoso, y como pudiera argüirse que al emplear la ley la expresión "se le impida", parece indicar que es precisa la existencia de un acto voluntario del juzgador, para que se opere la violación, debe estimarse que si la autoridad responsable sólo incurrió en una omisión, de acuerdo con los términos de la fracción XVII del propio artículo 160 ya citado, la Suprema Corte de Justicia está autorizada para conceptuar infringidas las leyes del procedimiento en casos análogos a los enumerados en los incisos anteriores de esa disposición, y si la violación de que se trata, es semejante a los enumerados en la expresada fracción II, procede conceder el amparo.

Amparo penal directo 2193/33. Barbosa Joaquín. 11 de agosto de 1936. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

En ese orden de ideas, la Corte ha señalado que incluso el defensor de oficio, debe de contar con el título de licenciado en Derecho, a efecto de que, la garantía constitucional de una adecuada defensa, se brinde por un experto en la Ciencia Jurídica, lo que de hecho, se ve reflejado en la existencia del la Defensoria de Oficio en fuero federal y común, lo que refuerza la idea sustentada en este trabajo que, la persona de confianza no cumple con los requisitos de conocimientos y experiencia jurídica necesaria, para llevar a acabo un adecuada defensa en materia penal.

No. Registro: 188,418

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Noviembre de 2001

Tesis: 1a./J. 91/2001

Página: 9

“DEFENSOR PÚBLICO EN MATERIA PENAL FEDERAL. DEBE CONTAR CON TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO.

La fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé tres formas a través de las cuales el inculpado puede ejercer su defensa, a saber: a) por sí mismo, b) por abogado, y c) por persona de su confianza; y, además, dispone que en caso de que el inculpado no elija una de estas posibilidades, después de que haya sido requerido para ello, el Juez deberá nombrarle un defensor. En concordancia con esa disposición, el numeral 128, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales, en lo conducente señala que cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, deberán hacérsele saber los derechos que le otorga la Constitución Federal, entre otros, el de: "... Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio ...". Ahora bien, esa designación de defensor en materia penal efectuada por el Estado (órgano jurisdiccional o Ministerio Público), debe recaer en un defensor público, el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5o., fracción II, de la Ley Federal de Defensoría Pública, debe contar con título de licenciado en derecho. Lo anterior es así, porque el espíritu del legislador no fue otro que el de otorgar a los gobernados acceso a la justicia, y tal prerrogativa se colma, entre otros muchos aspectos, cuando se da la posibilidad a las personas de escasos recursos económicos, de que durante

el desarrollo del proceso al que se encuentran sujetos, estén asesorados por profesionales del derecho, por personas con capacidad en la materia que puedan defender con conocimiento jurídico y suficiente sus intereses, a fin de que su garantía de seguridad jurídica en los procedimientos penales se vea respetada. En contraposición con esa disposición, es claro que la designación que haga el propio inculcado de su defensa puede no satisfacer ese requisito; por tanto, el nombramiento de defensor podrá ejercerlo cualquier persona.

Contradicción de tesis 87/99-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. 27 de junio de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Eunice Sayuri Shibya Soto.

Tesis de jurisprudencia 91/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de tres de octubre de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente en funciones Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo.

No. Registro: 186,300

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Agosto de 2002

Tesis: XXI.1o.58 P

Página: 1272

DEFENSOR DE OFICIO EN MATERIA PENAL FEDERAL. DEBÍA CONTAR CON TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO EL DESIGNADO POR EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA, ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA.

De la interpretación sistemática del artículo 128, fracción III, inciso b), del Código Federal de Procedimientos Penales, según la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, en relación con el precepto 7o. de la Ley de la Defensoría de Oficio en el Fuero Federal, publicada el 9 de febrero de 1922 en el citado diario, abrogada mediante decreto publicado en el mismo medio el 28 de mayo de 1998, vigente hasta antes de la entrada en vigor de la Ley Federal de Defensoría Pública, se infiere que en la averiguación previa, cuando el inculpado hubiese sido detenido o se hubiere presentado voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, debían hacérsele saber los derechos que le otorgaba el citado artículo 128, entre otros, tener una defensa adecuada por sí, por abogado, por persona de su confianza, o si no hubiere querido o no hubiese podido designar se le nombraría desde luego un defensor de oficio; sin embargo, tal designación de defensor, para que cumpliera con las exigencias de los citados preceptos, debía recaer en un abogado que contara con título oficial y no en un pasante de derecho. Sin que pase inadvertido que el precepto citado en último término (artículo 7o.), establecía la dispensa del aludido requisito en los supuestos en que no hubiere profesionistas que aceptaran el cargo, circunstancia esta que, en su caso, el Ministerio Público de la Federación debía precisar.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 131/2002. 30 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Raquel Aldama Vega. Secretario: Rolando Muñoz Robledo.

Amparo directo 174/2002. 30 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Margarito Medina Villafaña. Secretario: Salvador Vázquez Vargas.

Amparo directo 175/2002. 30 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Raquel Aldama Vega. Secretario: Rolando Muñoz Robledo.

Amparo directo 191/2002. 30 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Margarito Medina Villafaña. Secretario: Salvador Vázquez Vargas.

Por último, en lo que respecta a éste apartado de la presente investigación y, como refuerzo de que las garantías del artículo 20 de la Ley Fundamental, son eso, garantías del gobernado, el Dr. Alberto del Castillo del Valle, al respecto, señala.

“En términos del último párrafo del apartado A, del artículo 20 constitucional, dentro de la averiguación previa, el indiciado es titular de las garantías previstas en las fracciones I, II, V, VII y IX, del mismo artículo, siendo las siguientes:

- a) Que se le otorgue la libertad provisional, cuando sea procedente (fracción I, así como artículo 2º, fracción IX, del Código Federal de Procedimientos Penales)
- b) Que no sea compelido a declarar (fracción II)
- c) Rendir declaración solamente en defensa de su defensor (fracción II).
- d) Las de ofrecer pruebas (fracción V)
- e) Otorgamiento de elementos de defensa (fracción VII)
- f) Que se le informen de sus derechos (fracción IX)
- g) La garantía de designar defensor (fracción IX)”⁹²

3.4. EL REPRESENTANTE COMÚN DE LA DEFENSA.

De acuerdo al maestro Carlos Barragán Salvatierra señala que el representante común es;

“El procesado puede designar uno o varios defensores, y a fin de enviar una anarquía en los actos de defensa designará un representante común y de no hacerlo lo hará el juez (art. 296 CPPFD). Esto no es exclusivo tratándose de particulares, también es para los de oficio.”⁹³

⁹² DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal, Ediciones Jurídicas ALMA, México, 2003, pág. 142

⁹³ BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, Op Cit, Pág. 239

Por su parte el Código Penal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala en su artículo. 296:

“Si el inculpado tuviere varios defensores estará obligado a nombrara a un representante común o, en su defecto, lo hará el juez.”⁹⁴

Don Rafael de Pina Vara lo define como;

“Es aquella persona que estando en el proceso civil como parte, es designada por las demás o por el juez de los autos para ostentar la representación de todas, en cumplimiento de la disposición legal que existe, siempre que dos o más personas ejerciten una misma acción u opongan las mismas excepciones. Que litiguen unidas bajo una misma representación (art. 53 del Código Civil de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).”⁹⁵

En el Derecho Procesal Civil y en general, en el Derecho Procesal, la figura de la representación común, deriva por una parte, de la existencia de varios actores y demandados que, por economía procesal, orden y congruencia, así como una toma de posición común, deciden nombrar a un representante común. Así lo señal el Código adjetivo del Distrito Federal

En efecto, el Código Civil de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el artículo 53:

“Existirá litisconsorcio necesario, sea activo o sea pasivo, siempre que dos o más personas ejerzan una misma acción u oponga la misma excepción, para lo cual deberá litigar unidas y bajo una misma representación.”

