

2 ej.
148



Universidad Nacional Autónoma de México

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

" ARAGON "

**NATURALEZA JURIDICA DEL DEFENSOR DE OFICIO
EN LA AVERIGUACION PREVIA**

T E S I S

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

FRANCISCO TRUJILLO REYES

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEX.

1986



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

INDICE

NATURALEZA JURIDICA DEL DEFENSOR DE OFICIO EN LA AVERIGUACION - PREVIA.

INTRODUCCION..... I

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DEPECCHO DE DEFENSA EN MEXICO.

1. Motivos de Estudio del Orden Histórico.....	1
2. Epoca Precolonial.....	2
2.1. Derecho Azteca.....	3
2.2. Derecho Maye.....	5
3. Epoca de la Colonia.....	6
3.1. Derecho Indiano.....	7
3.2. El Procedimiento Penal en la Colonia.....	9
3.3. Los Tribunales Durante la Epoca Colonial.....	10
3.3.1. El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en la - Nueva España.....	11
4. México Independiente.....	13
4.1. Constitución de 1824.....	14
4.2. Constitución de 1857.....	15
4.3. Código Penal de 1871.....	16
4.4. Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y 1894.....	17
4.5. Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903.....	18
4.6. Constitución de 1917.....	19

CAPITULO II

EL DEPECCHO DE DEFENSA.

1. La Defensa Como Derecho Natural y Garantía Individual.....	20
---	----

2.La Sociedad y su Interés Directo en la Defensa del Acusado..	22
3.Clases de Defensa.....	24
3.1.La Defensa en Sentido Lato.Defensa Material y Formal.Defen sa Genérica y Específica.Defensa Material y Técnica.Defen sa Subjetiva y Objetiva.....	24
3.2.Defensa en Sentido Estricto.Defensa Propiamente Dicha y -- Excepciones.Defensa Exolícita e Implícita.Defensa Directa e Indirecta.Defensa Positiva y Negativa.....	27
3.3.Defensa en Sentido Legal.Defensa Activa y Consultiva.....	30
4.Concepto de Defensa.....	31
4.1.Elemento Subjetivo.....	31
4.2.Elemento Objetivo.....	32
4.3.Carácter Procedimental.....	32
4.4.Elemento Personal.....	34
4.5.Elemento Formal.....	35
5.Representación, Procuración y Sustitución.....	36
6.Fines de la Defensa Penal.....	39

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL DEFENSOR DE OFICIO EN LA AVERIGUACION - PREVIA.

1.Análisis del Artículo 20 Constitucional, Fracción IX.....	44
1.1.Derecho a Ser Oído en Defensa.....	46
1.2.Naturaleza Jurídica del Defensor.....	48
1.3.El Defensor Debe Ser Abogado.....	53
1.4.Momento en que Surge el Derecho a Nombrar Defensor.....	54
2.Ordenamiento Jurídico que Regula la Existencia del Defensor- de Oficio en la Averiguación Previa.....	59
2.1.Exposición de Motivos que Fundamentan la Creación del Ar- tículo 134 bis.....	60

3. Análisis del artículo 134 bis, Párrafo IV del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.....	62
3.1. Calidad de Detenido del Titular del Derecho a Nombrar Defensor.....	62
3.2. Momento (Averiguación Previa) en que Surge el Derecho a Nombrar Defensor.....	71
3.3. El Ministerio Público como Autoridad que Puede Nombrar Defensor de Oficio.....	80
3.4. Facultad de Realizar la Defensa por Medio de Abogado, Persona de Confianza o Defensor de Oficio.....	91
3.4.1. Concepto de Defensor de Oficio.....	98
4. Ley y Reglamentos de la Defensoría de Oficio.....	104
4.1. Defensoría de Oficio Federal.....	104
4.2. Defensoría de Oficio del Puerto Común.....	107

CAPITULO IV

EL DEFENSOR DE OFICIO EN LA AGENCIA DEL MINISTERIO PUBLICO.

1. El Defensor de Oficio Como Personal de una Agencia del Ministerio Público.....	114
2. Obligaciones y Funciones Específicas del Defensor de Oficio en la Averiguación Previa.....	119
3. Nombramiento y Aceptación del Cargo.....	128
4. Declaración del Indiciado.....	132
5. Aportación de Pruebas.....	137
6. Resolución.....	140
CONCLUSIONES.....	144
BIBLIOGRAFIA.....	154

INTRODUCCION

La realización de la presente tesis se fundamenta en la creación del artículo 134 bis, del Código de Procedimientos Penales - del Distrito Federal, que da origen a la defensoría de oficio en la etapa de averiguación previa, y que motiva en este trabajo el estudio de la defensa como institución del procedimiento penal y al defensor como parte integral de ésta.

La defensa es un derecho natural y subjetivo del hombre, por tanto se presenta desde las primeras civilizaciones de nuestro país, adquiriendo a través del tiempo mayor objetividad al ser regulada por los diferentes ordenamientos jurídicos, convirtiéndose en la actualidad en una institución necesaria para nuestro Derecho, ya que el procedimiento penal descansa sobre tres pilares -- que son: La defensa, la acción y la jurisdicción, elementos indispensables y sin los cuales no podría darse la impartición de justicia, pues ante la pretensión punitiva como tesis que sostiene el Ministerio Público, la defensa sostiene la antítesis, dejando al órgano jurisdiccional la facultad de realizar la síntesis, luego entonces no es posible pensar en la una sin la otra.

El fundamento constitucional del derecho de defensa es el artículo 20 fracción IX, que además da la facultad de realizarla por medio de defensor, pudiendo ser éste particular o de oficio, originando con éste una figura cuya naturaleza jurídica ha sido muy discutida (el defensor).

De acuerdo a la constitución, el defensor de oficio interviene a partir de que se toma la declaración preparatoria (artículo

II

20 fracción IX), pero con la creación del artículo 134 bis del Código Adjetivo Común se amplía el campo de acción del defensor de oficio hasta la etapa de averiguación previa, surgiendo con esto una especial problemática, saber si la intervención del defensor de oficio en esta etapa del procedimiento penal es adecuada y si éste puede realizar su función, además establecer en determinado momento si el Ministerio Público, mediante la designación de oficio puede nombrar defensor cuando el indiciado no lo ha hecho, y si ésto es acorde con sus funciones.

El defensor debe buscar en su actividad determinados fines que la defensa penal establece, como garantía individual de seguridad jurídica que es, y como garantía del procedimiento penal, - pues la indefensión sería símbolo de atraso en cualquier régimen jurídico.

La defensoría de oficio e nivel averiguación previa, fue - creada para los fines del artículo 134 bis, bajo la dependencia - del Departamento del Distrito Federal, surgiendo con esto una organización encargada de prestar los servicios de defensa de oficio en la etapa de averiguación previa y creando al mismo tiempo un cuerpo de defensores con obligaciones y funciones específicas que cumplir en las diferentes agencias investigadoras del Ministerio Público, como abogados dependientes del estado que son y - que deben intervenir en todos aquellos casos en que el indiciado - no nombre defensor particular, sea que los nombre el inculpa- - do por designación de parte o el Ministerio Público por designación de oficio, independientemente de que el indiciado tenga o no re-

III

cursos económicos para sostener su defensa, esto con el fin de - que no exista la indefensión en ninguna etapa del procedimiento-penal.

Francisco Trujillo Reyes

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DERECHO DE DEFENSA EN MEXICO.

1. Motivos de Estudio del Orden Histórico. 2. Epoca Precolonial: 2.1. Derecho Azteca; 2.2. Derecho - Maya. - 3. Epoca de la Colonia: 3.1. Derecho Indiano; 3.2. El Procedimiento Penal en la Colonia; 3.3. - Los Tribunales Durante la Epoca Colonial; 3.3.1. Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en la Nueva España. - 4. México Independiente: 4.1. -- Constitución de 1824; 4.2. Constitución de 1857; - 4.3. Código Penal de 1871; 4.4. Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y 1894; 4.5. Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903; 4.6. Constitución de 1917.

1. Motivos de Estudio del Orden Histórico.

La historia del Derecho Mexicano tiene por objeto hacer una reseña de las instituciones jurídicas desde la época precolonial hasta la actualidad, así como su evolución, causas y también sus efectos. "...Si pensamos como Picard que el Derecho es una creación continua si tal es, se pregunta el autor cómo ha de comprenderse lo que se va a agregar a la serie si no se conocen los eslabones anteriores..." (1).

El origen de algunas instituciones de nuestro derecho procesal no son producto de nuestra época ni se han dado en nuestro medio surgen por su primordial importancia en las antiguas civilizaciones, aunque de una manera muy incipiente como es el caso del derecho de defensa, que va ligado al derecho natural de defenderse de cada persona, por este motivo cuando nace la necesidad de castigar a los delincuentes mediante la aplicación del Derecho, también se hace presente la necesidad del derecho de defensa del inculcado, para no incurrir en errores graves como sería castigar a un inocente o aplicar un castigo equivocado.

El procedimiento penal surge como necesidad social de castigar los actos delictuosos, pero a la vez para no castigar injustamente se hace un proceso al inculcado en el cual se probará su culpabilidad o él mediante la defensa podrá comprobar su inocencia. (2)

(1) Mendieta y Nuñez, Lucio. Derecho Precolonial. 4a. ed: Porrúa; México, 1981. pág. 18.

(2) García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Porrúa México, 1980. pág. 55.

De esta forma el estudio histórico del derecho de defensa - va ligado a la evolución del procedimiento penal, ya que es dentro de él donde se le da forma y validez; las diferentes etapas - por las que ha pasado el procedimiento han repercutido en la aplicación del Derecho, la defensa no ha sido la misma en la etapa acusatoria, inquisitoria o mixta, al igual en nuestro país los cambios que ha sufrido el procedimiento han limitado o permitido la defensa penal.

Es necesario históricamente estudiar las instituciones en su evolución y transformación a través del tiempo hasta llegar a su configuración actual, cualquier punto de contacto entre la legislación de los pueblos interesa, sus costumbres, su moral, su religión, más aun sabiendo que tenían un derecho consuetudinario, - todo esto dirigido a las diferentes aplicaciones que han tenido en el tiempo.

2. Epoca Precolonial.

En la época precolonial ya se puede hablar de la existencia de la aplicación del Derecho, pues ya funcionaban tribunales cuya organización era diferente en razón a las necesidades de los reinos, el delito y al sujeto infractor, también había personas encargadas de la función jurisdiccional.

En el derecho precolonial era menester un procedimiento que justificara la aplicación de castigos y penas, dentro de este procedimiento el inculcado podía defenderse por sí mismo, que es la primer forma de defensa que surge en el derecho consuetudinario.

Nuestro territorio estuvo ocupado por diversas tribus indígenas; el Derecho no se aplicó de igual forma en estos pueblos precoloniales aunque había semejanzas las normas jurídicas eran-

distintas; pero los historiadores han concedido mayor importancia al reino de México por ser el más civilizado y fuerte que logró extender su poderío a numerosos pueblos, también se ha concedido importancia a las instituciones mayas, de esta forma los podemos destacar como los principales exponentes del derecho precolonial.

2.1. Derecho Azteca.

En la organización judicial de los aztecas el rey era la autoridad suprema, jefe del ejército y su poder no tenía límite legal, éste nombraba a un magistrado supremo que tenía la facultad de fallar en definitiva las apelaciones en los casos criminales, éste a su vez nombraba por territorios a los tribunales inferiores que eran colegiados, compuestos de tres o cuatro jueces, tribunales que conocían de asuntos civiles y penales, los fallos de éstos últimos eran apelables; de menor jerarquía eran los jueces de competencia limitada, que conocían de asuntos de poca importancia y por último cierto número de policías.

Los actos que se consideraban delictuosos estaban clasificados en leves o graves y a cada cual le correspondía una pena que iba acorde con el delito, las penas eran muy crueles, se ejecutaban en forma pública para vergüenza del infractor por ejemplo:-- los delitos de aborto, adulterio, asalto, calumnia, homicidio, incesto en primer grado y traición, se les aplicaba la pena de muerte; el daño en propiedad ajena se castigaba con la esclavitud si era por haber matado a esclavo de persona ajena y con la muerte si era por destrucción de maíz; la embriaguez se castigaba trasquilándolos públicamente; y el robo se castigaba con la esclavitud, esto solo por nombrar algunos de los delitos contenidos en el de

recho penal azteca.

La persecución de los delitos se llevaba a cabo de oficio y era necesario para iniciarla aún el simple rumor público. El procedimiento era oral levantándose a veces un protocolo mediante jeroglíficos, las principales sentencias fueron redactadas en pictografía y luego conservadas en archivos oficiales, ningún procedimiento podía durar más de ochenta días, se admitía como prueba la documental, la testimonial, la confesión, los indicios y también se acostumbraban los careos.

Es indiscutible que el derecho de defensa ya existía entre los aztecas, pero algunos autores opinan que se ejercía por sí mismo y otros, que podía el inculpado nombrar persona para que lo defendiera. "...El acusador y acusado hacían su acusación o defensa respectivamente por sí mismos, esto se comprende fácilmente si se tiene en cuenta la sencillez de la vida jurídica, el corto número de leyes y la simplicidad del mecanismo judicial, el derecho era fácilmente abordable para todos..." (3).

Sahagún afirma que las partes podían asistir acompañadas de sus procuradores.

Colín Sánchez nos dice, "...Existía el derecho a favor del acusado para nombrar defensor o defenderse por sí mismo..." (4).

De tal forma el acusado llevado a procedimiento podía ejercer su derecho de defensa mediante el uso de las pruebas ya citadas anteriormente, aunque en los delitos más graves el juicio era

(3) Mendieta y Nuñez, Lucio. Ob. Cit. pág. 144.

(4) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 3a. ed: Porrúa; México, 1974. pág. 24.

precisamente más sumerio con menos facultades para la defensa, - pero sin poderse negar ésta. (5)

Era regla de derecho que nadie podía hacerse justicia por sí mismo, porque esto equivalía a usurpar las facultades del rey.

A primera vista el derecho azteca parece bárbaro e inadecuado, pero ese derecho riguroso en el que hasta para cuestiones de carácter civil, se establecían penas extremadamente severas era el resultado de una evolución social y un producto de sus creencias, de los hábitos populares y de las circunstancias por las -- que atravesó ese pueblo.

2.2. Derecho Maya.

Para este pueblo las buenas costumbres, la paz y la tranquilidad social eran muy importantes, por tal motivo el Derecho se aplicaba en una forma rígida en cuanto a las sanciones.

En cuanto a su organización judicial era más sencilla que la de los aztecas, la jurisdicción residía en el Ahau y la ejercía en todo el estado, resolviendo los casos de mayor importancia éste en algunas ocasiones la delegaba en los Batabes, cuya jurisdicción comprendía solo el territorio de su cacicazgo, resolviendo asuntos de poca importancia. "...Diego López de Cogolludo dice que, para resolver las controversias había además otros ministros que eran como abogados o alguaciles y asistían en presencia de los jueces a las audiencias y ejercieron las funciones de fiscales y defensa..." (6).

 (5) Margadant Florís, Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. UNAM; México, 1971. pág. 28.

(6) Pérez Gálaz, Juan de Dios. Derecho y Organización Social de los Mayas. Talleres de Campeche; Campeche, 1943. págs. 81, 82.

El procedimiento penal maya se distingue por su brevedad, - los juicios eran sumarios y se ventilaban siempre en forma verbal sin que existiesen constancias escritas. La justicia se administraba en un templo que se alzaba en la plaza pública y se llamaba Popilná. Con relación a las pruebas hay la probabilidad de que se usaron la confesión, la testimonial y la presunción.

Los actos de defensa se realizaban por sí mismo o por algún ministro, durante la única audiencia de que se formaban los juicios, la sentencia se daba de viva voz no existiendo ningún recurso ordinario ni extraordinario.