⁹⁴ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ISEF, op.cit. pág.51

⁹⁵ DE PINA VARA, Rafael, Op Cit, Pág.441

A este efecto deberán, dentro de tres días, nombrara un mandatario judicial, quien tendrá las facultades que en el poder se le hayan concedido, necesarias para la continuación de juicio. En caso de no consignar mandatario, podrán elegir de entre ellas mismas un representante común. Si dentro del término señalado no nombraren mandatario judicial ni hicieren la elección de representante común, o no se pusieren de acuerdo en ella, el juez nombrará al representante común escogiendo a alguno de los que hayan sido propuestos; y si nadie lo hubiere sido, a cualquiera de los interesados.

El representante común que designe el juez tendrá las mismas facultades que si litigara exclusivamente por su propio derecho, excepto las de desistirse, transigir y comprometer en árbitros. El que designen los interesados sólo tendrán estas últimas facultades, si expresamente le fueren concedidas por los litisconsortes

Así las cosas, cuando en este caso se da la figura del litisconsorcio (cuando existe pluralidad de partes en un proceso y, están unidos por identidad de causa, de objeto) de cualquier clase, el mandatario nombrado, o en su caso el representante común, sea el designado por los interesados por el juez, será el único que pueda representar a los que hayan ejercido la misma acción u opuesto la misma excepción, con exclusión de las demás personas.

El representante común o el mandatario designado por los que lo conforman un litisconsorcio, son inmediato y directamente responsables por negligencia en su actuación y responderá de los daños y perjuicios que causen a sus poderdantes y representados. El mandatario o el representante común podrán actuar por medio de apoderado o mandatario y autorizar personas para oír notificaciones en los términos del artículo 112 de este código.

El maestro Guillermo Colín Sánchez, conceptualiza al representante común como;

“El procesado puede designar un defensor, o todos lo que convengan a sus intereses. El legislador, con el fin de enviar anarquía en los actos de defensa, en el precepto correspondiente, indicó: si son varios los nombrados, se designará un representante común o en su defecto lo hará el juez (artículo 296 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal):

Esta disposición, no es únicamente para los defensores particulares, sino también para los de oficio.”⁹⁶

3.5. EL DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

De conformidad a lo establecido por el artículo 20 de la Ley Fundamental, el defensor en el proceso penal, adquiere tanto derechos como obligaciones.

En efecto, una vez que una persona ha asumido la defensa del gobernado sujeto a investigación criminal o bien, a proceso penal, asume no solo de forma la defensa jurídica de éste, además, contare obligaciones que de no cumplir, lo pueden incluso hacer merecedor de algún tipo penal.

El multicitado artículo 20 de la Constitución Federal, en su apartado A, establece garantías del inculpado o procesado y dentro de estas, la de designara un defensor privado o de oficio o bien, de confianza o por si mismo.

Así las cosas, una primera obligación del abogado defensor del presunto es la de conducirse con lealtad a su defendido, esto es, desplegar sus conocimientos a favor de su defensa y los intereses del mismo, buscando en todo caso siempre, su libertad e inculpabilidad.

En la Carta Magna, se establecen las principales obligaciones del abogado defensor:

⁹⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op Cit, Pág.250

- 1.- Solicitar la libertad de su defenso si es que procede y no de trata de delito grave, fracción I, apartado A, artículo 20 constitucional;
- 2.- Ofrecer pruebas a favor de su defendido, fracciones IV y V del citado artículo 20 constitucional;
- 3.- Formular las conclusiones de inculpabilidad y en su caso, interponer todo tipo de recursos que marque la ley, a favor de su cliente.

No. Registro: 195,728

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VIII, Agosto de 1998

Tesis: II.1o.P. J/2

Página: 697

“AUDIENCIA DE VISTA, OBLIGACIÓN DEL DEFENSOR DE COMPARECER A LA.

El artículo 87 párrafo primero, parte primera del Código Federal de Procedimientos Penales, establece que las audiencias se llevarán a cabo, concurran o no las partes, salvo el Ministerio Público, quien no podrá dejar de asistir a ellas; asimismo el párrafo segundo del mismo numeral precisa, que en la audiencia de vista será obligatoria la presencia del defensor, quien podrá hacer la defensa oral del acusado, sin perjuicio del alegato escrito que quiera presentar; en esa virtud si de los autos de segunda instancia se advierte que no obstante que el defensor particular del apelante fue legalmente notificado de la fecha y hora en que habría de celebrarse la audiencia de vista éste no concurrió, a pesar de la obligación que le impone el precitado artículo 87; y la aludida audiencia se celebró sin contar con la presencia de la defensa omitiendo hacer constar la razón de su incomparecencia, ello viola las garantías individuales del quejoso.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 437/97. Ofelia Morales Ramos. 28 de agosto de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Pérez de la Fuente. Secretario: Marco Antonio Téllez Reyes.

Amparo directo 538/97. Teresa Ramos Toledano o Teresa Toledano Ramos. 28 de agosto de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Pérez de la Fuente. Secretario: Marco Antonio Téllez Reyes.

Amparo directo 616/97. Alberto Rodríguez Arrayales. 9 de octubre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Pérez de la Fuente. Secretario: Jaime Arturo Cuayahuitl Orozco.

Amparo directo 656/97. Manuel Flores Arellano. 24 de octubre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Pérez de la Fuente. Secretario: Jaime Arturo Cuayahuitl Orozco.

Amparo directo 76/98. Miguel Ángel López Aguilar. 6 de marzo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Pérez de la Fuente. Secretario: Jaime Arturo Cuayahuitl Orozco.

En todo caso, siempre deberá de velar por los intereses del inculpado, pues de no hacerlo o bien, el de abandonar la defensa de su cliente sin justificación para ello, puede ser materia de delito como los son los tipificados en los artículos 310 del Código Penal para el Distrito Federal, que es el de fraude procesal; o el delito cometido por abogados, patronos y litigantes, previsto en el artículo 319 del Código Penal para el Distrito Federal.

Los Tribunales Federales, al respecto, han manifestado lo siguiente:

No. Registro: 182,209

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIX, Febrero de 2004

Tesis: VIII.2o.33 P

Página: 1042

“DELITO DE ABOGADOS, PATRONOS, DEFENSORES O LITIGANTES. NO SE MATERIALIZA CUANDO EL SUJETO ACTIVO CARECE DE LOS ATRIBUTOS LEGALES QUE DEFINE LA FIGURA TÍPICA DESCRITA EN LA LEY (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA).

Para la aplicación de las penas a que se refiere el artículo 233 del Código Penal vigente en el Estado de Coahuila, es indispensable que el sujeto activo tenga la calidad específica de abogado, patrono, defensor o litigante, pues sobre el particular, dicho precepto propone como hipótesis sancionables, en sus diversas fracciones, las siguientes: I. Abandono injustificado de asuntos. II. Asistencia jurídica dual contradictoria. III Alegatos falsos. IV. Promoción procesal antijurídica. V. Negligencia en la defensa de causas penales. VI. Promoción o intervención con falsedad en juicio, proceso o procedimiento judicial, administrativo o de cualquier orden legal. De tal suerte que si la sentenciada en el juicio de origen fue parte actora en el juicio laboral y con ese carácter se le atribuyen hechos falsos con el propósito de que se iniciara y continuara un juicio laboral en contra del sujeto pasivo, es evidente que carece de la calidad de sujeto activo a que se refiere el artículo 233 del código citado, es decir, no es abogado, patrono, defensor ni litigante, sin que obste la definición doctrinaria del concepto de "litigante", como la persona que participa en un proceso como parte o en representación de una de ellas, ya que el legislador fue claro y preciso al prever las penas y describir las conductas que se señalan como típicas en el delito de mérito, en las cuales únicamente pueden incurrir aquellas personas que ejercen esa actividad profesional, tan es así, que con independencia de las penas privativas de libertad y pecuniarias que estableció el legislador en el delito de trato, adicionalmente propuso otras dos, consistentes en la inhabilitación de un mes a dos

años del derecho de ejercer la actividad profesional y la de privación definitiva en caso de reincidencia para aquel abogado, patrono, defensor o litigante que pudiese incurrir en cualquiera de las hipótesis contenidas en las seis fracciones que integran el delito de referencia; de lo que se sigue que la quejosa no puede incurrir en dicho ilícito por carecer de la calidad que señala la descripción típica del delito que se le atribuyó; caso contrario, se estaría limitando el derecho a la defensa, ya que cualesquiera de las partes que no obtenga sentencia favorable sería reo de dicho ilícito, con la consecuente trasgresión a sus garantías de legalidad, seguridad jurídica y exacta aplicación de la ley.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo directo 396/2003. 16 de octubre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Arcelia de la Cruz Lugo. Secretario: Hugo Arnoldo Aguilar Espinosa.

No. Registro: 204,773

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: II, Julio de 1995

Tesis: IV.2o.5 P

Página: 227

“DELITO DE ABOGADOS, PATRONOS Y LITIGANTES. (LEGISLACION DE NUEVO LEON).

El artículo 233, fracción II, del Código Penal vigente en el Estado de Nuevo León, establece lo siguiente: "Se impondrá prisión de cuatro meses a tres años, al que incurra en los casos siguientes: ...Fracción II. Abandonar la defensa de un cliente o negocio, sin motivo justificado, y que de ello resulte daño." Por consiguiente, si de las constancias de autos se desprende que la quejosa aceptó el cargo de defensora

particular, formuló conclusiones absolutorias en favor de su defendido, compareció a la audiencia de vista, se notificó de la sentencia dictada en el proceso penal, interpuso recurso de apelación y en su oportunidad formuló los agravios procedentes; resulta evidente que en ningún momento abandonó la defensa de su cliente, sino que, por el contrario, como su abogada, estuvo al pendiente del proceso, interviniendo en diversas diligencias e interponiendo el recurso de apelación correspondiente en contra de la sentencia dictada en la causa, quedando pendiente únicamente que se pronunciara la sentencia de segunda instancia, lo cual es una función exclusiva de la autoridad judicial y la defensora ya no tenía ningún trámite que realizar al respecto.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 312/95. María de los Angeles López Arango. 31 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Barocio Villalobos. Secretario: Eduardo Ochoa Torres.

No. Registro: 185,261

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVII, Enero de 2003

Tesis: XVI.4o. J/6

Página: 1585

APELACIÓN EN MATERIA PENAL. AUDIENCIA DE VISTA, ANTE LA AUSENCIA DE DEFENSOR PARTICULAR EN LA, Y POR LA OMISIÓN DE FORMULAR AGRAVIOS, ES OBLIGACIÓN DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE NOMBRAR DEFENSOR DE OFICIO AL SENTENCIADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO).

La recta interpretación de los artículos 81, 82, 352 y 370 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, evidencian la necesidad de que el defensor comparezca a la audiencia de vista en la segunda instancia, con el fin de alegar y, en su caso, formular agravios. Esta obligación radica en la facultad que tiene el acusado para que a través del perito en derecho que le asiste en la causa, pueda hacer notar a la autoridad jurisdiccional todos aquellos aspectos que le beneficien, pues no obstante que en la materia existe la suplencia de la queja deficiente para el sentenciado en primera instancia, tal suplencia no elimina aquella facultad. De ahí que los diversos numerales antes aludidos hagan imprescindible que en esa instancia, el inculcado también cuente con un abogado defensor. Ahora bien, en situaciones en las que ni el apelante ni su defensor particular expresaron agravios al interponer el recurso, que en alguna medida constituye el ejercicio de la defensa, el hecho de no presentarse a la audiencia de vista ante el tribunal de apelación, lleva a la conclusión de que este último no alegó en favor de los intereses del procesado, por lo que, ante tal circunstancia, la Sala Penal del conocimiento, en el momento mismo de la audiencia, debe nombrar en el último de los extremos, al defensor de oficio adscrito, dándole la intervención que legalmente le compete, y de ser necesario difiera tal audiencia, porque de no hacerlo así, se cometería una violación procesal que trasciende al resultado del fallo y afecta las defensas del quejoso en términos de la fracción XVII, en relación con las diversas II y IX del artículo 160 de la Ley de Amparo.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 389/2001. 18 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Cruz García. Secretario: Arturo González Padrón.

Amparo directo 651/2001. 26 de abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Cruz García. Secretario: Arturo González Padrón.

Amparo directo 535/2002. 22 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretario: Manuel Francisco Hernández Acuña.

Amparo directo 566/2002. 22 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Cruz García. Secretario: Arturo González Padrón.

Amparo directo 419/2002. 4 de diciembre de 2002. Ponente: Guillermo Cruz García. Secretario: Alejandro Lemus Pérez.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Octubre de 2002

Tesis: III.2o.P.80 P

Página: 1357

“DECLARACIÓN PREPARATORIA DEL INculpADO SIN ASISTENCIA DE DEFENSOR. CONSTITUYE VIOLACIÓN PROCESAL QUE AMERITA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO. Atento lo dispuesto por los numerales 19, 20, apartado A, fracción III, constitucionales y 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, para dictar auto de formal prisión previamente el inculpado debe rendir su declaración preparatoria con la observancia de los requisitos legales; por tanto, si se recibe dicha declaración del implicado sin la asistencia de su defensor, tal omisión la afecta de nulidad, conforme al precepto 20, apartado A, fracción II, de la Constitución General de la República y constituye una violación a las leyes del procedimiento que transgrede las defensas del inculpado y que puede trascender al resultado del fallo; por ende, ante tal

irregularidad procede la reposición del procedimiento a partir de esa actuación, para que sea recabada de nueva cuenta su declaración con las formalidades de ley correspondientes y así el a quo resuelva la situación jurídica del indiciado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 20/2002. 15 de febrero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Ricardo Ramos Carreón. Secretario: Daniel Castañeda Grey.

Es por ello que la intervención del defensor en la etapa de la indagatoria y del proceso penal, es de suma importancia pues, aunque el presunto responsable fuere en su caso, licenciado en Derecho, ello no implica que pueda sostener una

adecuada, imparcial y objetiva defensa de los hechos que le imputan, razón por la cual siempre es deseable que , sea un abogado quine lleve la defensa pues, estando incluso privado de su libertad el sujeto, este se vería imposibilitado para poder reaccionar con la premura, la objetividad que son necesarios en este tipo de procesos, por lo que, la participación del abogado defensor, resulta de la mayor trascendencia e importancia en el proceso penal, de ahí que, este a rango de garantía del gobernado.