Las sanciones que figuraban en el derecho penal maya eran: la muerte, la esclavitud, la infamación y la indemnización o satisfacción, la prisión solo se usaba para detener al delincuente durante el proceso, los actos delictuosos estaban clasificados y cada uno le correspondía una sanción de las ya mencionadas.

Gracias a su derecho los mayas pudieron sostenerse en un estado de relativo orden y moralidad en sus relaciones jurídicas, manteniendo la unidad de sus familias y estabilidad de sus clases sociales fundamento de toda su organización.

3. Epoca de la Colonia.

El derecho precolonial muere con la conquista de México y surgimiento de la Nueva España, llamada así por ser una colonia más de la corona española. El rey de Castilla era representado aquí por un virrey, asistido por órganos locales investidos de cierto grado de autonomía viviendo entre súbditos de la corona, pero las altas funciones fueron preferidos los peninsulares sobre los criollos, siendo todos los funcionarios importantes de origen español, de igual manera se nombraba a los órganos juris---

diccionales, quienes aplicaban el derecho de una forma muy imparcial y siempre dirigidos a los intereses de España.

El derecho procesal penal aplicado en esta época se encontraba regido por el sistema inquisitivo, de tal forma el derecho de defensa estaba casi totalmente restringido solo en la etapa plenaria en algunos casos se le daba entrada, y en cuanto a los tribunales que ejercieron en la colonia solo el tribunal de la inquisición mencionaba el derecho de defensa y nombramiento de defensor, aunque sus funciones estaban totalmente limitadas como veremos; en cuanto a las leyes solo las Siete Partidas hablan de quienes ejercen la defensa y en una forma más sencilla las Ordenanzas Reales de Castilla.

3.1. El Derecho Indiano.

El derecho indiano es el derecho expedido por las autoridades españolas o sus delegados para hacerlo valer en la colonia, todo este conjunto de normas dirigido a frenar toda conducta lesiva a la estabilidad social y a los intereses de la corona española en su nuevo dominio, este derecho se completaba por aquellas normas indígenas que no contrariaban los intereses de la corona o el ambiente cristiano. De tal forma las fuentes del derecho indiano eran de origen español, principalmente las leyes ya vigentes en España, algunas de estas normas jurídicas fueron: las Leyes del Toro, las Siete Partidas, la Novísima Recopilación y las Leyes de Indias por mencionar algunas, ésta última pretendió suplir las deficiencias de las demás sin embargo, las arbitrariedades de los funcionarios y de los predicadores cristianos siguió teniendo repercusión en los particulares. Las leyes locales surgidas de las audiencias o propuestas por los gobernadores deberían ser aprobadas

das por el virrey, la legislación indiana produjo un derecho desconfiado plagado de trámites burocráticos.

Específicamente las leyes que hablan sobre quienes pueden ejercer el derecho de defensa son, la ley de las Siete Partidas, -partida III título sexto, que establece la consideración de Oficio Público al ministerio de defensa, también se enumeran los requisitos de capacidad para ser abogado, negando totalmente esta facultad a la mujer, de igual manera se citan los deberes, derechos y la tasa de honorarios vigente en esa época. En la ya mencionada ley se manifiesta que los jueces deben dar abogado a la viuda, huérfano, al pobre y a las demás personas desvalidas. (7)

Las organizaciones y colegios de abogados tenían la obligación de señalar periódicamente a algunos de sus miembros para que se ocupasen de la asistencia gratuita de los menesterosos, -- desde entonces se les llamaba defensores de pobres y se señaló el beneficio de pobreza, estableciéndose el procedimiento para obtenerlo, dichas disposiciones estuvieron vigentes en el virreinato y se consideraron en la Providencia de la Real Audiencia del 21 de octubre de 1796, distinguiendo entre derecho de defensa y beneficio de pobres en los juicios criminales. (8)

En las Ordenanzas Reales de Castilla, se dedica el título 19 del libro II, a fijar las normas para el ejercicio de la abogacía tal ordenamiento fue precedido por las Ordenanzas de Abogados.

(7) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I. Driskill: Argentina, 1979 - pág. 66.

(8) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. 3a, ed: Porrúa; México, 1959. pág. 87.

3.2. El Procedimiento Penal en la Colonia.

La colonia tremendamente influenciada por España que atravesaba por la etapa inquisitoria, establece el mismo sistema que caracteriza el procedimiento en la Nueva España.

Este procedimiento se iniciaba de oficio y en forma secreta mediante la denuncia o aún un simple rumor o sospecha o aunque no existieran éstos, pues se usaba la pesquisa y la delación como medios de investigación del delito, una vez iniciado éste no se podía detener el juez, tenía que seguirlo convirtiéndose en la parte acusadora, caracterizado por la absoluta falta de garantías para el acusado, las prisiones indefinidas, las incomunicaciones rigurosas que se prolongaban para provocar la confesión, las marcas, los azotes, los tormentos y cualquier medio por más degradante que fuera eran utilizados constantemente.

La persona sospechada era considerada culpable desde los primeros momentos del proceso y tratada a modo de objeto de las investigaciones, de esta idea sucumbió toda manifestación de defensa individual; cualquier actividad era encaminada a obtener la confesión del inculcado, es por esta razón que las investigaciones eran muy amplias absorbiendo prácticamente todo el procedimiento, en cambio el juicio se convirtió en una parodia, pues lo que realmente determinaba la sentencia final eran las pruebas reunidas en la instrucción; estas pruebas se recopilaban del sospechado y de los testigos, sin reparo alguno en los medios empleados, las pruebas se recibían en el más absoluto secreto es por esto que la intervención de un defensor del imputado era considerado no simplemente innecesario sino perjudicial. (9)

 (9) Clara Olmedo, Jorge A. Derecho Procesal Penal. Tomo VI. Ediar: Buenos Aires, 1967. pág. 19.

Los tribunales desempeñaban en un mismo procedimiento las tres funciones que en el derecho antiguo se distinguían, la acusación, la defensa y la decisión, exceptuando el Tribunal del Santo-Oficio. La ley le otorgaba al juez un poder ilimitado, identificándose éste con el acusador ya que la acusación era de oficio, se admitían testigos que podían ser tachados conforme a las reglas de derecho común y regularmente eran rechazados.

Aunque algunos autores como Claria Olmedo señalan respecto del derecho de defensa que; el procedimiento se realizaba en secreto sin ninguna intervención de defensa; Borja Osorno nos dice, el sistema inquisitorio tenía una premisa "Depender la defensa de la buena voluntad de los particulares" de tal forma era muy limitada; Colín Sánchez opina que el defensor era parte integrante del tribunal, no era independiente por lo cual era totalmente controlado; sin embargo González Bustamante explica que, el procedimiento inquisitorio en la etapa sumaria era hermético, sin ninguna intervención de abogados defensores, pero en la etapa plenaria se daban algunos derechos de defensa. (10)

3.3. Los Tribunales Durante la Época Colonial.

Durante la colonia hubo infinidad de tribunales que atendían a diferentes factores religiosos, económicos, sociales y políticos, pero los tribunales de mayor importancia en cuanto a la persecución del delito fueron: la Audiencia, la Acordada, y el del Santo Oficio, éste último el de mayor importancia para nuestro estudio.

Las Audiencias mantenedoras supremas del orden social me--

(10) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit. pág. 11.

dante la justicia, que no solo dilucidaban asuntos entre particulares sino entre súbditos con sus gobernantes. Tres Audiencias ejercieron jurisdicción en el territorio que hoy pertenece a la República Mexicana, la primera la Audiencia de México 1527, que ejercía en el territorio de la Nueva España propiamente, la segunda la Audiencia de los Confines 1543, cuyo territorio era Centro-América, Chiapas y Yucatán y la tercera la Audiencia de Guadalajara 1548, que ejercía en el norte de la colonia; se componían de un regente, diez oidores en dos salas para lo civil y otra con cinco alcaldes para lo criminal, solo en los juicios de residencia se permitía un poco la defensa.

La Acordada, este tribunal fue creación de la legislación de las Audiencias y fue hecho especialmente para acabar con los ladrones y salteadores de caminos, no tenía sede fija era ambulante de tal suerte se constituía donde fuera necesario trasladándose posteriormente a otro lugar, realizando una verdadera persecución de los malecheros; estaba formado por un capitán y tenientes o comisarios, su procedimiento se realizaba en el lugar de los hechos siendo de gran rapidez los juicios, y de inmediata ejecución la sentencia quedando generalmente los cuerpos colgando de los árboles para ejemplo de los demás.

3.3.1. Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en la Nueva España.

Este tribunal aparece en España en la época de los reyes Católicos 1478, y en la Nueva España aparece el 25 de enero de 1569 con el nombre de Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición para las Indias Occidentales.

En la integración de este tribunal encontramos la figura --

del abogado defensor que aunque dependía de este tribunal, tenía sus funciones específicas dentro de los procedimientos que se -- realizaban. Las autoridades integrantes fueron: inquisidores, secretarios, consultores, calificadores, comisarios, promotor fiscal, abogado defensor, notarios, escribanos, alguaciles, alcaldes e interpretes. "...Las funciones específicas del abogado defensor fueron: -- encargado de los actos de defensa, receptor y tesorero del aspecto económico, gastos y cuentas del acusado y encargado de la custodia de los bienes confiscados..." (11).

Aunque en este tribunal observamos una organización más justa, no dejó de tener juicios con todas las características de esa época. Como ejemplo de un proceso inquisitorio se cita el llevado a cabo por Fray Juan de Zumárraga en dicho tribunal, en contra de Carlos Ometochzin cacique de texcoco.

Zumárraga nombrado en México inquisidor Apostólico por gracia del inquisidor general de España, al tener conocimiento de la denuncia de hechos graves en contra del cacique de texcoco, ordenó inmediatamente su aprehensión y ante el inquisidor fue acusado de hereje, el proceso se inició con la denuncia fue aprehendido e incomunicado, los inquisidores obligaron a varios testigos a declarar en contra del detenido y con algunos ídolos encontrados en su casa se dio por terminada la investigación, posteriormente en audiencia pública se hicieron los nombramientos de fiscal, defensor y promotor.

El nombramiento de defensor se debió a que el acusado desconocía las leyes, el fiscal presentó acusación por escrito y soli-

(11) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 32.

citó la aplicación de las penas, después se dio a conocer su contenido verbalmente y se le notificó al defensor para formular la defensa, y a nombre del acusado negó los cargos, exigió la libertad inmediata de su defensor, promovió la presentación de testigos de descargos, pero no le fueron aceptados argumentándole estar ya probada la acusación con las pruebas ya reunidas.

De esta manera concluye el proceso, el acusado desfiló por la ciudad vestido de San Benito y con una corona en la cabeza, - posteriormente fue quemado. (12)

4. México Independiente.

Durante toda la guerra insurgente (1810-1821) estuvo vigente el proceso penal de enjuiciamiento inquisitivo, y aunque surgieron algunas leyes novedosas, no es sino hasta después de la independencia cuando surgen las leyes Mexicanas que fundamentan todo nuestro ordenamiento jurídico.

Algunas de las leyes surgidas durante esta guerra insurgente fueron: el Decreto Español de 1812, el cual tuvo vigencia en la Nueva España del 30 de septiembre de 1812 al 17 de agosto de --- 1814, la Constitución de Cádiz, aunque este ordenamiento protege - realmente a los españoles como se deduce del artículo 287; ningún español podrá ser preso sin que proceda información sumaria -- del hecho, por el que merezca ser castigado con pena corporal, sin embargo tenía disposiciones importantes como: Al tomarle la de claración al reo se le leerán íntegramente todos los documentos y - declaraciones de los testigos y los nombres de éstos, artículo -- 301, la abolición de los tormentos artículo 303, prohibición de la

(12) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. págs. 32, 33.

pena de confiscación artículo 304, ninguna pena será trascendental artículo 305. Posteriormente el 22 de octubre de 1814 surge el Decreto Constitucional para la Libertad de América Mexicana, que establece; son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos -- contra un ciudadano sin las formalidades de la ley artículo 28, -- y que ninguno debe ser juzgado ni sentenciado sino después de haber sido oído legalmente artículo 31. (13)

Una vez proclamada la independencia, empiezan a surgir las leyes de gran importancia como: La Constitución de 1824, la Constitución de 1857, el Código Penal de 1871, los Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y 1894, y la Constitución de 1917, que citaremos respectivamente tomando en cuenta su orden cronológico.

Respecto del derecho de defensa las leyes de mayor importancia son la constitución de 1857 que es la primera en mencionarlo y reglamentarlo, dando origen a su posterior evolución en los Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y 1894, también de importancia es la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903, culminando y obteniendo su mayor fundamentación en la constitución de 1917.

4.1. Constitución de 1824.

Esta constitución es la primera de gran importancia para México, ya que establece en su artículo 5: La nación adopta para su gobierno la forma republicana, representativa popular federal; y el artículo 6, habla de los estados independientes, libres y soberanos; además deposita el poder judicial de la Federación, en la Suprema Corte de Justicia, en los Tribunales de Circuito y en los

(13) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. págs. 42, 43.

juzgados de Distrito.

Aunque establece garantías dentro del juicio criminal, se olvida de fundamentar jurídicamente el derecho de defensa. Algunas de las garantías para el acusado fueron: La prohibición de los tormentos y de la confiscación de bienes, en toda detención debería existir semiplena prueba o indicio del hecho, la detención por indicios no debe exceder de 60 horas.

4.2. Constitución de 1857.

En esta constitución se establece en forma definitiva el derecho de defensa, además de hablar ya de los defensores de oficio a partir de este momento se puede decir que el derecho de defensa es un derecho constitucional, del cual puede hacer uso cualquier persona sometida a proceso penal. Además del derecho de defensa es interesante citar todas las garantías del acusado en juicio criminal, así como las garantías individuales.

Las garantías individuales que se establecen son: En la República Mexicana nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicables, nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, la prisión solamente procede por los delitos que se sancionan con pena corporal, y no excederá del término de tres días, sin que se justifique con auto de formal prisión.

Para los juicios criminales las garantías son: Que se le haga saber al acusado, el motivo del procedimiento y el nombre del acusador si lo hubiere, que se le tome su declaración preparatoria dentro de las 48 horas contadas desde que esté a disposición

del juez, que se le caree con los testigos que se depongan en su contra, que se le faciliten los datos que necesite y que consten en el proceso, para preparar su descargo, que se le oiga en defensa, se le otorga en forma exclusiva la facultad de imponer las penas a la autoridad judicial, los juicios criminales no pueden tener más de tres instancias y nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.

Respecto del derecho de defensa el artículo 20 fracción V, establece literalmente en cuanto a las garantías del acusado en juicio criminal. "Que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza o por ambos según su voluntad, en caso de no tener quien lo defienda se le presentará la lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan".

4.3. Código Penal de 1871.

En materia penal no es sino hasta 1871 cuando aparece el código Penal para el Distrito Federal y territorio de Baja California y para toda la nación en delitos federales; como consecuencia de la inquietud e idealismo de algunos juristas que provocó que se reuniera una comisión para estudiar los problemas, dando como resultado este código que establece penas muy severas para los jueces o magistrados que impidan la defensa o dejen indefenso al acusado, al igual que si pronunciaran sentencia condenatoria injusta, como se comprende de la lectura del artículo 1040 que a continuación transcribimos. "Los jueces o magistrados que negaren a un acusado los datos del procedimiento que sean necesarios para que preparen su defensa, o no le permitiera rendir las pruebas que promueva para su descargo, o le dejare indefenso, sufrirán la mitad de la pena corporal y de la multa que se le impondría si -

hubiere pronunciado una sentencia condenatoria injusta y quedarán suspendidos de seis meses a un año.

1.4. Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y 1894.

Existiendo los antecedentes de la constitución de 1857 y el Código Penal de 1871, surgieron el Código de Procedimientos Penales de 1880, que reglamenta en su artículo V, la declaración indagatoria y el nombramiento de defensor y posteriormente el Código de Procedimientos Penales de 1894, que en su capítulo III, también reglamenta con algunas variantes la declaración preparatoria y el nombramiento de defensor.