CAPITULO IV

LA ILEGAL ACTUACIÓN DE LA PERSONA DE CONFIANZA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

4.1. CONCEPTO DE PERSONA DE CONFIANZA.

Empezaremos definiendo el concepto de persona para después determinar que es la persona de confianza. De acuerdo al maestro Ignacio Galindo Garfias define a la persona como:

“Es el sujeto de derechos y obligaciones construyendo así la técnica jurídica, el concepto jurídico fundamental “persona”, que es indispensable en toda relación de derecho, en sentido de que todo hombre es persona “⁹⁷

Por su parte el maestro Rafael de Pina Vara define a la persona como:

“Ser físico (hombre o mujer), o ente moral (pluralidad de personas legalmente articulado) capaz de derechos y obligaciones.

En el tecnicismo jurídico los sujetos del derecho reciben el nombre de personas. Las personas son los únicos posibles sujetos de derecho. Persona es el ser de existencia física o legal capaz de derechos y obligaciones.

Existen dos clases de personas: la individual y la colectiva (llamada moral en el derecho mexicano). Persona individual es el ser físico (hombre o mujer); persona moral cualquier entidad que el ser constituya con sujeción al derecho, para la realización de fines que excedan de las posibilidades de la acción individual o que alcanzan mejor cumplimiento mediante ella.

⁹⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, Op. Cit., p. 319

La actitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas se designa con la palabra personalidad. Esta equivale a capacidad jurídica, que se desdobra en capacidad de derecho o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y capacidad de hecho, o capacidad para obrar, es decir, capacidad para dar vida a actos jurídicos.

Distinguen algunos autores entre capacidad y personalidad, entendiendo que esta implica la actitud para ser sujeto de derechos y obligaciones en general, mientras que aquélla se refiere a derechos y obligaciones necesariamente determinados. En este sentido se dice que la capacidad está ligada a las relaciones concretas para contratar, para testar, etc., y que la personalidad se nos ofrece, en cambio, inalterable.

En relación con las personas físicas, la capacidad jurídica, en su aspecto dinámico, como aptitud para obrar, aparece, a veces, limitada por circunstancias subjetivas de determinadas personas, sin que ello signifique, ni mucho menos, restricción o limitación de su capacidad jurídica considerada en abstracto.

Estas limitaciones o restricciones de la capacidad de obrar, históricamente, han sido establecidas por una variedad extraordinarias de causas, habiendo desaparecido, actualmente, en virtud del espíritu igualitario de las leyes modernas, las fundadas en el sexo, las clases sociales, las ideas políticas, las creencias religiosas, etc.”⁹⁸

Por otro lado el Diccionario de Legislación y Jurisprudencia ESCRICHE, define a la persona como:

“En derecho, no es lo mismo persona que hombre; hombre es todo ser humano considerado sin respecto alguno á los derechos que la ley garantiza ó la niega; Homo est, cuicumque mes razione preedita in corpore huinano contigit. Persona es el hombre

⁹⁸ DE PINA VARA, Rafael, Op Cit, pág. 404

considerado según el estado de que goza y que le produce ciertos derechos y deberes: Persona es est homo, cum statu cuuodam consideratus. Entre los romanos, quien habían consagrado la esclavitud era exacta la distinción; pues el esclavo despoja de toda especie de derecho, no era realmente persona, sino solamente hombre, sino ser humano, y aun nadabas que cosa, que podría comprarse y venderse como un mueble. Más entre nosotros no es rigurosamente verdadera semejante diferencia, sino en las colonia, pues no hay quien deje de gozar de algunos derechos. Las personas son el primer objeto del derecho, por que toda ley ha establecido por causa de ellas, omne jus personarum causa constitutum est; y de aquí es que los institutistas, siguiendo el orden de Justiniano, tratan primero de las personas, luego de las cosas, y después de las acciones; Heineccio. Recitaciones, lib. 1 tít.3.”⁹⁹

El mismo diccionario a su vez define lo que es la confianza, es importante definir que es confianza para poder posteriormente dar un significado de la persona de confianza, el cual nos dice lo siguiente:

“El pacto ó convenio hecho oculta y reservadamente entre dos ó mas personas, particularmente si son tratantes ó de comercio:- la reservación ó convenio oculto é ilícito, por el cual se da un beneficio eclesiástico con la condición de que deje los frutos {a otro durante la vida de este;- y la entrega ó depósito que hace uno de sus cosas o bienes en la persona de otro para que corran en su cabeza y nombre y aparezcan propios de aquel á quien no pertenece.”¹⁰⁰

El diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define lo que es el término confianza:

⁹⁹ DICCIONARIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESCRICHE, editorial Cardenas Editor y Distribuidor CCD, Tomo II, Madrid 1873, Pág. 1346

¹⁰⁰ DICCIONARIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESCRICHE, editorial Cardenas Editor y Distribuidor CCD, Tomo I, Madrid 1873, Pág. 486

“(De confiar). F. Esperanza firme que sé tiene de Alguien o algo. 2. Seguridad que alguien tiene en si mismo. 4.Ánimo, aliento, vigor para obrar. 5. Familiaridad (en el trato). 6. Familiaridad o libertad excesiva. 7. Desus. Pacto o convenio hecho oculta y reservadamente entre dos o mas personas, particularmente si son tratantes o del comercio. Dicho de una persona: con quien sé tiene trato intimo o familiar. Dicho de una persona en quien sé puede confiar. Dicho de una cosa: que posee las cualidades recomendables para fin a que sé destina. Con reserva e intimidad.

“Confiar: Encargar o poner al cuidado de alguien algún negocio u otra cosa, Depositar en alguien, sin mas seguridad que la buena fe y la opinión que de él se tiene, la hacienda, el secreto o cualquier otra cosa. Dar esperanza a alguien de que conseguirá lo que desea.”¹⁰¹

De conformidad con lo anterior podemos decir que la persona de confianza es aquella persona a la cual sé le brinda el cuidado, la representación, y que goza del animo, por parte de la persona presuntamente responsable en la materia penal, para cuidar, realizar actos, hechos, negocios u otras cosas, para que lograr su inculpabilidad de los actos imputados. Esa circunstancia en mi opinión cuando esa persona de confianza no es conocida del presunto y, se le designa por ministerio de Ley, para mi, resulta contraria al espíritu del legislador y de la norma jurídica, al desvirtuarse el bien que se persigue con ello.

4.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Encontramos que en las diversas legislaciones procesales mexicanas sé ha establecido el derecho a la defensa bajo las premisas de que:

- 1.- De que sea el mismo procesado quien sé defienda por si mismo, o
- 2.- Que otra persona lleve a cabo la defensa del inculpado.

¹⁰¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, vigésima segunda edición, TOMO III, Pág. 420, Madrid España.

El primer sistema de referencia es el más antiguo y el segundo es en el cual no se permite que el inculcado lleve su defensa por si mismo.

Actualmente, en nuestro país de conformidad a lo que señala el artículo 20 constitucional, se establece un sistema mixto mediante el cual corresponde al inculcado el llevar a cabo a su elección su defensa penal por si mismo, o mediante un defensor pudiendo ser este mismo, un perito en la materia como lo es licenciado en derecho, ó una persona que sin reunir el requisito de ser licenciado en derecho lo sea de su confianza, en el entendido de que la confianza a quedado ya definida en los puntos anteriores.

La razón de ser de la existencia en nuestra constitución de la denominada persona de confianza, obedece a que durante mucho tiempo en nuestro país no existían suficientes licenciados en derecho, para poder asesorar y representar en juicio a la persona que se le imputaba un delito, razón por la cual, se permitió que cualquier persona aún gozar del conocimiento de la ciencia jurídica pudiere llevar a cabo la defensa de cualquier persona ante las autoridades encargadas de la investigación y/o proceso en materia penal.

4.3. LA INTERVENCIÓN DE LA PERSONA DE CONFIANZA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Acorde a lo dispuesto por el artículo 20 constitucional, apartado A, fracción IX, el inculcado, presunto responsable, encausado, procesado, tendrá el derecho de ser defendido por un abogado, particular o de oficios pagado por el Estado o bien, pro si mismo llevar su defensa o bien, por una persona de confianza.

Como ya hemos anotado, este derecho constituye una verdadera garantía del gobernado en materia penal, que a dejado de ser una derecho de tipo meramente legal, para constituirse en parte del capítulo de las llamadas garantías individuales,

no sólo por contener en el apartado correspondiente a las garantías individuales de la Norma Fundamental, si no por lo que esta protegen, el bien máspreciado después de la vida, la libertad.

Bajo ese tenor, la constitucionalidad y por ende, la inclusión de esta figura en los diversos códigos adjetivos penales de toda la República, son el soporte de la legalidad de la referida actuación de la persona de confianza, en los ámbitos penales como son, el de la averiguación previa ante la Institución del Ministerio Público como ante el Juez Penal, ya en el respectivo proceso, por lo que en apego estricto a Derecho, la figura y la participación de la persona de confianza dentro del ámbito penal esta ajustada al marco legal positivo, esto es, su inclusión obedece a situaciones históricas y de facilidad de prontitud y expedición de la justicia a favor de los presuntos responsables en el campo del Derecho Penal, pero en la realidad jurídica esto a permitido por una parte, el abuso de esta figura por parte de las autoridades que tienen competencia para conocer de aspecto penales, principalmente, el Ministerio Público, con el objeto de perfeccionar sus indagatorias dentro de la averiguación previa pero, quedando constancia que sé le respetaron su derechos constitucionales al sujetó activo de la delito; y por otro, dejando en franca desventaja al procesado quién confía su defensa y por ende su libertad, a una persona que puede carecer de conocimientos jurídicos lo que en la especie, indiscutiblemente repercutirá en la resolución definitiva que sé dicte en el procedimiento respectivo.

Con lo anterior podemos concluir que la participación de la persona de confianza dentro de lo que es el ámbito penal ya sea, la averiguación previa o del proceso penal, si bien es cierto esta ajustada a Derecho por estar dada por el constituyente creador de la norma y, el constituyente permanente, en la legislación procesal respectiva, ya sea esta estatal o federal, ello no implica que estemos conformes o de acuerdo con la existencia de esa figura o bien, que esta este cumpliendo con los fines para los cuales fue establecida y creada la figura de la persona de confianza que, en la realidad jurídica, sé ha prestado a desventajas en perjuicio del inculpado o

procesado, al designársele en innumerables ocasiones, personas de confianza que no conocen al probable responsable únicamente para cumplir con una formalidad esencial del procedimiento y, no dejarlo en indefensión jurídica y que se vez, a la luz del Derecho que, se le respetaron sus garantías constitucionales y evitar con ello, las violaciones de tipo procesal que pudieren dar pauta a que en el juicio constitucional de amparo, se resolviera la reposición del todo el procedimiento penal , en su etapa de indagatoria o de instrucción ante el órgano jurisdiccional, por haberse omitido declarar ante persona de confianza. El principio de legalidad del 16 constitucional, se ve violentado en esta forma de manera tajante en perjuicio del gobernado.

Novena Época

Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVII, Febrero de 2003

Tesis: XXVII.6 P

Página: 1116

“PROCEDIMIENTO PENAL, INADECUADA DEFENSA EN ÉL. NO EXISTE VIOLACIÓN PROCESAL CUANDO SE ADVIERTE QUE EL QUEJOSO DESIGNÓ ASISTENCIA O DEFENSOR. Cuando el quejoso aduce violación a la fracción IX del apartado A del artículo 20 constitucional, argumentando que no gozó de una adecuada defensa durante su proceso, no ha lugar a considerar violadas las leyes que regulan el procedimiento penal, si de los autos se advierte que tanto en su declaración ministerial, como en preparatoria, las autoridades respectivas le hicieron saber que tenía derecho a ser asistido por un abogado o persona de su confianza y que aquél decidió nombrar como asistentes o defensores a determinadas personas, dado que con ello queda cubierto el requisito de defensa previsto en el precepto constitucional aludido, ya que sólo basta que el inculpado señale a las personas que desea que lo asistan, para que el Juez o el órgano ministerial queden relevados de designar al defensor de oficio, máxime si el código procesal para la entidad no

establece que conjuntamente con el asesor designado, deba nombrarse defensor de oficio.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 105/2002. 4 de septiembre de 2002. Unanimidad de votos.

Ponente: Vicente Mariche de la Garza. Secretaria: Grissell Rodríguez Febles.

No. Registro: 191,976

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional, Penal

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XI, Abril de 2000

Tesis: P. L/2000

Página: 69

DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. EL INDICIADO TIENE LIBERTAD PARA DESIGNARLO AUNQUE CAREZCA DE TÍTULO PROFESIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, FRACCIÓN IX, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL).

De acuerdo con lo dispuesto en el precepto constitucional mencionado, el acusado tiene una facultad amplísima para designar a la persona o personas que se encarguen de los actos de su defensa, pues ésta puede ser llevada por el propio sujeto o por otra persona que libremente designe, sin más limitación que la de ser de su confianza porque el Constituyente consideró necesaria la concesión de una plena libertad a los indiciados para decidir por quién desean ser defendidos dentro de un procedimiento penal, sin exigir que se trate de un profesional del derecho, pues una defensa adecuada no sólo la pueden ejercitar los profesionales del derecho, sino también diversos ciudadanos, que sin tener la calidad de abogados, debido a sus nexos de amistad o de parentesco con el inculpado, poseen mayor interés personal para ayudarlo y protegerlo o en el caso en que la defensa la ejerza por sí mismo, por tratarse precisamente del interesado, es notorio su interés en defenderse.

Amparo en revisión 1052/90. 17 de octubre de 1991. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Marcos García José.

Amparo directo en revisión 816/97. 15 de marzo de 1999. Once votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Felisa Díaz Ordaz Vera.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintiocho de marzo en curso, aprobó, con el número L/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de marzo de dos mil.

4.4. LA NULA CAPACIDAD DE LA PERSONA DE CONFIANZA EN SUS ACTOS DE DEFENSA.

De acuerdo al maestro José Alberto Silva Silva señala lo que para él es, la nula capacidad de la persona de confianza definiéndolo de la siguiente manera:

“El defensor será la “persona de confianza” del imputado (art. 20 const.), requisito que en alguna época se estableció de la ausencia en todo el país de licenciados en derecho. Hoy en día convendría su modificación, para exigir que todo defensor sea titulado. La práctica ha revelado que los defensores carentes de título comprometen la seguridad del enjuiciado, además de que en el fondo no son verdaderas “personas de confianza”, sino negociantes del derecho.

En lo que hace al sexo, no existe discriminación entre hombres y mujeres. Refiere pallas que originalmente las mujeres podían ser defensoras, pero que en la época de los viejos pretores, Caya Afrania canso la paciencia por sus excesos de palabra, al punto que prohibieron que las mujeres ejercieran la defensa.

Nuestra ley nada dice acerca de la edad, aunque por disposición del Código Civil, la capacidad de ejercicio requiere un mínimo de 18 años.

En lo que refiere a la capacidad subjetiva en concreto, el defensor debe carecer de impedimentos, a grado tal que, por ejemplo los defensores de oficio pueden excusarse (arts. 464 y 466).