El Código de 1880 establece un sistema mixto de enjuiciamiento y consagra algunos derechos para el procesado como el derecho de defensa, la inviolabilidad del domicilio y la libertad caucional, en el capítulo V se habla del derecho de defensa, señalando que terminada la declaración indagatoria se hará saber al inculcado, le causa de su detención y el nombre del quejoso si es que lo hubiere y se le advertirá que puede nombrar defensor, si el inculcado no tuviere persona de su confianza a quien nombrar defensor, se le mostrará la lista de los defensores de oficio, pero que si quiere elija de entre ellos en cualquier estado del proceso después de la declaración indagatoria, puede el inculcado nombrar defensor y variar o revocar los nombramientos que hubiere hecho, los defensores al aceptar el nombramiento, en cada caso protestarán desempeñar su cargo fielmente y con arreglo a las leyes, los defensores pueden promover sin la necesidad de la presencia de sus defendidos, el inculcado podrá asistir por sí o por medio de su defensor en todos los actos de la instrucción, (artículos 161, 162, 163, 164, 165 y 167 del C.F.P. de 1880).

Años más tarde el 6 de junio de 1894 se deroga el anterior-Código, para darle paso al nuevo Código de Procedimientos Penales que sigue imponiendo el sistema mixto, otorgando mayores derechos tanto al inculcado como al defensor, para así utilizar en una forma más amplia los recursos establecidos por la ley.

El capítulo III, reglamenta la declaración preparatoria y el nombramiento de defensor con variantes respecto del Código de -- 1880, como la prohibición para ser defensor a los detenidos o presos a los ausentes del lugar y a los impedidos para ejercer, tratándose de menores de 14 años el juez hará el nombramiento de defensor, mientras no haga otro el representante legítimo del detenido, si el defensor no es de oficio deberá entonces darse el domicilio de éste y se citará dentro de 24 horas, para que preste - protesta legal y por último los defensores son responsables para con los procesados de todos los daños y perjuicios que se le originen por no haber hecho promociones convenientes, (artículos --- 107, 108, 109, 115 y 116 del C.P.P. de 1894).

Con estas disposiciones el derecho de defensa no solo fue - ya constitucional y sancionada penalmente su prohibición, sino -- que se dieron las bases para proceder al nombramiento de defensor en forma exacta dentro del procedimiento, tomando como punto de referencia la declaración preparatoria, quedando de este forma reglamentado procedimentalmente este derecho.

4.5. Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903.

En diciembre de 1903 se publica la Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito Federal y Territorios Federales, que reglamenta toda la organización de la institución del Ministerio - Público, pero también se encarga de organizar a la defensoría de-

oficio; en su título II, establece el número de defensores de oficio que debería de haber en el Distrito Federal y Territorios Federales, señalando los requisitos para ser defensor de oficio, que éstos son nombrados por el ejecutivo y que dependen de la Secretaría de Justicia, también menciona los derechos y obligaciones, así como las faltas graves en que incurren, (artículos 35, 36, 37, 38, 39 y 40 de la L.O.M.F.D.F. de 1903).

4.6. Constitución de 1917.

En esta constitución es donde el derecho de defensa se consagra definitivamente, en el artículo 20 fracción IX y posteriormente el Código de Procedimientos Penales de 1929 y 1931, sin embargo de ellos nos ocuparemos con el pertinente detalle, en el curso de nuestra exposición.

CAPITULO II

EL DERECHO DE DEFENSA.

1.La Defensa Como Derecho Natural y Garantía - Individual.2.La Sociedad y su Interés Directo en la Defensa del Acusado.3.Clases de Defensa: 3.1.Defensa en Sentido Lato.Defensa Material y Formal.Defensa Genérica y Específica.Defensa - Materiel y Técnica.Defensa Subjetiva y Objetiva;3.2.Defensa en Sentido Estricto.Defensa Propiamente Dicha y Excepciones.Defensa Explícita e Implícita.Defensa Directa e Indirecta.Defensa Positiva y Negativa;3.3.Defensa en Sentido-Legal.Defensa Activa y Consultiva.4.Concepto - de Defensa:4.1.Elemento Subjetivo;4.2.Elemento Objetivo;4.3.Carácter Procedimental;4.4.Elemento Personal;4.5.Elemento Formal.5.Representación,Procuración y Sustitución.6.Fines de la - Defensa Penal.

1. La Defensa como Derecho Natural y Garantía Individual.

El hombre desde los tiempos más remotos trajo consigo ciertos derechos que son inalienables a su persona, como el derecho a la libertad, a la vida, a defenderse, derechos que considera justos y válidos y que conforman la esfera del derecho natural, el cual es considerado como: "...Un derecho inmutable, válido por igual para todos los pueblos por cuanto está fundado en la esencia del hombre..." (14).

El derecho natural es válido por sí mismo, por ser inherente a la concepción de justicia de cualquier persona. La defensa en su connotación más amplia ha sido considerada como un derecho natural, indispensable para la conservación de la persona, de sus bienes, de su honor y de la vida, siendo objeto de una reglamentación especial en los diversos campos en los que puede darse; de tal forma podemos decir que el derecho a defenderse es justo, -- principio característico del derecho natural, por tal motivo nuestro derecho positivo, no puede excluir la defensa como garantía -- para cualquier individuo.

Al hablar de la defensa como derecho natural, tenemos que ha cerlo en forma subjetiva, Manzini nos dice, la defensa subjetivamente constituye un verdadero y propio derecho individual, a diferencia de la objetiva, que es un canon general de nuestro ordenamiento jurídico del que la ley hace constante aplicación. (15)

(14) García Waynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. -- 22a, ed: Porrúa; México, 1974. pág. 42.

(15) Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II. -- 3a, ed: Europa-América; Buenos Aires, 1951. pág. 571.

Existen derechos a los cuales el hombre no puede renunciar por su propia naturaleza, el dejar indefenso a una persona o no permitir que se defienda, es un atentado contra sus principios -- más elementales, al respecto Helie nos dice: "...La defensa no es un privilegio, ni una concesión exigida por la humanidad, sino un verdadero derecho originario del hombre y por ello inalienable a él..." (16).

Una de las condiciones indispensables para que el individuo realice sus propios fines, desarrollando su personalidad y ejerciendo sus propios derechos es la libertad; concebida no solamente como una mera potestad psicológica, sino como una actuación externa sin limitaciones o restricciones, al igual la defensa es un derecho indispensable de toda persona, que al hacer uso de su libre albedrío, tiene la facultad de poder ejercerla. El hecho de -- que a una persona se le niegue la defensa, o se le pongan trabas, o no se le den facilidades para obtenerla, se considera como un -- atentado a la libertad del hombre, como un síntoma de inconfundible tiranía y como una denegación absoluta de justicia. (17)

Es máxima general establecida por las leyes de todos los -- pueblos, que nadie puede ser condenado sin que se le oiga en de-- fense. Aplicando las ideas anteriormente expuestas a nuestro ré-- gimen constitucional, podemos decir que el derecho de defensa, es una garantía individual ya que forma parte del conjunto de potes

 (16) Carrera, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Tomo II. Te--
 mis; Bogotá, 1972. pág. 458.

(17) Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. 2a, ed: Po--
 rrrda; México, 1939. pág. 87.

tades naturales que pertenecen a todo ser humano, consagradas en los primeros veintinueve artículos de nuestra ley fundamental.

2. La Sociedad y su Interés Directo en la Defensa del Acusado.

Los órdenes doctrinario y legal siempre se han inclinado a preferir la integridad social, porque frente a la individual es de mayor jerarquía en la escala integral de los valores, sin embargo esto no debe entenderse en forma radical, porque se llegaría al desconocimiento absoluto del individuo como sujeto de derechos y los individuos debemos de tener presente, son los elementos integrantes de la sociedad la cual no podría darse sin el concurso de éstos.

El interés social y la conservación individual dan lugar -- respectivamente a la pretensión punitiva y al derecho de defensa aunque también la sociedad tiene un interés directo en la defensa del acusado, porque necesita no una pena que caiga sobre una cabeza cualquiera, sino el castigo del verdadero culpable y de este modo la defensa no es solo de orden público secundario, sino de orden público primario. (18)

La defensa social surge cuando un individuo ejecuta un hecho antisocial sancionado por el Código Penal, se pone manifiesta su peligrosidad y se hace necesario tomar medidas de defensa social, la defensa social se puede realizar por medio de los órganos jurisdiccionales o por medio de la legítima defensa, ejercitada por el particular, quien al rechazar con su acción la agresión del delincuente, agresión actual, violenta y sin derecho, con amenaza de gran daño para su persona, no hace otra cosa que castigar -

(18) Carrara, Francesco. Ob. Cit. pág. 458.

al criminal y por consiguiente colaborar con la defensa colectiva o social; otro medio de defensa lo realizan los tribunales, -- quienes en representación social, aplican el derecho para castigar a un delincuente. (19)

El juez movido por la conmoción social provocada por el supuesto hecho delictivo se inclina con suma facilidad a la exagerada defensa del interés público y de la represión de la delincuencia, solo el contrapeso de las razones y pruebas opuestas por la defensa en tiempo oportuno pueden ubicarlo en una posición imparcial.

Los intereses colectivos protegidos por la defensa social son importantes, pero no por ello los intereses individuales protegidos por el derecho de defensa dejan de serlo, ya que el derecho al proteger los intereses de cualquier particular, da la confianza de un derecho justo para la sociedad. Así el derecho del imputado es subjetivamente público, quien es sujeto pasivo de la acción penal, tiene también derechos civiles e individuales esenciales que defender y conservar, si éstos no fueran protegidos, la función represiva no alcanzaría su fin social.

Podemos decir que la sociedad en este sentido tiene dos tipos de intereses y al respecto Carrara nos dice: "...El acusado - represente a la sociedad en el interés por el castigo de la culpa y el defensor la representa por el interés de la inocencia..." (20).

(19) Franco Sodi, Carlos. Ob. Cit. págs. 3 y 4.

(20) Carrara, Francesco. Ob. Cit. pág. 468.

3. Clases de Defensa.

La palabra defensa viene del latín "defensa" que significa acción y efecto de defenderse; una definición muy sencilla y clara, sin embargo dentro del marco jurídico puede adquirir diferentes clases, tomando en cuenta el carácter material o procesal, objetivo o subjetivo, la persona quien la ejercita o los fines que persigue.

Diferentes autores como Vincenzo Manzini, Carrara Francesco, Fenech Miguel y Leone Giovanni, Tratan este tema algunos con mayor extensión que otros dando diferentes denominaciones a una misma clase de defensa, pero en esencia con gran similitud, formando sus estudios una recopilación interesante de analizar.

3.1. La Defensa en Sentido Lato. Defensa Material y Formal. Defensa Genérica y Específica. Defensa Material y Técnica. Defensa Subjetiva y Objetiva.

La defensa puede ser considerada en una forma muy amplia ya que cualquier actividad dirigida a proteger los intereses afectados o hacer valer un derecho puede constituirla, o considerando que no siempre es necesario para la defensa la obra del defensor pues la autodefensa entendida como los actos que realiza el imputado para hacer valer sus derechos también puede configurarla.

Para Manzini defensa en sentido lato es, la actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos subjetivos y los demás intereses jurídicos del imputado y del responsable civil. (21)

Este autor especifica que la actividad debe ser procesal y-

(21) Manzini, Vincenzo. Ob. Cit. págs. 570, 571.

dirigida a proteger los intereses del imputado y del responsable civil a diferencia del concepto de Miguel Fenech que nos dice: - "...Defensa en sentido lato es, toda actividad de las partes encaminada a hacer valer en el proceso penal sus derechos e intereses, en orden a la actuación de la pretensión punitiva y la de resarcimiento en su caso, o para impedirlo según su posición procesal..." (22).

Para este autor la defensa está formada por toda actividad -- no solo la procesal y además realizada por cualquiera de las partes no solo el imputado sino también la parte acusadora, ambos -- con la finalidad de hacer valer sus derechos.

Estos dos autores y además Leone Giovanni, coinciden en señalar que la defensa en sentido lato origina dos clases de defensa tomando en cuenta si se realiza por la parte interesada o por medio de un defensor.

Manzini las llama defensa material y formal y nos dice que -- defensa material es la actividad global y unitaria resultante -- del autopatrocinio de la parte interesada y defensa formal es la actividad resultante del patrocinio del defensor. (23)

Fenech sostiene que la defensa en sentido lato se divide en genérica y específica, atendiendo al carácter material o procesal de una y otra, entendiendo por carácter material, que no hay normas de derecho sino concesiones inspiradas en la naturaleza humana y carácter procesal que hay fundamento en normas jurídicas; a-

(22) Fenech, Miguel. Derecho Procesal Penal. Bosh; Barcelona, 1945. - pág. 357.

(23) Manzini, Vincenzo. Ob. Cit. pág. 571.

sí la defensa genérica es aquella que lleva a cabo la propia parte, mediante actos constituidos por acciones u omisiones encaminadas a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la pretensión punitiva; defensa específica o procesal se lleva a cabo no ya por la parte misma, sino por personas peritas que tienen como profesión, la defensa de las partes que actúan en el proceso penal. (24)

Leone distingue la defensa en material y técnica y nos dice; defensa material es la actuada por el imputado mismo y defensa técnica es la actuada por el defensor. (25)

Todos estos conceptos nos dan una misma idea que corrobora Manzini al hablar de otra clasificación, la defensa subjetiva y objetiva; que no se distinguen porque la realice el imputado o el defensor, o por el carácter material o procesal, sino que todos estos aspectos se fundamentan en ellas, pues solo el imputado puede hacer uso de un derecho subjetivo creando un carácter material y el defensor hacer uso de un derecho objetivo creando un carácter procesal, de esta manera entendemos como ya lo señalamos en páginas anteriores que la defensa subjetiva constituye un verdadero y propio derecho individual y que la defensa objetiva es un canon general de nuestro ordenamiento jurídico. (26)

(24) Fenech, Miguel. Ob. Cit. págs. 357, 358.

(25) Giovanni, Leone. Tratado de Derecho Procesal Penal. Europa-América; Buenos Aires, 1963. pág. 350.

(26) Manzini, Vincenzo. Ob. Cit. pág. 571.

3.2. Defensa en Sentido Estricto. Defensa Propiamente Dicha y Excepciones. Defensa Explícita e Implícita. Defensa Indirecta y Directa. Defensa Negativa y Positiva.

Dejando atrás el concepto amplio, los autores tratan a la defensa en sentido estricto, en donde coinciden que son actos realizados por la parte acusada, (Penech especifica imputado y responsable civil y Manzini imputado y defensor) y que estos actos se contraponen a la pretensión punitiva y a la de resarcimiento o a la acción penal y a la acción civil como señala otro autor, además de que según la forma como se realicen estos actos, darán origen a diferentes clases de defensa.

Para Penech la defensa en sentido estricto es: "...La actividad de la parte acusada imputado y responsable civil, encaminada a oponerse a la actuación de la pretensión punitiva y de resarcimiento en su caso, que frente a las mismas se hace valer por la parte acusadora..." (27).

Manzini sostiene que la defensa en sentido estricto, es aquella que se contrapone a la acción penal ejercida por el Ministerio Público y a la acción civil ejercida por la parte civil, y se efectúa mediante actos del imputado o el defensor, que se suelen distinguir en defensas propiamente dichas y excepciones. (28)

Al final del concepto de Manzini notamos que distingue dentro del campo de la defensa en sentido estricto, las defensas propiamente dichas y las excepciones y nos dice que excepción es la argumentación con que el interesado hace valer un derecho propio

(27) Penech, Miguel. Ob. Cit. pág. 358.

(28) Manzini, Vincenzo. Ob. Cit. Pág. 572.

sin embargo, también explique que la teoría de las excepciones es propia del Derecho Procesal Civil y que no se puede trasladar -- exactamente al Derecho Procesal Penal. (29)

Al respecto Carrara nos dice; la defensa considerada de las fuentes de donde proviene pueda hacerse por vía de excepciones o por vía de defensa propiamente dicha. Se defiende el reo por vía de excepciones cuando no se examina el mérito de la acusación, -- sino que se le aparta de él temporalmente o perpetuamente o se le priva de uno cualquiera de sus medios. (30)

En cuanto a la defensa propiamente dicha se entiende como -- las simples negaciones o las deducciones circunstanciadas que -- tienden a excluir la existencia del hecho o la ejecución de él o el concurso en él por parte del imputado y toda otra deducción -- capaz de excluir o atenuar la imputabilidad o la responsabilidad por razones de hecho. (31)

A diferencia de las excepciones que no tratan las cuestiones de hecho ni el mérito de la acusación, sino que solo tratan -- de apartar al imputado temporalmente o perpetuamente de la mis-- ma.

La defensa propiamente dicha según Manzini se clasifica en -- explícita e implícita, para Carrara en indirecta y directa y para Fenech en negativa y positiva.

La defensa puede ser explícita mediante negaciones acompaña -- das o no de prueba o implícita mediante negaciones derivadas de--

(29) Manzini, Vincenzo. Ob. Cit. pág. 573.

(30) Carrara, Francesco. Ob. Cit. pág. 463.

(31) Manzini, Vincenzo. Ob. Cit. pág. 572.

la producción de elementos que quiten o disminuyen el valor de las pruebas de acusación. (32)

Defensa indirecta es aquella que se limita a criticar las pruebas del acusador, mostrándolas inconcluyentes pero sin asumir la prueba positiva de la inocencia del reo, pues le basta vencer por deficiencia de pruebas en la parte contraria; y defensa directa cuando tiende a alcanzar la prueba positiva de la inocencia del reo, lo cual puede obtenerse de dos modos, o alegando que el defendido ha obrado en ejercicio legítimo de su propio derecho o sosteniendo la coartada negativa de lugar y tiempo, es decir el alibi con que las afirmaciones del acusador se hacen imposibles. (33)

La defensa es negativa cuando se realiza mediante negaciones positivas acompañadas o no de prueba de las afirmaciones o alegaciones efectuadas por la parte acusadora; y se le llama defensa positiva a la que se lleva a cabo mediante contraalegaciones y contrapruebas destinadas a destruir o dejar sin valor o al menos disminuir el contenido o significación de las alegaciones y pruebas de la parte acusadora. (34)

Se puede decir que la defensa explícita, indirecta y negativa, forman un mismo grupo ya que las características de cada una de ellas son similares, por cuanto constan de negaciones o críticas que pueden estar acompañadas o no de prueba y que se derivan de las afirmaciones o pruebas de la parte acusadora. En cambio la

(32) Manzini, Vincenzo. Ob. Cit. pág. 572.

(33) Carrara, Francesco. Ob. Cit. págs. 465, 466.

(34) Fenech, Miguel. Ob. Cit. págs. 358, 359.

defensa implícita, directa y positiva, formen otro grupo con características diferentes a las anteriores pero con similitud entre ellas ya que son negaciones o pruebas que tienen la finalidad de comprobar la inocencia del imputado o cuando menos que disminuyan el valor de las pruebas de acusación.

3.3. Defensa en Sentido Legal. Defensa Activa y Consultiva.

Fenech hace una tercera clasificación que se llama defensa en sentido legal y nos dice que es la defensa tal como se concibe por nuestro derecho positivo, ejercida por personas conocedoras de derecho y la define de la siguiente manera. "...Defensa en sentido legal es la actividad profesional encaminada a la dirección de las partes privadas, acusadora y acusada para la conservación de los fines que cada cual pretende en el proceso..." (35).

Podemos distinguir que habla de una actividad profesional o sea una actividad realizada por un profesional, en este caso por un abogado, además habla de la dirección de las partes o sea que esa actividad profesional puede defender a la parte acusadora o a la acusada de acuerdo a los intereses que cada quien representa.

Esta defensa puede ser activa y consultiva entendiendo por defensa activa, la asistencia real y activa ante los juzgados y tribunales de una persona perita en derecho, que actúa en nombre de la parte interesada; y por defensa consultiva el asesoramiento que una persona perita en derecho presta a la parte interesada dirigiendo la actuación de la misma e incluso actuando en su nombre en determinados actos procesales. (36)

(35) Fenech, Miguel. Ob. Cit. pág. 359.

(36) Fenech, Miguel. Ob. Cit. pág. 359.

4. Concepto de Defensa.

La defensa puede ser de diferentes clases como ya vimos anteriormente, sin embargo trataremos de definirla realizando un estudio que se apege más a la figura del defensor y al procedimiento penal.

Retomando los elementos expuestos podemos mencionar como principales para nuestro concepto los siguientes:

1. Elemento Subjetivo. Interés del imputado a defenderse.
2. Elemento Objetivo. Derecho de defensa surgido de los diferentes ordenamientos jurídicos.
3. Carácter Procedimental. Actividad realizada y fundamentada en normas de derecho.
4. Elemento Personal. Personas que pueden ejercer la defensa.
5. Elemento Formal. Etapas procedimentales en que puede darse.

4.1. Elemento Subjetivo.

En primer lugar podemos distinguir este elemento, tomando en cuenta que es imprescindible para que surja la defensa, que exista la necesidad de defenderse del imputado, al ver afectados sus intereses o sus derechos en cualquier etapa del procedimiento.

Es el imputado quien ve afectados sus intereses, sus propiedades, su honor, o sus derechos, por tal motivo es solo en él donde nace el interés a defenderse, que nosotros denominamos elemento subjetivo y que además fundamenta la existencia de los diferentes ordenamientos jurídicos que establecen el derecho de defensa. Pues hay que recordar que un derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido (Inering).

De tal forma podemos decir que el derecho que tiene toda --

persona a defenderse es presupuesto y primer elemento de la defensa.

4.2. Elemento Objetivo.

El elemento objetivo se deriva de la existencia de diferentes ordenamientos jurídicos, que establecen el derecho de defensa y que hacen factible que éste se reconozca legalmente y que se le de cumplimiento como lo ordena la ley.

Este elemento no surge en el imputado ni en ninguna otra persona, pues es la norma jurídica y el uso de la misma quien lo conforma.

El imputado tiene el interés y la necesidad de defenderse y es solo mediante el uso del derecho objetivo que puede exigirlos; al respecto Kelsen afirma "...El derecho objetivo se pone a disposición de una persona en determinadas condiciones, por tener ésta un derecho subjetivo, dados los supuestos establecidos en la norma..." (37).

Por lo anterior expuesto decimos que el elemento objetivo es el derecho de defensa, surgido de la existencia de diferentes ordenamientos jurídicos que lo fundamentan.

4.3. Carácter Procedimental.

La defensa en el procedimiento penal debe atender lineamientos de carácter procedimental ubicados dentro de los Códigos de Procedimientos Penales y hacer uso de todos los medios legales que permite y establece la ley, ya que la defensa debe apoyarse en disposiciones legales para que tenga validez.

 (37) De Fina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. 3a, ed: Porrúa; México, 1979. pág. 221.

El carácter procedimental se determina de la existencia de normas de derecho positivo que pueden regular los elementos; personal y formal de la defensa, determinando cómo, cuándo y quién -- puede ejercer la defensa.

Para que la defensa se realice correctamente es necesario - conocer el Derecho Penal y el Derecho Procedimental Penal y aunque el imputado puede reunir estos requisitos, por la situación - en que se encuentra no puede hacer uso correcto de los mismos, - por tal motivo la figura del defensor es indispensable y eminentemente procedimental, no solo porque el derecho de defensa y el nombramiento de defensor esté regulado por la ley, sino porque su actividad tendrá que ser apegada totalmente a derecho y por ende de carácter procedimental.

4.4. Elemento Personal.

En materia penal la defensa tiene gran libertad en cuanto a las personas que pueden realizarla, ya que acorde con la constitución y con los ordenamientos procedimentales puede ser realizada por sí mismo, por persona de confianza o por defensor de oficio, - pero cabe hacer alusión nuevamente, que aunque mencionada por todos los ordenamientos jurídicos, la defensa realizada por sí mismo, no señala la persona ideal para culminar los actos de defensa, por tal motivo señalamos al defensor como el elemento personal fundamental de la defensa.

Dejando atrás la posibilidad de realizar la defensa por sí mismo y considerando la amplitud y facilidad que dan las leyes - al imputado para realizar su defensa por medio de defensor, podemos clasificar a éste de la siguiente manera:

- | | | |
|-----------|-----------------------------|--------------------------|
| Defensor. | 1. Persona de
Confianza. | a). Persona no Titulada. |
| | | b). Abogado Titulado. |
| | 2. Defensor de Oficio. | |

La constitución, el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y la Ley de Profesiones, señala a las personas que pueden realizar los actos de defensa en una forma muy similar diciendo que; se oirá en defensa por sí mismo, por persona de confianza o por defensor de oficio; en cambio el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 86, dice que el inculcado podrá defenderse por sí mismo o por medio de su defensor, pero como ya vimos en nuestro cuadro sinóptico el defensor puede ser persona no titulada, abogado titulado o defensor de oficio.

Considerando que la persona ideal para realizar la defensa es el abogado titulado sea persona de confianza del imputado o defensor de oficio, por ser conocedores de derecho, sin embargo la ley también da entrada a personas no tituladas, al respecto la ley reglamentaria de los artículos 4 y 5 Constitucionales, relativos al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal y Territorios Federales establece en su artículo 26, que las autoridades judiciales y las que conozcan de asuntos contenciosos administrativos rechazarán la intervención de patronos o asesores técnicos que no tengan título profesional registrado, exceptuando los casos de los gestores en asuntos obrero, agrario, cooperativos y en materia penal.

El artículo 27, establece que la representación jurídica en-

materia obrera, agraria y cooperativa se regirá por las leyes respectivas; y en materia penal el artículo 28 nos dice: En materia Penal el acusado podrá ser oído en defensa por sí mismo o por medio de persona de su confianza o por ambos según su voluntad, -- cuando la persona o personas de la confianza del acusado designados como defensores no sean abogados, se les invitará para que designe además un defensor con título, en caso de que no hiciere uso de este derecho se le nombrará un defensor de oficio.

Falta solo mencionar que la persona no titulada, como defensor es una figura un tanto impropia, pues las leyes siempre recomiendan que cuando se nombre a ésta como defensor se nombre también a un defensor de oficio.

4.5. Elemento Formal.

El derecho de defensa no es potestativo de las actividades propias del órgano jurisdiccional pues también puede darse en la averiguación previa, ya que está previsto por el artículo 20, C, - fracción IX, y por el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal en los artículos 134 bis, párrafo IV para el derecho de defensa en averiguación previa y 290, fracción III para el derecho de defensa en el proceso penal.

Con base en estos fundamentos decimos que el derecho de defensa se da en las etapas de averiguación previa y las posteriores del procedimiento penal.

Tomando en cuenta todos los elementos que hemos estudiado, - podemos concluir dando el concepto de defensa, el cual encontrará su fundamento en el análisis que de dichos elementos hemos realizado:

"Defensa es la actividad procedimental encaminada a hacer valer los intereses y derechos del imputado realizada por su defensor".

5. Representación, Procuración y Sustitución.

La representación es una institución que se da siempre que una persona realiza un acto jurídico o interviene en todo el proceso, en nombre y en interés de otro, que es el titular del derecho; por lo cual siempre hay una persona (representado) que confiere o faculta a otra (representante) para que realice determinados actos procesales, existiendo además como elemento esencial, que el representante actúe en nombre y en interés de su representado.

Es importante señalar que en la representación todos los actos que lleve a cabo el representante, deben ser en nombre y en interés ajenos, o sea que debe hacer valer derechos e intereses en nombre de su representado como titular del derecho que es, el representante nunca puede actuar en nombre propio, siendo ésta la principal característica de la representación, que la diferencia de otras instituciones como la sustitución.

Tomando en cuenta la forma como puede ser facultada una persona para ser representante, se puede clasificar a la representación como voluntaria, legal y técnica.

La representación voluntaria es aquella que se da por voluntad del titular de la relación jurídica, que teniendo capacidad legal suficiente para intervenir en los actos jurídicos de que se trate, decide hacerse representar por otra persona. La representación legal es la que está previamente dispuesta por la ley, en-

caso de incapacidad del titular. La representación técnica es la que está previamente dispuesta por la ley, a fin de obedecer a -- exigencias técnicas del proceso, por considerar que el titular -- del derecho no poseé los conocimientos necesarios para actuar -- por sí mismo. (38)

Trasladando lo anterior al campo de la defensa penal podemos decir que sí se da la representación, en todos aquellos casos en que permite la defensa se excluye siempre como regla general la presencia del imputado, o aunque éste se encuentre presente, ya que el defensor siempre interviene en nombre de su defenso y no en nombre propio, adquiriendo esta representación el carácter de técnica, por estar previamente dispuesta por la ley y por obedecer a exigencias del proceso, pudiéndose también dar la representación voluntaria cuando la elección del defensor se hace en forma libre.

La representación procesal podemos definirla como; la facultad conferida a una persona (representante) para intervenir en determinados actos procesales o en todo el procedimiento, a fin de hacer valer en nombre de su representado diversos derechos e intereses. (39)

La procuración es una forma de representar al titular de un derecho, por medio de un poder otorgado a una persona llamada procurador, que al igual que en la representación debe intervenir en nombre e interés de su representado.

(38) Giovanni, Leone. Ob. Cit. pág 249.

(39) Manzini, Vincenzo. Ob. Cit. pág 560.

Para que la procuración se de, es necesario que se confiera un derecho a una persona para representar a otra por medio de un mandato, condición sin la cual no existiría la procuración, siendo ésta una representación voluntaria, ya que es el titular del derecho quien decide voluntariamente que se le represente, para Colín Sánchez representación contractual, por existir gracias al mandato que es un contrato en virtud del cual una persona se obliga a cumplir por cuenta de otra determinados actos procesales. (40).

El procurador debe actuar en nombre e interés ajenos haciendo valer los derechos e intereses de su representado, ya que no puede hacerlo en nombre propio, por lo cual podemos definir a la procuración como: "...El acto jurídico en virtud del cual, una persona actúa en determinados actos procesales a consecuencia del derecho a él conferido por un mandato, en nombre y en interés de un sujeto de la relación jurídica..." (41).

La procuración no se da en la figura del defensor, ya que la representación que éste realice no necesita de la existencia de un mandato elemento esencial de la procuración.

La sustitución tiene en cambio características diferentes, ya que encierra la posibilidad de que otra persona distinta al titular de un derecho, intervenga en nombre propio defendiendo un interés ajeno.

El sustituto actúa por su propio derecho, el titular del derecho es el sustituido y el sustituto ejerce a nombre propio -

(40) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. págs. 247, 248.

(41) Manzini, Vincenzo. Ob. Cit. pág. 560.

derechos ajenos en consecuencia es parte en el proceso. (42)

En el caso de la sustitución, la relación procesal se establece entre el sustituto y la parte contraria, para Hugo Alsina - el sustituto es sujeto de la relación procesal prescindiendo de la voluntad del titular de la relación jurídica.

En consecuencia sustitución procesal es la posibilidad legal de que una persona distinta del titular de un derecho, provoque y siga un proceso en su propio interés. (43)

Los representantes y procuradores no son sustitutos procesales ya que no intervienen en el proceso en nombre propio, mediante el ejercicio de un derecho ajeno, sino que intervienen en nombre ajeno además de hacerlo para el ejercicio de un derecho ajeno. En el caso de la defensa penal, los defensores no pueden ser - sustitutos procesales, por encontrarse en la misma situación o sea por no actuar en nombre propio, ni en interés propio.

6. Fines de la Defensa Penal.

Al hablar de fin se entiende, lo que se persigue a través de una actividad, de tal manera que cuando ésta es realizada podría obtenerse un resultado.