Nuestra ley pone el acento a quienes carecen de *ius postulandi*. No pueden ser defensores- establece el artículo 160), CFPP- los que sé hallen presos ni los que estén procesados, tampoco podrán serlo los que hayan sido condenado por algunos de los delitos señalados en el capítulo II, título duodécimo del libro II del Código Penal (arts. 231, 232, y 233), ni los ausentes que, por el lugar en que sé encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que deban hacerse su nombramiento”.¹⁰²

En realidad la actuación de la persona de confianza dentro de la etapa de la indagatoria como del proceso penal desde nuestro muy particular punto de vista, resulta nula pues, como lo hemos reiterado con el apoyo de la doctrina especializada, al carecer de conocimientos jurídicos y base para poder llevar una certera y adecuada defensa penal, esta puede naufragar pues, lo que esta en juego es la libertad del indiciado o procesado, lo que repercutir en el fallo que al efecto pueda emitirse por la autoridad penal competente, y además, de que esto puede generar la continuación de la llamada practica muy socorrida de los tribunales mexicanos del denominado “ coyote”, que es, áquella persona que sin obtener el título de Licenciado en Derecho ejerce la carrera fuera de los juzgados penales o de las agencias del Ministerio Público y en infinidad de ocasiones, solo le saca dinero a los acusados o sus familiares, sin menoscabo de la falta de conocimientos jurídicos, practica muy socorrida en los aspecto de índole laboral, lo que, desde luego, no garantiza al sujetó del proceso penal que el éxito de su defensa sea el adecuado.

Bajo ese tesisura, resulta en la especie, una verdadera nula capacidad de la denominada persona de confianza en la defensa penal, por le desconocimiento de la Ciencia Jurídica, además que, en la practica jurídica, por mañas de los titulares de

¹⁰² SILVA SILVA, Jorge Alberto, Op Cit. Pág. 203.

las Agencias del Ministerio Público, acostumbran a los inculpados de una averiguación previa y, con el objeto de cubrir lo relativo a las garantías de los gobernados que sé consagran en la Constitución Federal, el indicarles que, mejor, al momento de rendir su primera declaración , este presente un amigo y familiar, desaconsejando la presencia de abogado defensor sobre todo si es particular, por lo que este en ejercicio de los intereses de su defendido, pueda hacer valer y asesorar al presunto, en el desarrollo de su declaración. Con eso, el Ministerio Público, ve cubierto el derecho de defensa sin incurrir en violación a los derechos constitucionales y procesales pero, como lo he señalado, con la intención dolosa de dejar en franco estado de indefensión, al indiciado en esa etapa procesal.

No. Registro: 182,885

Tesis aislada

Materia(s): Común

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVIII, Noviembre de 2003

Tesis: III.2o.C.7 K

Página: 933

“AUTORIZADO PARA OÍR Y RECIBIR NOTIFICACIONES EN EL JUICIO DE ORIGEN. NO ESTÁ LEGITIMADO PARA PROMOVER AMPARO EN REPRESENTACIÓN DE SU AUTORIZANTE SI NO SE LE RECONOCIÓ EL CARÁCTER DE ABOGADO PATRONO.

Conforme lo disponen los artículos 107, fracción I, de la Constitución Federal y 4o. de la Ley de Amparo, el juicio de garantías sólo podrá seguirse por el agraviado, por su representante, por su defensor si se trata de causa criminal, o por quien tenga personalidad reconocida ante las autoridades responsables con facultades para promover el juicio de amparo; verbigracia, un abogado patrono, un endosatario en procuración o un albacea, entre otros. Por otra parte, el artículo 13 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales establece que cuando los

interesados tengan reconocida su personalidad ante la autoridad responsable, tal personalidad será admitida en el juicio de amparo, siempre que se compruebe tal circunstancia con las constancias respectivas. Ahora bien, si en un procedimiento una de las partes designa a un profesionista como abogado patrono, y la autoridad responsable no le reconoce tal carácter, debe entenderse que solamente lo tuvo como autorizado para oír y recibir notificaciones, no así como abogado patrono, para que en ese supuesto estuviera en posibilidad de promover el amparo en representación de quien lo designó como tal, pues el carácter que le reconoció la autoridad responsable está limitado por las atribuciones que se le confieran, y ello no comprende la facultad para promover el juicio de amparo a nombre de su autorizante.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 20/2003. 28 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo Moreno Ballinas. Secretario: Armando Márquez Álvarez.

Amparo directo 196/2003. 23 de mayo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo Moreno Ballinas. Secretaria: Verónica Cintlali Burgos Flores.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, página 907, tesis XV.2o. J/7, de rubro: "PERSONALIDAD EN EL JUICIO DE AMPARO. RESULTA IMPROCEDENTE SU ACREDITACIÓN EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 13 DE LA LEY DE AMPARO, SI ÉSTA NO FUE RECONOCIDA POR LA AUTORIDAD RESPONSABLE."

No. Registro: 195,315

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VIII, Octubre de 1998

Tesis: II.1o.P.56 P

Página: 1100

APELACIÓN. DESIGNACIÓN DEL DEFENSOR DE CONFIANZA CON LA ASISTENCIA DEL DE OFICIO. LA OMISIÓN DE LA SALA DE TENER POR NOMBRADA A LA DEFENSA EN LOS TÉRMINOS CONFERIDOS, VIOLA GARANTÍAS INDIVIDUALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

El artículo 312 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, indica que una vez transcurrido el término de tres días que dicho precepto contempla, el tribunal revisará de oficio el toca, el expediente o su duplicado y determinará si el recurso fue interpuesto en tiempo, si es o no apelable la resolución recurrida, si se cumplió con lo ordenado por el artículo 310, y ha aceptado la defensa el defensor propuesto, en caso de no haberlo hecho, se le nombrará como defensor al de oficio y ordenará la tramitación de la alzada; en esa virtud si el apelante señala a su defensor de confianza para que lo patrocine en segunda instancia, asistido del defensor de oficio y al comparecer el primero acepta el cargo conferido con la asistencia del segundo y la Sala al emitir el acuerdo correspondiente omite tener como defensor de confianza al designado, en los términos conferidos, es decir con la asistencia del defensor de oficio, a quien también debió notificarse el proveído de mérito a fin de que estuviera en posibilidad de expresar agravios, es evidente que al no hacerlo dejó en estado de indefensión al quejoso pues no dio cabal cumplimiento al artículo 312 en mención.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 226/98. David Hernández Cruz. 21 de mayo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Pérez de la Fuente. Secretario: Bernardino Carmona León.

4.5. PROPUESTA DE REFORMA A LA CONSTITUCION Y LEYES ADJETIVAS PARA LA INTERVENCIÓN DE LA PERSONA DE CONFIANZA CON ASISTENCIA DE UN DEFENSOR PARTICULAR O DE OFICIO.

Como del presente estudio se ha desprendido, la actuación de la persona de confianza en las diligencias del orden penal, en mi opinión, no es correcta desde el

punto de vista de la eficiencia jurídica, sin embargo, si lo es, desde el punto de vista de la legalidad, esto es, que se esta permitido por la norma jurídica su actuación.

En efecto, la Constitución por la materia de que se trata, ha buscado que, el inculpado o procesado en materia penal, pueda gozar de una amplitud y derechos en su favor, bajo el principio de que todos somos inocentes, hasta que se demuestre lo contrario y, esa garantía de seguridad jurídica se traduce en los derechos que se consigan en la Ley Fundamental y en los diversos ordenamiento adjetivos penales del fuero federal y común, convertidas en verdaderas garantías del gobernado, y dejando de ser por ende, meros derechos de tipo procesal.