La defensa penal es en sí un fin del procedimiento penal, ya que Javier Piña y Palacios al referirse a los fines del proceso, manifiesta que éstos deben de estudiarse tomando en cuenta (al juez, al Ministerio Público, al sujeto activo del delito y al ofendido), así tendríamos que para el juez al fin es tener una base -

(42) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 247.

(43) De Pine Vara, Rafael. Ob. Cit. pág. 430.

para dictar sentencia, respecto al Ministerio Público la defensa social, en cuanto al imputado que tenga libre el ejercicio de la defensa, y en cuanto al ofendido resarcirse del daño moral y material, pero a su vez la defensa penal como elemento del procedimiento penal también persigue determinados fines.

En primer término podemos clasificar los fines de la defensa en genéricos y específicos y a su vez subclasificar cada uno de estos elementos. Los fines genéricos podemos explicarlos siguiendo la tesis de Raabruch, que sostiene que el derecho se orienta en última instancia hacia una meta individualista y hacia una meta trasindividualista, la defensa como institución de derecho que es, no puede alejarse de esta concepción, así tenemos en primer lugar un fin genérico individualista, o sea que la defensa penal debe orientar su misión a servir al individuo, entendiendo que se habla del hombre en general o sea de todo individuo que vea afectados sus intereses por un procedimiento penal, por lo cual la defensa penal debe tener bases y normas jurídicas que sirvan a cualquier persona, de esta manera podemos decir que el fin genérico individualista es; servir al individuo haciendo valer sus derechos e intereses. El fin genérico trasindividualista persigue servir a algo que se estima está encima del hombre, que en este caso sería la justicia, ya que el derecho no puede adolecer siendo injusto, no solo para la seguridad del individuo sino de la sociedad en general, pues la indefensión sería símbolo de atraso en cualquier régimen jurídico.

Los fines específicos de la defensa penal como institución del procedimiento penal que es, serían la verdad de los hechos, la personalidad del imputado y sujetar la aplicación de la ley a determinadas reglas.

La verdad de los hechos es fin específico de la defensa, -- pues el conocimiento sobre la verdad de la acusación es necesario determinarla desde el inicio del procedimiento hasta su terminación, pues la defensa debe buscar la verdad de los hechos delictuosos que se le imputan a una persona, mediante la aportación de pruebas.

Verdad es "...La concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma en el entendimiento..." (44), para Rivera Silva es "...La comunión entre el intelecto y la realidad..." (45), a su vez la verdad tiene diferentes clases que son; la verdad histórica, la verdad formal y la verdad material.

La verdad histórica se tiene solo respecto de los hechos -- que acontecen en el tiempo y en el espacio y que por consiguiente tienen una realidad, así podemos decir que verdad histórica es la unión entre el intelecto y la realidad que se ofrece sin deformación de ninguna especie.

La verdad formal se apega estrictamente a lo establecido -- por la ley o sea que es ésta quien la determina, por lo cual la verdad formal es la que otorga la ley a los diferentes medios de prueba. (46)

La verdad material es la que se fija en el pensamiento del juez como resultado de la certeza (verdad formal) y de la libre-

(44) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 69.

(45) Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Ila, ed: Porrúa; México, 1980, pág. 198.

(46) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. págs. 198, 199, 200.

apreciación (verdad histórica) al calificar los medios de prueba. (47)

Respecto de la personalidad del imputado es importante que la defensa se preocupe por aportar medios necesarios para esclarecer la personalidad del imputado, basándose en elementos familiares, ambientales e investigación social, para conocer su personalidad y el juez esté en aptitud de lograr una verdadera justicia penal.

Hay que señalar que de acuerdo a la escuela positiva, en el proceso la defensa y el Ministerio Público no deben de convertirse en un simple duelo de carácter judicial, sino en un conjunto de actos de carácter técnico, en los que prevalezca la razón y el sentimiento humanitario, ya que no solo hay que tomar en cuenta lo dispuesto por la ley, elemento objetivo sino también al delincuente, elemento subjetivo.

La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y las condiciones económicas, son aspectos que el juez debe de tener presente y que la defensa debe hacer valer en beneficio del imputado.

Sujetar la aplicación de la ley a determinadas reglas; la defensa al buscar la verdad de los hechos y la personalidad del imputado, da bases al órgano jurisdiccional para dictar la ley con propiedad, invalidando así cualquier confusión.

La defensa y el Ministerio Público sujetan la aplicación de la ley a determinadas reglas, ya que son ellos quienes aportan --

(47) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 70.

las pruebas, y el juez solamente las valora; por lo cual la defensa juega un papel importante en la formación del criterio del juez, para aplicar la ley al caso concreto.

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL DEFENSOR DE OFICIO EN LA AVERIGUACION PREVIA.

1. Análisis del Artículo 20 Constitucional, Prección IX: 1.1. Derecho a Ser Oído en Defensa; 1.2. Naturaleza Jurídica del Defensor; 1.3. El Defensor - Debe Ser Abogado; 1.4. Momento en que Surge el Derecho a Nombrar Defensor. 2. Ordenamiento Jurídico que Regula la Existencia del Defensor de Oficio en la Averiguación Previa: 2.1. Exposición de Motivos que Fundamentan la Creación del Artículo 134 bis. 3. Análisis del Artículo 134 bis, Párrafo IV - del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal: 3.1. Calidad de Detenido del Titular - del Derecho a Nombrar Defensor; 3.2. Momento (Averiguación Previa) en que Surge el Derecho a Nombrar Defensor; 3.3. El Ministerio Público Como Autoridad que Puede Nombrar Defensor de Oficio; -- 3.4. Facultad de Realizar la Defensa por Medio de Abogado, Persona de Confianza o Defensor de Oficio; 3.4.1. Concepto de Defensor de Oficio. 4. Ley y Reglamentos de la Defensoría de Oficio: 4.1. Defensoría de Oficio Federal; 4.2. Defensoría de Oficio del Fuero Común.

1. Análisis del Artículo 20 Constitucional, Pracción IX.

Toda persona que vive en sociedad está limitada y regida -- por los ordenamientos jurídicos, que además de imponer obligaciones otorgan derechos, previstos y reglamentados por nuestra constitución. Todo medio consignado en la constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía y tomando en cuenta que el derecho de defensa se encuentra dentro de los primeros veinti nueve artículos de la constitución, podemos afirmar que es una garantía individual definiendo a éstas como: "...Los derechos naturales, inherentes a la persona humana que el estado debe recono-- cer respetar y proteger..." (48).

El derecho de defensa al ser garantía individual también -- cuenta con los principios constitucionales que rigen a éstas, dándole el carácter normativo supremo respecto de la legislación secundaria.

El derecho de defensa como garantía individual que es, se rige por el principio de "Supremacía Constitucional", que establece la prevalencia que tiene sobre cualquier norma o ley secundaria-- que se le contraponga y primacía de aplicación sobre las mismas; principio que cualquier autoridad debe hacer valer sobre cual--- quier disposición ordinaria. Además también se encuentra investi-- do al igual que todas las garantías individuales por el princi-- pio de "Rigidez Constitucional", ya que no pueden ser modificadas o reformadas, solo en los términos que la misma constitución establece.

(48) Burgos, Ignacio. Las Garantías Individuales. 15a, ed: Porrúa; Méxi-- co, 1981. pág. 162.

Las garantías individuales se clasifican de la siguiente manera; de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica, tomando en cuenta el derecho público subjetivo que emana de ellas, o sea el derecho reconocido por el estado, inherente a cualquier persona; a su vez podemos agrupar a las garantías de igualdad, libertad y propiedad, tomando en cuenta que en estas garantías el estado y las autoridades asumen obligaciones de no hacer o de abstención (no vulnerar, no prohibir, no afectar, no impedir, etc) y separar a las garantías de seguridad jurídica en las cuales el estado y las autoridades tienen obligaciones de hacer, consistentes en realizar todos los actos tendientes a cumplir u observar las condiciones que someten la conducta autoritaria, haciendo valer los derechos del particular. (49)

El derecho de defensa está comprendido en las garantías de seguridad jurídica, que son todos los requisitos jurídicos que el estado está obligado a observar cuando se va a afectar los derechos de un particular (vida, propiedad, libertad). Así verbigracia si a una persona se le pretende privar de su libertad por un acto emanado de autoridad, se le debe oír en defensa de acuerdo con las formalidades esenciales del procedimiento o sea que el estado y sus autoridades deben realizar actos positivos, consistentes en cumplir con todos los requisitos legales para que toda su actividad sea jurídicamente válida.

Por lo anterior expuesto podemos concluir que el derecho de defensa es una garantía individual de seguridad jurídica, que forma parte del conjunto de requisitos o circunstancias previas, a -

(49) Burgoa, Ignacio. Ob. Cit. pág. 192.

que debe sujetarse una cierta actividad estatal, para generar una afectación válida en la esfera del particular, integrada por sus derechos subjetivos. (50)

La fracción IX del artículo 20 constitucional establece el derecho de defensa y el derecho a tener defensor en los siguientes términos: "Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos según su voluntad. En caso de no tener --- quien lo defienda, se le presentará la lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite".

El análisis de la fracción IX, nos obliga a determinar el derecho a ser oído en defensa como objetivo principal, la naturaleza jurídica del defensor, a saber si el defensor debe ser necesariamente abogado y a precisar el momento en que surge el derecho a la intervención del defensor, esto equivale a contestar las preguntas: Qué es, quién es y cuándo actúa el defensor. Procederemos a estudiar cada uno de estos aspectos en el orden mencionado.

1.1. Derecho a Ser Oído en Defensa.

El derecho de defensa es el primer elemento que encontramos del análisis de la fracción IX, del artículo 20 constitucional, entendiendo que el derecho a defenderse es aquel que tiene el in-

culpado para oponerse a la acusación.

El procedimiento penal descansa sobre tres pilares que son: la defensa, la acción y la jurisdicción, elementos indispensables y sin los cuales no podría darse la impartición de justicia.

Ante la pretensión punitiva como tesis que sostiene el Ministerio Público (artículo 21 constitucional), la defensa sostiene la antítesis, dejando al órgano jurisdiccional la facultad de realizar la síntesis, luego entonces no es posible pensar en la una sin la otra, esto lleva a determinar por razones de lógica y legalidad que la defensa como elemento contrario a la pretensión punitiva es de igual rango y necesidad que ésta. (51)

Sin embargo la exposición hecha con anterioridad nos lleva a hacernos la siguiente pregunta: qué función tiene la defensa en la primera etapa del procedimiento penal en la cual el órgano jurisdiccional aún no aparece.

En este caso tendríamos que la defensa y la pretensión punitiva se encuentran frente a frente y la actividad de cada cual debe remitirse en los siguientes términos: La pretensión punitiva por medio de la acción penal, facultad potestativa del Ministerio Público de perseguir el delito, que le permite reunir todos los datos y medios de prueba tendientes al esclarecimiento del hecho delictuoso, como primer elemento de la función persecutoria para dar paso al ejercicio de la acción penal, si se reúnen los elementos necesarios; existencia de un delito real y los datos necesarios de los cuales se desprende la responsabilidad de un sujeto-

(51) Zamora, Jesús-Pierce. Garantías y Proceso Penal. Porrúa; México, 1984. págs. 69, 70.

o sujetos; y la defensa a vigilar y realizar todos los actos necesarios para que no se viole ningún derecho del indiciado y aunque como ya señalamos la actividad investigadora es competencia del Ministerio Público, la ley no prohíbe la presentación de elementos que ayuden al esclarecimiento del hecho delictuoso (artículo 135, último párrafo del CPPDF), por tal motivo la defensa en determinado momento también puede aportar medios de prueba.

Por último podemos decir que el derecho de defensa no se limita a ser oído en defensa sino a: 1) Ofrecer pruebas, 2) A que le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y 3) El derecho a tener defensor. Derechos que el artículo 20 consagra con rango constitucional en las fracciones V, VII y IX respectivamente; complementados por la ley de amparo en su artículo 160 que nos dice al respecto: Se consideren violadas las leyes del -- procedimiento de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso. 1) Cuando no se le permita nombrar defensor, fracción II, 2) Cuando no se le reciban las pruebas que ofrezca legalmente o cuando no se le reciban con arreglo a derecho, fracción VI y -- 3) Cuando no se le suministren los datos que necesite para su defensa, fracción VIII.

1.2. Naturaleza Jurídica del Defensor.

El derecho a tener defensor es el segundo elemento que se desprende de la citada fracción IX, ya que la defensa se permite por persona de confianza o a falta de éste, por defensor de oficio, dando lugar a una figura cuya naturaleza jurídica es muy discutida, "El defensor", no es solamente un derecho del procesado, si no también un elemento indispensable del proceso penal, que deberá ser nombrado incluso en contra de la voluntad del acusado, co-

no se deduce del siguiente párrafo de la fracción IX del artículo 20 constitucional. "...Si el acusado no quiere nombrar defensor después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio..."; por lo cual podemos decir que no hay proceso penal sin defensor.

Especial problemática no sólo fijar la naturaleza jurídica del defensor, a la cual nos avocaremos a continuación tomando en cuenta las diferentes denominaciones que se han utilizado como: Mandatario, auxiliar de la administración de justicia, órgano imparcial de justicia, asesor técnico y representante.

En primer lugar los autores toman en cuenta si el defensor puede ser un mandatario o no y González Bustamante dice al respecto. "...Si el defensor fuere un mandatario tendría que regirse por las leyes del mandato y ajustar sus actos a la voluntad expresa del mandante..." (52). De lo cual concluimos que entonces el defensor no podría interponer recursos u otros medios legales de defensa que consagra la ley, sin el consentimiento del mandante, situación que consideramos ilógica.

Jesús Zamora explica que el defensor debe existir incluso si es necesario en contra de la voluntad del procesado, por lo cual afirma que no es un mandatario, pues el mandato es siempre libremente otorgado. (53)

Nuestro punto de vista es que el defensor no puede ser mandatario, ya que un elemento de existencia del mandato es el conser-

(52) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit. pág. 91.

(53) Zamora, Jesús-Pierce. Ob. Cit. pág. 82.

timiento del mandante, para encomendar al mandatario actos jurídicos; y la defensa tiene un carácter obligatorio ya que el juez está obligado a nombrar defensor de oficio en caso que el procesado no lo haga.

Ahora nos encargaremos de considerar si el defensor es auxiliar de la administración de justicia, González Bustamante sostiene: "...Si el defensor tuviere 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 hubiese recibido del inculcado..." (54).

Jesús Zamora coincide con el pensamiento de Bustamante agregando que el defensor realiza este tipo de función en los estados totalitarios en donde el abogado entregaba su lealtad a los intereses del estado. (55)

Por auxiliar de la administración de justicia debemos entender que son: "...Los funcionarios judiciales que cooperan con el juez en la administración de justicia sin ejercer jurisdicción..." (56). Concepto en el cual no encuadra el defensor pues indudablemente que no es un funcionario judicial.

Además a nuestro parecer hay que tomar en cuenta los siguientes aspectos; ya mencionamos que la defensa, la acción y la jurisdicción son los tres pilares del procedimiento penal, y que el defensor y el Ministerio Público son la antítesis y conside--

(54) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit. pág. 91.

(55) Zamora, Jesús-Pierce. Ob. Cit. pág. 34.

(56) De Pina Vara, Rafael. Ob. Cit. pág. 110.

rando que el Ministerio Público dejó de ser auxiliar de la administración de justicia desde la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903, sería ilógico dar tal carácter al defensor, pues se dejaría a éste en total desigualdad y la antisítesis se reduciría a una farza, entonces el juez tendría en el Ministerio Público a una parte del proceso y en el defensor a un ayudante.

El mismo principio anteriormente expresado, sirve de base para comprender que el defensor no puede ser un órgano imparcial de justicia ya que esto equivaldría a romper con el principio de contradicción procesal, además el considerar al defensor como órgano imparcial de justicia, sería una restricción al ejercicio de sus funciones por lo que se refiere a los intereses que se le encomiendan.

Nosotros nos inclinamos por las tesis sostenidas por Guarneri y Leone, que le dan a la naturaleza jurídica del defensor, caracteres de asesor del procesado y representante procesal.

Guarneri afirma. "...Verdaderamente el defensor penal tiene una naturaleza poliédrica y unas veces se presenta como representante y otras como asesor del procesado..." (57).

Leone señala que contemplando al defensor en su configuración general, nos encontramos en presencia de una serie de tentativas encaminadas a definirlo jurídicamente; representación, asesoría, sustitución procesal; tentativas que tocan cada una un aspecto del disputadísimo problema. (58)

 (57) Guarneri, José. Las Partes en el Proceso Penal. Cajica; Puebla, 1952. págs. 336 y 338.

(58) Giovanni, Leone. Ob. Cit. pág. 574

El defensor es representante y sustituto procesal del encausado puesto que actúa por sí solo y sin la presencia de éste en un gran número de actos procesales como; ofrecimiento y desahogo de pruebas, interposición de recursos, formulación de conclusiones, la demanda de amparo. (59)

Además hay que tomar en cuenta que la representación es: -- "...Una institución en virtud de la cual una persona puede realizar actos jurídicos por otra, ocupando su lugar..." (60).

La intervención del defensor aumenta a medida que el proceso penal alcanza mayores niveles técnicos, y la presencia del procesado disminuye, al grado de que solo se le requiere para actos personalísimos.

Y como complemento podemos decir que también realiza funciones de asesor técnico, ya que aconseja a su defensor, con base en sus conocimientos, además de que esta asistencia implica la vigilancia de determinados actos, como el cumplimiento de términos y la correcta realización de las diligencias y en general manifestando una atención constante hacia el curso del proceso. Y una de las funciones principales como asesor del inculcado y fundamento por el cual el defensor además de representante (cuando no se exige la presencia del acusado) es asesor, se refiere a la presencia de éste (el defensor) en todos aquellos casos que, como la declaración indagatoria exige la presencia personal del imputado.

(59) Zamora, Jesús-Pierce. Ob. Cit. pág. 85.

(60) De Pina Vera, Rafael. Ob. Cit. pág. 409.

1.3.El Defensor Debe ser Abogado.

Nuestra constitución establece que deberá oírse al acusado en defensa por sí o por persona de confianza, regulando el libre nombramiento de defensor, pero esta intención de consagrar un derecho sin limitaciones, sin prohibiciones y que diera pante a una libre elección, pone en peligro el mismo derecho de defensa que pretende proteger, ya que la norma constitucional se abstiene de señalar requisitos de capacidad. Al respecto debemos citar dos -- normas jurídicas secundarias que pretenden remediar esta situación.

En primer lugar el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 160 dispone que no pueden ser defensores, los que se hallen presos, ni los que estén procesados, ni los abogados que hallan sido condenados por delitos cometidos en ejercicio profesional, ni los ausentes que, por el lugar en que se encuentren no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse su nombramiento de defensor. A pesar de la sana lógica jurídica de esta disposición, creemos que una norma inferior jerárquicamente a la constitución, no puede contrariarla -- ya que el libre nombramiento de defensor es inestricto, sin embargo volvemos a mencionar que esa libertad puede dar margen a -- errores.

Ejemplar regulación es la que hace en su artículo 23 la Ley Reglamentaria del artículo 5 Constitucional Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, que tras confirmar la disposición constitucional dispone: "En materia penal el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por persona de confianza o por ambos según su voluntad", agrega "Cuando la persona o personas

de la confianza del acusado, designados como defensores, no sean a abogados se le invitará para que designe, además; un defensor con título. En caso de que no hiciera uso de este derecho se le nombrará el defensor de oficio".

Este ordenamiento además de reiterar y respetar el derecho-constitucional a la libre designación de defensor, lo perfecciona al agregarle además un nuevo derecho, el de tener a un defensor - abogado en caso de nombrar a una persona no letrada. No obstante creemos recomendable una reforma constitucional que consagre el derecho a que la defensa quede en manos de abogado.

Además del derecho de libre nombramiento de defensor, la --- constitución da lugar a la defensa realizada por sí mismo conformando la autodefensa pero hay que mencionar que ésta siempre es inadecuada, aunque el inculcado sea un experto en derecho penal, - pues no cuenta con la tranquilidad de ánimo, ni con la movilidad- indispensable para una defensa eficaz, dice Jesús Zamora, "Quien - se defiende a sí mismo tiene, en verdad, a un loco por cliente".

Por último podemos decir que además se establece el derecho a nombrar defensor de oficio cuando no se tiene persona de confianza, pero esta figura la del defensor de oficio la analizaremos posteriormente con toda amplitud.

1.4. Momento en que surge el Derecho a Nombrar Defensor.

Precisar el momento en que se tiene el derecho a nombrar de defensor es de especial interés, pues hay que considerar si el indi ciado en la averiguación previa frente al Ministerio Público, pue de nombrar defensor o si es un derecho reservado al procesado -- frente al órgano jurisdiccional.

La constitución Política resuelve fácilmente estas dos si--

tuaciones, primero el derecho que se tiene a nombrar defensor ante el juez, como se comprende del siguiente párrafo de la fracción IX del citado artículo 20 constitucional.

"...Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria el juez le nombrará uno de oficio...".

En este párrafo no solo se da derecho a tener defensor, sino la obligación por parte del juez de nombrarlo si el acusado no lo hiciera, como posteriormente lo veremos en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

Para darle a la defensa una mayor amplitud incluyéndola desde la etapa de la averiguación previa, se agrega el siguiente párrafo: "...El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido...".

Para comprender la extensión que se quiere dar debemos fijar en qué sentido se usa la palabra aprehensión.

"...Aprehensión (del latín apprehensio) vocablo que expresa la idea básica de coger o asir alguna persona o alguna cosa para retenerla. En el lenguaje jurídico tiene diversa aplicación en situaciones distintas, pero que tienen relación directa con la idea básica señalada..." (61).

En el lenguaje del derecho procesal se puede emplear la expresión de dos formas; como el acto material en que se realiza el apoderamiento de una persona (sentido amplio), y como la ejecución de un mandamiento de autoridad (sentido estricto).

(61) Enciclopedia Jurídica. OMEBA. Tomo I. Ob. Cit. pág. 742.

La aprehensión en sentido estricto (orden de aprehensión), acorde con el artículo 16 constitucional, debe ser expedida por autoridad judicial, ha de mediar denuncia o querrela por hechos sancionados con pena corporal, dichas denuncias o querrelas deben estar apoyadas por declaración bajo protesta por persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado y finalmente ha de ser la orden solicitada por el Ministerio Público, acorde también con el artículo 130 fracción I del Código Adjetivo Común y 195 del Código Adjetivo Federal; García Ramírez nos da la siguiente definición al respecto. "...La orden de aprehensión es un mandamiento judicial por medio del cual se dispone la privación de la libertad de una persona, con el propósito de que ésta quede sujeta, cautelarmente, a un proceso determinado como presunta responsable de la comisión de un delito..." (62).

En sentido amplio aprehensión se remite al momento o instante en que se realiza el apoderamiento de la persona sea por virtud del mandamiento judicial o por detención en casos de flagrancia, cuasiflagrancia o urgencia, como lo establece el mencionado artículo 16 constitucional. Para tal efecto la detención es: "...Una medida transitoria que restringe la libertad de una persona, hasta tanto una resolución judicial no defina su situación jurídica..." (63).

La simple detención no requiere como detalle esencial orden

(62) García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. pág. 275.

(63) Enciclopedia Jurídica. OMBEA. Tomo VIII. Ob. Cit. pág. 749.

escrita, además tiene carácter de transitoria y no de pena por lo cual el status jurídico de una persona detenida tendrá que cambiar ya sea con la prisión preventiva o con la libertad. (64)

Tanto en la orden de aprehensión (aprehensión en sentido estricto) como en la detención se da el "apoderamiento de una persona (aprehensión en sentido amplio), que originarán en la primera una obligación inmediata y en la segunda una obligación mediata de poner al inculcado a disposición del juez, pero indistintamente se iniciarán por el apoderamiento de la persona.

Por lo anteriormente expuesto consideramos que la palabra -aprehensión en la fracción IX del artículo 20 constitucional se utiliza en sentido amplio como: "Acto material de privación de libertad", por tal motivo en los casos de detención, cuando no hay orden escrita también se puede nombrar defensor más aún considerando que se realizará una investigación y el inculcado requiere de una persona que defienda sus intereses.

Pérez Palma opina; si los responsables de los delitos conocieran la disposición constitucional referente al nombramiento de defensor desde el momento de la aprehensión, con toda razón y justificación, podrían negarse a otorgar ante el Ministerio Público su declaración indagatoria sin la asistencia o presencia del defensor. (65).

La Suprema Corte de Justicia ha sostenido tesis en sentido afirmativo referente al nombramiento de defensor por parte del -

(64) Enciclopedia Jurídica. OMBEA. Tomo VIII. Ob. Cit. pág. 750.

(65) Pérez Palma, Rafael. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. Cárdenas; México, 1980. pág. 318.

indiciado, aunque se establece que éste es un derecho solamente y no una obligación para las autoridades de nombrarle defensor, a diferencia de la obligación del juez de nombrarlo en la declaración preparatoria.

"...DEFENSA Garantía de. La obligación impuesta a la autoridad de instancia por la fracción IX del artículo 20 constitucional, surte efectos a partir de que el indiciado es puesto a disposición de la autoridad judicial y ésta al recibir la declaración preparatoria del presunto responsable tiene la obligación ineludible de designarle defensor si es que que aquél no lo ha hecho; más la facultad de asistirse de defensor a partir de la detención del inculcado concierne única y exclusivamente a éste, por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fue detenido, esa omisión es imputable al propio inculcado y no al juez instructor..." (66).

Falta mencionar el reconocimiento que las leyes secundarias han hecho, de la facultad de nombrar defensor desde el momento de la aprehesión, para que éste intervenga desde la etapa de la averiguación previa, reconocimiento regulado por los artículos 134, 134 bis, párrafo IV del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 128 párrafo III, del Código Federal de Procedimientos Penales, ordenamientos jurídicos que vienen a complementar y fundamentar categóricamente el derecho de defensa del indiciado, y específicamente el artículo 134 bis, a implantar la defensoría de oficio en la averiguación previa.

 (66) Tesis 106. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación.- 1917-1925. Segunda Parte. Primera Sala. pág. 236.

3. Ordenamiento Jurídico que Regula la Existencia del Defensor de Oficio en la Averiguación Previa.

El derecho a nombrar defensor está regulado originariamente por la constitución como vimos en el análisis de la fracción IX- del artículo 20 constitucional; de esta disposición legal emanando todos los ordenamientos jurídicos secundarios que regulan tal de recho.

La constitución otorga el derecho de defensa desde que el - presunto responsable es aprehendido, sin embargo no señala pasos - a seguir para que este derecho sea cumplido o respetado por el - Ministerio Público, por otra parte se hace mención de la existen- cia del defensor de oficio a partir de que se toma la declara- ción preparatoria dejando a los inculcados, en la averiguación -- previa, sin los beneficios de la defensa de oficio.

Esta situación viene a ser subsanada en el año 1981 cuando- se adiciona el artículo 134-bis, al Código de Procedimientos Pena- les del Distrito Federal, ya que en su párrafo IV establece:

"Los detenidos desde el momento de su aprehensión, podrán -- nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su- defensa. A falta de uno u otro, el Ministerio Público le nombrará- uno de oficio".

Ninguna norma jurídica puede contravenir las disposiciones- constitucionales, sin embargo si pueden ampliarlas para otorgar - mayores garantías, siguiendo lo establecido por esta ley suprema- este criterio fue el que utilizó el legislador, ya que sin contra- venir el derecho a nombrar defensor, si amplió el derecho a tener defensor de oficio desde la averiguación previa.

2.1. Exposición de Motivos que fundamentan la Creación del Artículo 134 bis.

En esta exposición de motivos que fueron presentados en la iniciativa de ley, de fecha 19 de noviembre de 1981, se sustenta como principal objetivo, "La humanización de la justicia en México", argumentando que es preciso actualizar los procedimientos de procuración de justicia, ya que las policías y el Ministerio Público así como los jueces y magistrados de la década de los ochentas, siguen empujando los métodos reprochables de los inquisidores de la colonia, y que no es posible seguir permaneciendo en su ancestral primitivismo no digno de la sociedad mexicana del ya próximo año dos mil.

Se expresa que el Ministerio Público está muy lejos de cumplir con el rango de "Legítimo instrumento de defensa constitucional", ya que por el contrario se manifiesta como una institución temida por el pueblo, que hace valer su prepotencia en nuestra organización social; se agrega además que nuestra policía judicial es actora de flagrantes violaciones constitucionales, constituyendo verdaderos atropellos a la persona y abusos de autoridad que generalmente quedan impunes; pareciera añadir, que aquí -- existiera una laguna en la ley, pues los ejemplos los vemos a diario.

Finalmente en esta exposición de motivos se argumenta que la constitución ya contempla el derecho de defensa, pero para que estas nobles disposiciones legales no queden en el papel convertidas en mero romanticismo jurídico, es necesario que se de un paso adelante en la aplicación más exacta de nuestras leyes penales, evitando la práctica de diligencias secretas y procedimien--

tos ocultos, que dejan indefenso al inculpado en actos que le afectan en la averiguación previa, al no poder hacer su propia defensa o no poder realizarla por otra persona; concluyendo que es primordial que las leyes secundarias reglamenten el derecho de defensa en la detención del inculpado. (67)

El 29 de diciembre de 1981 es publicado en el diario oficial la adición al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, del artículo 134 bis, que a continuación transcribimos íntegramente:

"...En los lugares de detención dependientes del Ministerio Público no existirán rejas y con las seguridades debidas funcionarán sales de espera.

Las personas que se encuentren en estado de ebriedad, bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aquellas que su situación mental denoten peligrosidad y quienes a criterio de la autoridad investigadora pretendan evadirse, serán ubicados en áreas de seguridad.

El Ministerio Público evitará que el presuato responsable sea incomunicado. En los lugares de detención del Ministerio Público estará instalado un aparato telefónico para que los detenidos puedan comunicarse con quien lo estimen conveniente.

Los detenidos, desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de uno u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio..."

(67) Exposición de Motivos de la Cámara de Diputados. Noviembre - 13 de 1981. págs. 17, 18.

3. Análisis del Artículo 134 bis, Párrafo IV del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

El Código Adjetivo Común en su artículo 134 bis, párrafo IV dispone:

"Los detenidos, desde el momento de su aprehensión, podrán -- nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de uno u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio".

Ordenamiento jurídico que al analizar lo gramos desglozar en los siguientes elementos: 1) Calidad de detenido del titular del derecho a nombrar defensor; 2) Momento (Averiguación Previa) en que surge el derecho a nombrar defensor; 3) El Ministerio Público como autoridad que puede nombrar defensor de oficio; 4) Facultad de realizar la defensa por medio de abogado, persona de confianza o defensor de oficio. Elementos que a continuación estudiaremos de acuerdo al orden ya mencionado.

3.1. Calidad de Detenido del Titular del Derecho a Nombrar Defensor.

El párrafo IV de la norma jurídica en cuestión analizada, otorga en términos generales el derecho a tener defensor, pero para quién, la respuesta a esta pregunta la encontramos al principio del párrafo mencionado, ya que este se inicia con la siguiente expresión, "Los detenidos " para tal efecto debemos entender que para ser titular del derecho a nombrar defensor se debe reunir tal calidad.

"...Detenido es la persona sujeta a detención..." (68), y -

(68) De Pina Varr, Rafael. Ob. Cit. pág. 226.

tomando en cuenta que detención es una medida cautelar que tiene por sustancia y efecto la privación de la libertad física del inculpado, (69) podemos decir que al hablar de detenido, hablamos -- siempre de una persona que está privada de su libertad física -- con carácter provisional, que esta situación se encuentre sujeta a una resolución judicial y a la supuesta comisión de un delito.