En esa tesitura, el derecho de defensa no solo es de rango constitucional sino que, se permite que incluso una persona por el solo hecho de ser depositario de la confianza del presunto responsable, pueda intervenir en la defensa de este, aun y que no cuente con la capacidad técnica ni experiencia para ello, lo que he demostrado en este estudio, puede acarrear, una desventaja para el inculpado pues, poner su bien máspreciado después de la vida que es la libertad, en manos de una persona carente de la practica profesional en ciencia tan compleja, es una desventaja frente al inmenso poder coercitivo del Estado, representado por el órgano acusador, el Ministerio Público.

Además, hemos visto que, en su caso, de ser esa la opción del sujeto activo del ilícito penal, de escoger no un abogado particular ni el de oficio, eso resulta irrelevante pues, la legislación procesal obliga a que el Juez, le designe como coadjutor, a la persona de confianza, un abogado defensor de oficio, lo que en la especie, nulifica la intervención de la persona de confianza y hace irrelevante su participación en las diligencia penales que, como he anotado a lo largo del presente, solo sirve para que las autoridades como la Institución del Ministerio Publico, cumpla con dar las garantías constitucionales en la etapa de la indagatoria al indiciado y, evitar con ello una violación a sus derechos, sin que ello implique, una adecuada defensa del inculpado, lo que se ve reflejado en la posible consignación a los

Tribunales Penales. Así, la autoridad que es la primera obligada a respetar la ley, la cumple pero sin dar certeza al mandato de la misma, una eficiente garantía de defensa.

Así las cosas, a efecto de cumplir con la intención del Constituyente de procurar una adecuada defensa del inculpado en materia penal, no basta con que esta, se encuentre a favor de una persona de confianza que puede o no, contar con los conocimientos de la Ciencia Jurídica, lo que en la especie, vendría más a ser un retraso en perjuicio del procesado por una inadecuada defensa, que una correcta defensa penal, en manos de peritos como lo son, los licenciados en Derecho ya sean particulares o de los abogados de oficio o lo que es más grave y de continua práctica en la realidad de las Agencias del Ministerio Público, el designar a personas de confianza de un presunto responsable, a una persona que trabaja para la propia autoridad, y con ello, dar cumplimiento al mandato constitucional de la garantía de defensa.

Es por ello que propongo se modifique la Constitución Federal y los diversos ordenamientos procesales penales, para que, en caso de que el sujeto incoado a investigación o proceso penal, pueda designar un abogado particular y en su defecto, sea una obligación del Estado, el designarle un abogado defensor de oficio de los que integran la Institución de la Defensoría Pública, lo que en la realidad, haría visible la garantía de una defensa adecuada y efectiva, sin que para ello, sirvan como excusa, lo que las autoridades investigadoras señalen, que, en algunas ocasiones debido a lo lejano del lugar donde se encuentra la investigación, por la orografía del país, se retrasaría la justicia o bien, el ejemplo más patente, como puede un extranjero que es detenido en el país, se le designe como persona de confianza, a una persona que nunca había visto ni conoce, pero que, en la realidad del México de hoy, acontece todos los días cuando se les detiene para investigación por la presunta comisión de delitos y, ante la ausencia de abogado y por los términos procesales que se le vencen al investigador de los delitos, este para cumplir con la disposición constitucional le nombra a una secretaria de la Agencia

Investigadora o incluso, a un miembro de la policía que depende de él, lo que demuestra lo absurdo de la existencia de la persona de confianza en el Derecho Penal, al no cumplir con su misión.

Por ello, debe de obligarse el Estado a respetar las garantías constitucionales en materia penal, mediante la instauración de la obligatoriedad de instruir una averiguación previa o un proceso penal, con la presencia de un abogado particular o de oficio y no una persona de confianza por lo cual propongo que el artículo 20 constitucional apartado A fracción IX que a la letra dice:

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrá las siguientes garantías:

Del inculpado:

Fracción 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 lo requiera; y

Fracción X...

De esta manera lo que propongo y pido se reforme el artículo 20 constitucional apartado A fracción IX quedando de esta forma:

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrá las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

Fracción 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 si, por abogado, o por persona de su confianza. Esta ultima siempre y cuando sea asistida por abogado de oficio o particular o en su caso por pasante en derecho acreditándolo con cedula profesional o carta de pasante expedida por la Ley General de Profesiones. 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 lo requiera; y

Fracción X...

Por lo que considero que es una reforma importante en mi propuesta de tema del artículo 20 constitucional apartado A fracción IX así como en las demás legislaciones secundarias derivadas de esta garantía constitucional que tiene el inculpado en materia penal.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El ejercicio de la acción penal en México, constitucionalmente compete a la institución del Ministerio Público, con la excepción que la propia Constitución establece en la fracción XVI del artículo 107, referida al incidente de cumplimiento de sentencia de amparo por repetición del acto reclamado, en donde, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, puede consignar a una autoridad responsable ante un Juez de Distrito, sin necesidad de que se integre la averiguación previa.

SEGUNDA.- El derecho de defensa del inculpado o procesado en un caso del orden penal, se encuentra consagrado en el artículo 20 de nuestra Constitución.

TERCERA.- El derecho de defensa en materia penal no es un simple derecho de carácter procesal inscrito en los Códigos adjetivos penales, sino que, se convierte en una garantía del gobernado no sólo por incluirse en el capítulo de las garantías individuales de la Carta Magna, si no por el ámbito tutelar de protección que establece en esta materia.

CUARTA.- El derecho de defensa del inculpado se encuentra contemplado en nuestra Constitución, por tal motivo corresponde a las autoridades administrativas de procuración de justicia y autoridades judiciales en materia penal respetar, conceder y vigilar el cumplimiento de esta garantía.

QUINTA.- El Derecho de defensa del presunto responsable como garantía constitucional obliga al Estado, a no dejar sin una defensa en materia penal a los sujetos investigados en las indagatorias o en los procesos penales, mediante la elección de un abogado defensor particular, uno de oficio que le proporcione el Estado o bien, por sí mismo o a través de una persona de confianza.

SEXTA.- El derecho de defensa es una garantía constitucional que obliga al Estado a respetar este derecho, mediante el nombramiento de un abogado o una persona de confianza para el sujeto activo; sin embargo, considero que éste derecho se viola, cuando la persona de confianza no cuenta con los conocimientos jurídicos para proporcionar una defensa correcta en un proceso penal.

SÉPTIMA.- La posibilidad de elegir a una persona de confianza que no cuente con los conocimientos jurídicos en la materia origina que el derecho de defensa no se cumpla de manera exacta, ya que al no contar con los conocimientos requeridos podría ocasionar un problema legal para el defendido.

OCTAVA.- Resulta contradictorio que la Constitución y los Códigos adjetivos federal y estatales, obliguen a designar a un abogado de oficio para que asesore a la persona de confianza que haya designado el sujeto activo, ya que finalmente quien llevará a cabo la defensa será el abogado de oficio y no la persona de confianza.

NOVENA.- En la práctica, es común observar que en las distintas Agencia del Ministerio Público, esté último, aconseje al presunto responsable para que en vez de designar a un abogado particular; señale como abogado, a una persona de confianza la cual puede ser algún familiar o amigo, con el evidente deseo de dejarlo en estado de indefensión, pero al mismo tiempo cumplir con su derecho de defensa, consagrado en el artículo 20 de nuestra Constitución, a efecto de no vulnerar sus garantías, circunstancia que a mi punto de vista, es más violatoria del Estado de Derecho.