Si al hablar de detenido nos referimos a una persona, faltaría entonces precisar a que tipo de persona se refiere tomando en cuenta la dualidad "persona física y moral".

El ser humano hombre o mujer (persona física), tiene derechos y obligaciones y dentro de sus derechos el de libertad, entendiéndola como la facultad de movimiento, realizado por sí mismo, existiendo en ello un elemento volitivo que es "querer realizar la acción"; facultad que una persona jurídica (entidad formada por una pluralidad de individuos jurídicamente organizados) no posee, por no tener voluntad propia ni movimiento propio.

De la falta de voluntad de las personas jurídicas, también se deriva la posición de que no pueden ser sujetos activos en la comisión de un delito, tomando en cuenta que faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito.

de los argumentos anteriormente expuestos podemos decir que la calidad de detenido solamente puede ser imputado a las personas físicas, ya que solo ellos pueden ser sujetos activos en la comisión de un delito y solo en ellos se puede dar la privación de la libertad.

En el procedimiento penal el supuesto sujeto activo del de-

(69) García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. pág. 467.

lito se le ha otorgado diversas denominaciones; indiciado, presunto responsable, imputado, inculcado, encausado, procesado, enjuiciado, acusado, condenado, reo, etc; por lo cual falta determinar cuáles de estos nombres son acordes con la situación jurídica del detenido.

Indiciado es el sujeto en contra de quien existe sospecha de que cometió algún delito, porque se le ha señalado como tal.

Presunto Responsable es aquel en contra de quien existen datos suficientes para presumir que ha sido autor de los hechos -- que se le atribuyen.

Imputado es aquel a quien se atribuye un delito.

Inculcado es aquel a quien se atribuye la comisión de un hecho delictuoso.

Encausado es el sometido a una causa o proceso.

Procesado es aquel que está sometido a proceso.

Enjuiciado es aquel que está sometido a juicio.

Acusado es aquel en contra de quien se ha formulado conclusiones acusatorias.

Condenado es aquel que está sometido a una pena.

Reo es aquel cuya sentencia ha causado ejecutoria. (70)

Del concepto de las diferentes denominaciones y tomando en cuenta que el detenido es supuesto sujeto activo, por existir sospecha y datos suficientes para presumir que ha sido autor de un delito y por lo cual se le atribuye la comisión del mismo; a las personas que se encuentran detenidas se les puede otorgar los --

(70) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 169.

términos; indiciado, presunto responsable, imputado e inculcado; ya que al estar privado de su libertad puede existir sospecha o datos sobre la comisión del hecho delictuoso (indiciado y presunto responsable) y por consiguiente se le atribuye la comisión del delito (imputado e inculcado). Además tomando en cuenta que la de tención tiene un carácter provisional, esto quiere decir que aún no interviene el órgano jurisdiccional, podemos decir que el detenido se encuentra en la etapa de averiguación previa, por lo cual los términos ya mencionados son correctos, aclarando que las deno minaciones indiciado y presunto responsable son propias de ésta y que las denominaciones imputado e inculcado pueden utilizarse también después de la averiguación previa. Considerando que en la detención el juez aún no ha dictado resolución que defina esta situación, los términos; procesado, encausado, enjuiciado, acusado, -- condenado y reo no son aplicables a la persona que se encuentra detenida, ya que en todos estos casos el juez ya tomó parte activa concluyendo la detención y dando paso a la prisión preventiva o sujeción a proceso, exceptuando la situación del reo en la cual el sujeto se encuentra purgando una pena privativa de libertad.

La ley otorga el derecho de libertad y solo puede privarse de ella a persona alguna, cuando la ley expresamente lo señala; en el caso de la detención ésta se encuentra supeditada a la existencia de un delito sancionado con pena privativa de libertad, -- pues dice García Ramírez, la detención es impertinente cuando el delito solo aparece pena no corporal o alternativa; esta situación se encuentra reglamentada en primer término por el artículo 16 constitucional, que dispone que solo se podrá librar orden de ap rehensión o detención por hechos determinados que la ley casti

que con pena privativa de libertad y en segundo lugar por el artículo 18 de la misma ley, que establece que solo se dará la prisión preventiva por delito privativo de libertad, pues en los casos de delitos con pena pecuniaria no se debe dar privación de libertad y en los delitos con pena alternativa solo se sabe si el delito merece pena privativa de libertad hasta la sentencia. (71)

La detención se puede presentar en tres situaciones que son: En caso de delito flagrante, cuasiflagrante y presunción de flagrancia; el artículo 16 constitucional autoriza a cualquier persona para detener al delincuente en caso de flagrante delito; este concepto es interpretado por los artículos 267 del Código Adjetivo Común, que establece la flagrancia en sentido estricto y la cuasiflagrancia y el 194 del Código Adjetivo Federal, que además agrega la presunción de flagrancia.

La flagrancia estricta se da cuando el sujeto es detenido en el momento mismo en que se comete el delito, en cambio la cuasiflagrancia se da cuando la detención se produce tras haber perseguido materialmente al responsable sin perderle la vista una vez cometido el delito, entendiéndose por perseguir una actividad en la cual se buscan y reúnen los elementos necesarios para que se ejercite la acción penal; la expresión sin perderle de vista se debe interpretar que la persecución no se interrumpe o sea que exista continuidad; y por último la presunción de flagrancia se da cuando en el caso de que una vez cometido el delito alguna persona señale a otra como responsable y se encuentre en poder -

(71) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 149.

del señalado el objeto mismo del delito, el instrumento con que a parezca cometido, o huellas o indicios, que hagan presumir su culpabilidad. (72)

Los casos de urgencia son reglamentados por los artículos - (16 C, 268 CPPDF y 193 CPPF), que establecen que en casos de urgencia, la autoridad administrativa podrá decretar la detención del inculcado; entendiéndose por caso de notoria urgencia, que no hay autoridad en el lugar, por la hora o por la distancia y existe temor fundado de que el responsable de un delito que se persigue - de oficio, se substraiga a la acción de la justicia. (73) En base a lo anteriormente señalado el Ministerio Público no puede librar orden de aprehensión en caso de notoria urgencia si el delito se persigue a petición de parte.

En caso de orden judicial la detención se da por medio de la "orden de aprehensión" que es un mandamiento judicial que priva de la libertad a una persona, de lo cual se desprende que solo el órgano jurisdiccional puede librerla, artículo 16 constitucional, pero no puede hacerlo de oficio ya que los artículos 132 --- fracción I del Código Adjetivo del Distrito Federal y el 195 del Código Federal, establecen que la orden de aprehensión debe ser solicitada por el Ministerio Público y a su vez esta solicitud debe de fundamentarse en la reglamentación constitucional que -- dispone: He de mediar denuncia o querrela sobre hechos sancionados con pena privativa de libertad, de tal manera que no se podrá

(72) García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. págs. 395 y 396.

(73) Cerja Osorno, Guillermo. Derecho Procesal Penal. Cajica; Puebla, México, 1969. pág. 188.

solicitar orden de aprehensión, si se trata de delito cuya pena sea no privativa de libertad o alternativa, además se requiere -- que esta denuncia o querrela, estén apoyadas por declaración bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, (artículo 16 C).

La detención tiene como principal fin el aseguramiento del presunto responsable, para evitar su evasión a la justicia y además como garantía al procedimiento penal ya que no puede existir procedimiento penal sin imputado, formando como hemos repetido varias veces, un estado jurídico de privación de libertad, pero con carácter provisional, esto es que está sujeta a una resolución judicial, entonces si ya mencionamos las situaciones por las que se puede presentar faltaría precisar cuándo termina.

Nuestro régimen jurídico solo otorga al órgano jurisdiccional la facultad de poder aplicar el derecho, por tal motivo si una detención la realiza cualquier persona, policía judicial o autoridad administrativa, no son ellos quienes definen esta situación, pues como expresamos anteriormente solamente deben asegurar al presunto responsable y ponerlo a disposición del juez.

El órgano jurisdiccional tiene la obligación fundamental de resolver dentro de las setenta y dos horas siguientes a partir de que se le pone a disposición al detenido, la situación jurídica que deba prevalecer, mediante la formal prisión o la sujeción a proceso cuando hay bases para iniciar el proceso y mediante la libertad por falta de méritos con las reservas de ley, cuando no hay bases para iniciar el proceso, llamado en conjunto estas resoluciones auto de término constitucional.

El auto de formal prisión debe fundamentarse en la comproba

ción del cuerpo del delito (con pena privativa de libertad) y en la probable responsabilidad, dando como principales consecuencias la base del proceso, fijación de tema al proceso y justificación de la prisión preventiva. El auto de sujeción a proceso se dicta cuando hay que iniciar proceso, por existir comprobación del cuerpo del delito y probable responsabilidad pero sin prisión preventiva por aparejar el delito imputado pena no privativa de libertad o alternativa, surtiendo los demás efectos de la formal prisión. El auto de libertad por falta de méritos con las reservas de ley, se da cuando no se puede comprobar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad, por lo cual no existen elementos para procesar y se decreta la libertad. (74)

Por lo señalado con anterioridad podemos decir que la detención termina con el auto de término constitucional, aunque para algunos autores como Burgoa, cuando se da la prisión preventiva en realidad lo que se hace es dividir en dos periodos a la detención; pero espégándonos a lo establecido por la constitución en su artículo 19 que dispone: "...Ninguna detención deberá exceder del término de setenta y dos horas, sin que se justifique con auto de formal prisión...", podemos concluir que ninguna detención deberá exceder este término, sin que exista una resolución judicial que defina la situación jurídica del detenido.

Ya hemos señalado que detenido es la persona que está privada de su libertad por la supuesta comisión de un delito, esto equivale a decir que está sujeta a una investigación, realizada por el órgano investigador de los delitos (Ministerio Público),

 (74) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. págs. 161, 174, 175 y 176.

Y que se encuentra en los lugares destinados a esta función (Agencias Investigadoras), de tal forma creemos que es en estos lugares y frente al Ministerio Público cuando se debe hacer el nombramiento de defensor o sea hacer ejercicio del derecho a nombrar defensor para que tenga validez y reconocimiento legal.

Ahora nos podríamos preguntar, tiene derecho a nombrar defensor las personas que se encuentran en una agencia investigadora para presentar su declaración indagatoria por la supuesta comisión de un delito con pena no privativa de libertad, nuestra respuesta sería sí, tomando en cuenta que el presupuesto para tener tal derecho es estar detenido y aunque la constitución establece que solamente por delito privativo de libertad se puede dar detención, creemos que la persona que se encuentra en una agencia investigadora para rendir su declaración indagatoria por ser presunta responsable de la comisión de un delito con pena pecuniaria o alternativa, también se encuentra restringido de su libertad, ya que no se puede retirar hasta terminar tal diligencia, además de ver afectados sus intereses y por estar en la incertidumbre de saber si lo dejarán o no en libertad, por tal motivo la intervención de un abogado defensor en estos casos también es necesaria; por lo cual creemos que en estos casos tanto las personas que se encuentran privadas de su libertad (delitos con pena privativa de libertad), y las que se encuentran restringidas de ella (delitos con pena pecuniaria o alternativa), éstos últimos en el tiempo necesario para cumplir con la diligencia, se les debe considerar detenidos y gozar del derecho de defensa frente al Ministerio Público en la averiguación previa, primer etapa del procedimiento penal.

3.2. Momento (Averiguación Previa) en que Surge el Derecho a Nombrar Defensor.

Al tratar la expresión detenido, precisamos que dentro del procedimiento penal se le puede denominar de diferentes formas y recordando que el presupuesto para poder nombrar defensor de acuerdo al párrafo IV, del artículo 134 bis, del Código Adjetivo Común, es precisamente estar en estado de detención, entonces en qué etapa del procedimiento penal surge el derecho a nombrar defensor y por tanto se pueden adjudicar los términos: indiciado, presunto responsable, imputado e inculpaado, al titular de este derecho.

El procedimiento penal está formado por un conjunto de actividades, que son realizadas por las personas que intervienen, estando reguladas por un conjunto de preceptos que se integran con las reglas que dicta el estado y que además tiene una finalidad, que es reglamentar las actividades a que nos hemos referido para aplicar la ley al caso concreto; tomando en cuenta estos elementos, procedimiento penal es: "...El conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente... (75).

La clasificación por etapas del procedimiento penal se puede hacer tomando en cuenta el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales, además de considerar el criterio de Rivera Silva.

De acuerdo al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal son:

(75) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 23.

1. Periodo de Diligencias de la Policía Judicial; que se inicia con la denuncia o querrela y termina con la consignación.

2. Periodo de Instrucción; que se inicia cuando se pone el de tenido a disposición del juez y termina con el auto de término - constitucional.

3. Periodo de Juicio; que va desde el auto de formal prisión - o sujeción a proceso, hasta que se dicta sentencia.

De acuerdo al Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 1, las etapas del procedimiento penal son:

1. Averiguación Previa; que se inicia con la denuncia o quere lla y termina con el ejercicio o no ejercicio de la acción pe-
nal.

2. Instrucción; desde que el detenido es puesto a disposición del juez, hasta que el Ministerio Público formula conclusiones.

3. Juicio; desde que el Ministerio Público formula conclusiones, hasta que se dicta sentencia.

4. Ejecución; desde que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales, hasta la extinción de las sanciones aplicadas.

Basándose en la anterior división de las etapas del procedimiento penal, cabe hacer el comentario y observación que Rivera Silva realiza acerca de la última etapa, o sea la ejecución: al respecto nos dice que la ejecución de sentencias no debe de considerarse dentro del procedimiento penal ya que la finalidad primordial de éste es la aplicación de la ley al caso concreto, o sea la sentencia, y no la ejecución de la misma; además de que Kel sen ya hace esta diferenciación y las coloca en diferentes grados de la pirámide jurídica. (76)

(76) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 37.

Por último tomando en cuenta que la ejecución no es parte - del procedimiento penal y en base al criterio de Fivera Silva, ci tamos las diferentes etapas del procedimiento penal.

1. Periodo de Preparación de la Acción Penal; que va desde la denuncia o querrela, hasta la consignación.

2. Periodo de Preparación del Proceso; desde que se ejercita la acción penal, hasta el auto de término constitucional.

3. Periodo del Proceso; de la notificación del auto de formal prisión o sujeción a proceso a la sentencia.

Señalando que el periodo del proceso a su vez se puede dividir tomando en cuenta si el procedimiento es ordinario o sumario.

En el procedimiento federal y ordinario para el Distrito Federal el proceso se divide:

1. Instrucción; del auto de formal prisión o sujeción a proceso, al auto que declara cerrada la instrucción.

2. Periodo Preparatorio del Juicio; del auto que declara cerrada la instrucción, al auto que cita para la audiencia.

3. Discusión o Audiencia; del auto que cita para audiencia, al auto que declara "Visto el Proceso".

4. Fallo, Juicio o sentencia; desde que se declara "visto el proceso", hasta la sentencia.

En el procedimiento sumario para el Distrito Federal el proceso se divide en:

1. Primera Etapa; del auto de formal prisión, hasta el auto que cita para la audiencia.

2. Segunda Etapa; de la recepción de pruebas, hasta la senten-

cia. (77)

Teniendo como base las clasificaciones presentadas y considerando que con la consignación del presunto responsable se excita al Órgano jurisdiccional para que intervenga en un caso en -- particular, entonces la etapa del procedimiento penal en la cual se habla de detenidos por no existir resolución judicial sobre su situación y por tanto es correcto denominarles indiciado, presunto responsable e inculpado en la "Averiguación Previa", pues ésta se inicia desde que el Ministerio Público tiene conocimiento de la comisión de un hecho delictivo y termina con la consignación, siendo esta la primera etapa del procedimiento penal; cabe mencionar que esta etapa es la misma tanto en el procedimiento federal como para el común y a su vez tanto para el ordinario como para el sumario.