DÉCIMA.- Por lo expuesto en las conclusiones anteriores; considero, que deben modificarse las leyes, con el propósito de suprimir la existencia de la persona de confianza y que se establezca la obligación al Estado de que cuando alguna persona no pueda pagar un Licenciado en Derecho particular, se le designe a un abogado de oficio, eliminando a la persona de confianza, lo cual creo, fue el verdadero deseo del

Constituyente para que el sujeto activo reciba una adecuada defensa en materia penal.

Por mis anteriores conclusiones considero que la reforma al artículo 20 apartado A fracción IX así como de los demás códigos adjetivos debe de quedar de la siguiente manera:

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrá las siguientes garantías:

Del inculpado:

Fracción 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 lo requiera; y

Fracción X...

De esta manera lo que propongo y pido se reforme el artículo 20 constitucional apartado A fracción IX quedando de esta forma:

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrá las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

Fracción 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 si, por abogado, o por persona de su confianza. Esta ultima siempre y cuando sea asistida por abogado de oficio o particular o en su caso por pasante en derecho acreditándolo con cedula profesional o carta de pasante expedida por la Ley General de Profesiones. 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 lo requiera; y

Fracción X...

Por lo que considero que es una reforma importante en mi propuesta de tema del artículo 20 constitucional apartado A fracción IX así como en las demás legislaciones secundarias derivadas de esta garantía constitucional que tiene el inculgado en materia penal.

PROPUESTA

Mi propuesta de tema de tesis sobre el Inculpado que consagra la Garantía Constitucional en su artículo 20, apartado A, fracción IX, el cual es motivo de mi preocupación, así como de la importancia trascendental que tiene en la sociedad la persona de confianza ante el Ministerio Público, ya que la defensa de toda persona inicia con la buena preparación y profesionalismo de quien la llevará a cabo, es la de proponer con argumentos Jurídicos y sustentada en situaciones reales, el que sea invariablemente un Licenciado o Pasante de Derecho, por que desafortunadamente en nuestro sistema jurídico en muchas ocasiones quien lleva a cabo la defensa es como textualmente se cita “Persona de confianza” no implica que tenga conocimiento jurídicos y esto conlleva a una situación de desventaja durante la Declaración hecha ante Ministerio Público, por lo que propongo:

Solicito se reforme el artículo 20 Constitucional, apartado A, fracción IX, así como las leyes secundarias que deriven de la garantía consagrada a la defensa del inculpado.

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrá las siguientes garantías:

Del inculpado:

Fracción 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 lo requiera; y

Fracción X...

De esta manera lo que propongo y pido se reforme el artículo 20 constitucional apartado A fracción IX quedando de esta forma:

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrá las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

Fracción 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. Esta última siempre y cuando sea asistida por abogado de oficio o particular o en su caso por pasante en derecho acreditándolo con cédula profesional o carta de pasante expedida por la Ley General de Profesiones. 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 lo requiera; y

Fracción X...

BIBLIOGRAFÍA

1. BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. **DERECHO PROCESAL PENAL.** S.N.E., Editorial Mc Graw Hill, México 2001.
2. CARRILLO PATRACA, Joaquín. **ESTUDIOS JURÍDICOS.** Editorial Universidad Veracruzana, segunda edición, México 1975.
3. CARDENAS RIOSECO, RAÚL F. **EL DERECHO DE DEFENSA EN MATERIA PENAL.** Editorial Porrúa, S.N.E., México 2004.
4. CERDA LUGO, Jesús. **LOS DELITOS SEXUALES EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.** S.N.E, Ediciones Jurídicas Alma, México 2004.
5. COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. **DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.** Décima quinta edición, México 1995.
6. DE PINA VARA, Rafael. **DICCIONARIO DE DERECHO.** Editorial Porrúa, segunda edición, México 1970.
7. DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. **GARANTIAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL.** Ediciones Jurídicas Alma, México 2003.
8. DIAZ DE LEON, Marco Antonio. **CÓDIGO PENAL FEDERAL COMENTADO.** Editorial Porrúa, séptima edición, México 2003.
9. FIX ZAMUDIO, Héctor y FIX FIERRO, Héctor. **EL CONSEJO DE LA JUDICATURA.** Cuadernos para la reforma de la jurisprudencia, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1996.

10. FENECH, Miguel. **DERECHO PROCESAL PENAL.** Editorial Labor, Barcelona 1960.
11. GALINDO GARFIAS, Ignacio. **DERECHO CIVIL PARTE GENERAL.** Editorial Porrúa, México 1987.
12. GARCIA RAMÍREZ, Sergio. **DERECHO PROCESAL PENAL.** Editorial Porrúa, S.N.E., México 1974.
13. GARCIA RAMÍREZ, Sergio. **CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL.** Editorial Porrúa, quinta edición, México 1989.
14. GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. **PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO.** Editorial Porrúa, novena edición, México 1991.
15. GONZALEZ JIMÉNEZ, Arturo. **APUNTES DE TEORÍA GENERAL DEL ESTADO.** Ediciones Jurídicas Alma, México 2003.
16. GOMEZ LARA, Cipriano. **DERECHO PROCESAL CIVIL.** Editorial Trillas, segunda edición, México 1985.
17. HERNÁNDEZ ACERO, José. **EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO.** Ediciones Especiales, México 1997.
18. HERRERA Y LASSO, Eduardo. **GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL.**
19. MANUAL DEL JUSTICIABLE MATEIA PENAL, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, S.N.E., México 2004.

20. MARGADANT FLORIS, Guillermo. **DERECHO ROMANO.** Editorial Esfinge, 11 edición, México 1982.
21. MOLINER, Maria. **DICCIONARIO DEL USO ESPAÑOL.** Editorial Gredos, 2 edición, Tomo I, España 1998.
22. OSORIO Y NIETO, Cesar. **LA AVERIGUACIÓN PREVIA.** Editorial Porrúa, séptima edición, México.
23. OVALLE FAVELA, José. **TEORIA GENERAL DEL PROCESO.** Editorial Harla, segunda edición, México 1994.
24. PALLARES, Eduardo. **¿ QUE ES UNA CONSTITUCIÓN?.** Distribuciones Fontamara, México 1994.
25. RIVERA SILVA, Manuel. **EL PROCEDIMIENTO PENAL.** Editorial Porrúa, 39 edición, México 1963.
26. SILVA SILVA, Jorge. **DERECHO PROCESAL PENAL.** Editorial Harla, S.N.E., México 1995.
27. ZAMORA- PIERCE, Jesús. **GARANTIAS Y PROCESO PENAL.** Editorial Porrúa, octava edición, México 1996.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

28. **DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA**, Real Academia Española, 21 Edición, Madrid.

29. **DICCIONARIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESCRICHE**,
cárdenas, Editorial Editor CCD Tomo I Madrid 1873.
30. **DICCIONARIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESCRICHE**,
Editorial cárdenas, Editor CCD Tomo II Madrid 1873.
31. **DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA**, vigésima segunda edición,
Tomo III, Madrid España.
32. **ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA**, Driskill Aries 1979.

LEGISLACIÓN Y OTROS

33. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**,
Editorial Porrúa, 146 Edición, México 2006.
34. **LEY REGLAMENTARIA DEL ARTICULO 5° CONSTITUCIONAL, LAS
PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL**, Editorial SISTA; México 2006.
35. **CÓDIGO CIVIL FEDERAL**, Editorial SISTA; tercera edición, México 2006.
36. **CÓDIGO PENAL FEDERAL**, Editorial SISTA; Tercera Edición, México 2006.
37. **CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES**, Editorial SISTA;
México 2006.
38. **CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO
FEDERAL**, Editorial SISTA, México 2006.