La averiguación previa tiene como principal finalidad, reunir los datos necesarios para el ejercicio de la acción penal, - pero el inicio de esta investigación no queda al arbitrio del Ministerio Público, ya que es necesario que se cumplan los requisitos legales de iniciación, que son la presentación de "denuncia" o "querrela", únicos medios que la ley establece (artículo 16 C), para que el Órgano investigador tenga conocimiento de un hecho delictuoso.

La averiguación previa tiene una naturaleza administrativa, ya que es seguida ante una autoridad de esa naturaleza, que es el Ministerio Público; Osorio y Nieto define a la averiguación pre-

 (77) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. págs. 44, 45, 46, 47, 48, 49 y 50.

via como: "...La etapa procedimental durante la cual el órgano in vestigador, realiza todas aquellas diligencias necesarias para -- comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción pe--nal..." (78).

La averiguación previa se extiende pues, desde la denuncia o la querrela, de las cuales iniciaremos su estudio, y que ponen en marcha la investigación hasta el acuerdo de archivo o la determi nación de ejercicio de la acción penal; ya que con la llamada re- serve solo se suspende la averiguación previa, temas que trataremos posteriormente al estudiar el ejercicio de la acción penal -- como una de las funciones del Ministerio Público.

Como señalado que para que arranque la averiguación previa se requiere que se satisfagan los requisitos legales de iniciación, o sea los llamados requisitos de procedibilidad, entendidos éstos como condiciones o supuestos que es preciso llenar para -- que se inicie jurídicamente el procedimiento penal, como lo establece el artículo 16 constitucional, que habla de denuncia, querrela o acusación; al respecto se entiende que las voces querrela y acusación se utilizan como sinónimos, por lo cual esta norma jurí dica solo establece a la denuncia o querrela como únicos medios-- para iniciar el procedimiento penal, principal fundamento por lo cual se les llama requisitos de procedibilidad.

García Ramírez define la denuncia como: "...La participación de conocimiento, hecha a la autoridad competente, sobre la comi--

(78) Ocorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. 2a, ed:--
Porrúa; México, 1983. pág. 17.

sión de un delito que se persigue de oficio..." (79).

Rivera Silva la define como: "...La relación de actos que se suponen delictuosos, hecha por cualquier persona y ante el Ministerio Público..." (80).

De estas definiciones podemos mencionar que la denuncia tiene como elementos, la participación de conocimientos o sea la relación de actos que se consideran delictuosos, hecha ante la autoridad competente o sea el órgano investigador y presentada por cualquier persona.

Por participación de conocimientos o relación de actos se debe entender que se va a exponer lo acontecido, ya sea en forma oral o escrita, siendo necesario que sea esta exposición sobre delitos perseguibles de oficio, por lo cual el deseo de que se persiga al autor de estos actos "queja", no es indispensable.

La relación de actos se debe presentar ante la autoridad -- competente o sea el Ministerio Público, única autoridad facultada por la constitución (artículo 21 C), para perseguir los delitos, -- además de ser el representante social encargado de iniciar la investigación correspondiente al surgir la comisión de un delito. -- La Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, registra en su artículo 1, la posibilidad de que en casos urgentes la policía judicial podrá recibir denuncias, dando cuenta de inmediato al Ministerio Público; con esta disposición reafirmamos que la autoridad competente es el Ministerio Público, ya que en estos casos la policía judicial solo actúa como un receptor --

(79) García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. pág. 387.

(80) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 110.

ya que tiene la obligación inmediata de poner en conocimiento al Órgano Investigador.

Por último mencionaremos que la denuncia puede ser presentada por cualquier persona, dando a esta expresión el sentido más extenso, involucrando en él cualquier carácter que la persona denunciante posea. Tomando en cuenta que la denuncia opera sobre delitos perseguibles de oficio no se requiere ninguna calidad en el denunciante; por lo tanto el Ministerio Público tiene la obligación de iniciar la investigación inmediatamente que tenga conocimiento del hecho delictuoso.

Según García Ramírez la querrela es: "...La participación de conocimiento, sobre la comisión de un delito, de entre aquellos -- que solo se pueden perseguir a instancia de parte, como una declaración de voluntad formulada por el interesado, ante la autoridad pertinente para que persiga y sancione a los responsables... (81).

Rivera Silva define a la querrela como: "...Una relación de hechos expuesta por el ofendido, ante el Órgano Investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito... (82).

Los elementos que forman estas definiciones son, una relación de hechos o sea la participación de conocimiento, además que sea expuesta por la parte ofendida, ante el órgano investigador y por último que desee que se persiga y que se castigue al autor del delito.

(81) García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. pág. 359.

(82) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 120.

La querrela al igual que la denuncia se puede realizar en forma oral o escrita, debiéndose presentar ante el Ministerio Público como la autoridad competente para la persecución de los delitos, y consistirá en una relación de hechos, o sea narrar y exponer los hechos y actos que vienen a integrar el delito.

Es necesario que esta exposición de hechos sea realizada por el ofendido, ya que se estima que entra en juego un interés particular cuya intensidad es más vigorosa que el daño sufrido por la sociedad, además de que en estos delitos no se puede iniciar la investigación de oficio, ya que con tal proceder se puede causar mayor daño que el causado por el propio delito, al hacerlo público mediante la investigación.

En México nuestra legislación ha conferido al ofendido el "Monopolio de la querrela", cuando se exige el cumplimiento de tal requisito de procedibilidad como una condición necesaria para el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, tal como sucede respecto de los delitos de estupro, rapto, difamación, etc. Dentro de la Averiguación previa el ofendido puede poner a disposición del órgano investigador los datos que contribuyan a establecer la presunta responsabilidad del indiciado, así como aquellos que permitan al órgano de la acusación, reclamar la reparación del daño resultante de la conducta atribuida al presunto responsable.

Dentro del procedimiento penal reciben el nombre de ofendido, el sujeto pasivo del delito, así como quienes a causa de la muerte o de la incapacidad ocurrida al sujeto pasivo del delito, le suceden legalmente en sus derechos o les corresponde su repre-

representación legal. (83)

Interpretando la expresión ofendido, tenemos que no solo nos referimos al sujeto pasivo del delito, sino a toda persona que ha ya sufrido algún perjuicio con motivo del delito, por lo cual tenemos que la querrela no solo puede ser presentada por el sujeto pasivo del delito, sino por otras personas, surgiendo la representación en la formulación de la querrela.

La representación en la formulación de la querrela se puede estudiar distinguiendo cuando se trata de menores de edad, de los mayores y de las personas morales.

Respecto de los menores la ley permite, que la presente el menor directamente, que a nombre del menor la presente cualquier persona que haya sufrido algún perjuicio con el motivo del delito, y si el menor está incapacitado, pueden formular querrela los ascendientes, a falta de éstos los hermanos, o los que representen legalmente al incapacitado.

Respecto de los mayores la querrela, se puede presentar además del sujeto pasivo del delito, en los casos de rapto, estupro o adulterio o si el ofendido es incapacitado, por los ascendientes a falta de éstos, por los hermanos o los que representen legalmente al incapacitado y en los demás casos por un apoderado, siendo suficiente un poder general con clausula especial para formular querrelas.

En lo que se refiere a las personas morales, la querrela puede ser presentada por apoderado, que tenga poder general para ---

(83) Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VI. Porrúa; México, 1985. - pág. 303.

pleitos y cobranzas con clausula especial para formular querrelas.

La querrela presenta como último elemento, el deseo de que se persiga y se castigue al autor del delito, llamado este elemento "queja", teniendo suma importancia en la formulación de la querrela ya que en este tipo de delitos existe el perdón por lo cual es natural pensar que para que se persiga al inculcado, se debe hacer patente que no existe tal perdón; por perdón se entiende: "...La manifestación expresa de voluntad, en virtud de la cual se hace patente el propósito del ofendido, de que no se castigue al infractor..." (84), entonces nosotros deducimos que queja también es una manifestación de voluntad, que implica el deseo de que se persiga y se castigue al sujeto activo del delito.

3.3. El Ministerio Público Como Autoridad Que Puede Nombrar Defensor de Oficio.

Para comprender con claridad la institución del Ministerio Público es importante estudiarlo desde el punto de vista de la función persecutoria y los caracteres que reviste como órgano en cargo de esta función.

El Ministerio Público es una institución surgida en Francia y tiene sus antecedentes en México en los Procuradores Fiscales siendo utilizada la nomenclatura del Ministerio Público por primera vez en 1969, en la Ley de Jurados Criminales para el Distrito Federal, pero es en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal de 1880, cuando la institución del Ministerio Público se convierte en una magistratura para pedir y auxiliar la-

(84) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 126.

pronto administración de justicia, el Código de Procedimientos Penales de 1894 sigue en términos generales lo estatuido por el de 1880, y es en la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903, cuando se da un avance definitivo, culminando en el artículo 21 de la constitución de 1917.

Por Ministerio Público debemos entender; cuerpo de funcionarios e institución procesal encargada de la persecución de los delitos y del ejercicio de la acción penal. (35)

El Ministerio Público constituye un cuerpo orgánico o entidad colectiva, característica propia de su organización, que emanando desde la Ley Orgánica de 1903, pero aunque tiene pluralidad de miembros posee indivisibilidad en sus funciones, por estar estas encaminadas a defender y representar los intereses de la sociedad ante los tribunales actuando independientemente de la parte ofendida. (36)

El Ministerio Público es parte en el proceso penal, pero con ciertas singularidades que le alejan de la fisonomía común, ya que se considera que es parte pública porque tiene carácter de órgano del estado, y forzosa porque solo él puede ejercitar la acción penal, debe de intervenir de modo indispensable para que exista proceso, además se considera que es parte de buena fe, porque no persigue intereses particulares sino intereses benéficos para la sociedad. (37)

(35) De Pina Vera, Rafael. Ob. Cit. pág. 336.

(36) Fivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 75.

(37) García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. pág. 244.

La institución del Ministerio Público depende del ejecutivo por ser el Presidente de la República quien nombra al Procurador de la República, siendo además una institución de carácter federal, por estar todos los estados obligados a establecer dicha institución.

De acuerdo al artículo 21 constitucional, el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción procesal penal, ya que corresponde exclusivamente a él la persecución de los delitos, estableciendo este artículo también, que tiene a sus órdenes a la policía judicial, situación que emana a partir de la constitución de 1917.

En cuanto a la capacidad subjetiva en abstracto del Ministerio Público, podemos decir que el Procurador y Subprocuradores en el ramo federal deben reunir los mismos requisitos que para ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia, (artículo 15 de la LOPGR) y en el ramo común, los mismos requisitos que para ser magistrado del Tribunal Superior de Justicia, (artículo 12 de la LOPGJDF).

Por lo que se refiere a los agentes del Ministerio Público en el ramo federal deben ser: Mexicano por nacimiento, tener buena conducta, no haber sido sentenciado por delito intencional, ser licenciado en Derecho, tener por lo menos dos años de servicio profesional y aprobar los exámenes de ingreso, cursos y prácticas que se determinen para su mejoramiento profesional, (artículo 16 de la LOPGR). En cuanto a los agentes del Ministerio Público en el ramo común deben reunir los siguientes requisitos: Ser mexicano por nacimiento, tener buena conducta, no haber sido sentenciado por delito intencional y ser licenciado en Derecho, (artículo-

14 de la LOPGJDF).

La capacidad subjetiva en concreto respecto de los agentes del Ministerio Público la determinan los artículos (27 de la --- LOPGR y 26 de la LOPGJDF), que establecen el principio de irrecusabilidad de los funcionarios del Ministerio Público, pero también ponen a cargo de éste excusarse cuando exista alguna causa de impedimento, respecto de la incompetibilidad se prohíbe el desempeño de otros puestos oficiales, salvo los de carácter docente (artículo 28 de la LOPGR y artículo 27 de la LOPGJDF).

Una vez tratado al Ministerio Público como órgano tendremos que avocarnos al estudio de su principal actividad, "la función persecutoria".

La función persecutoria se enmarca en la búsqueda y reunión de los elementos necesarios, para hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de los hechos delictuosos, se les apliquen las consecuencias de derecho; de lo cual desprendemos -- que la función persecutoria se debe de estudiar en dos planos, en cuanto a la búsqueda y reunión de los elementos necesarios (actividad investigadora), y en cuanto a la finalidad de que se apliquen las consecuencias establecidas en la ley (ejercicio de la acción penal). (88).

La actividad investigadora es presupuesto forzoso del ejercicio de la acción penal, ya que si se va a excitar el órgano jurisdiccional, para que aplique la ley en un caso en concreto basándose en determinados hechos, es necesario haberlos investigado previamente, por consiguiente actividad investigadora es una-

(88) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 55.

averiguación y búsqueda constante de pruebas que demuestren la existencia de los delitos y la probable responsabilidad de quienes los hayan cometido. El Ministerio Público como encargado de esta actividad investigadora debe procurar proveerse de todos los elementos o pruebas necesarias para poder pedir al juez las sanciones pertinentes.

La actividad investigadora realizada por el Ministerio Público se orienta a la satisfacción de necesidades de carácter social, o sea al mantenimiento de un orden social estatuido para la buena convivencia, por lo tanto se puede decir que la actividad investigadora tiene calidad de pública, además de regirse por los principios de: Requisitos de iniciación, de oficiosidad y de legalidad.

El principio de requisitos de iniciación se refiere a que la iniciación de la investigación no se deja al arbitrio del Ministerio Público, sino que para dicho comienzo se requiere de la presentación de denuncia o querrela, requisitos fijados por la ley (artículo 16 C), sin los cuales el órgano investigador no puede iniciar.

La actividad investigadora se rige por el principio de oficiosidad, ya que una vez iniciada la investigación, el Ministerio Público lleva a cabo la búsqueda de las pruebas sin que sea necesario la solicitud de parte, aún en los delitos perseguibles por querrela necesaria.

El principio de legalidad se refiere a que el órgano investigador debe de regirse por la ley en la búsqueda de pruebas, aun que ésta deba hacerse de oficio o sea obligatoriamente, por lo --

cul la investigación debe hacerse conforme a derecho. (89)

Para la comprensión del ejercicio de la acción penal, finalidad de la función persecutoria, es primordial fijar en que consiste la acción penal.

El estado como representante de la sociedad que es, debe velar por la armonía social, por lo cual se le concede el derecho de reprimir todo lo que atente contra ella (acción penal), que comprende una facultad en abstracto y un derecho en concreto de perseguir los delitos, una actividad para verificar la existencia del delito, culminando en la decisión de excitar al órgano jurisdiccional.

Tiene el estado una facultad en abstracto, porque es él quien concierne la persecución de los delitos, siendo esta facultad permanente e indeclinable o sea que no se extingue en ningún momento. El derecho en concreto surge cuando se comete un delito teniendo el estado la obligación de actuar respecto de los hechos acontecidos.

Para que se pueda decidir si se excita al órgano jurisdiccional es indispensable cerciorarse de la existencia del delito y de los autores del mismo, iniciándose una actividad investigadora constitutiva de la averiguación previa, culminando esta actividad investigadora en la decisión de consignar o sea de ejercitar la acción penal en este momento termina la llamada etapa de preparación del ejercicio de la acción penal e inicia el ejercicio de ella.

Tomando en cuenta lo explicado respecto de la acción penal-

(89) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 62.

podemos definir al ejercicio de la acción penal como: "...El conjunto de actividades realizadas por el Ministerio Público ante un órgano judicial, con la finalidad de que éste pueda declarar el derecho en un acto que el propio Ministerio Público estime delictuoso..." (90).

Es un conjunto de actividades porque se deben de realizar determinada gestiones ante el juez, además de ser estas actividades de carácter público e indivisible, ya que deben de alejarse de intereses privados y deben de realizarse sin distinción de personas, teniendo como finalidad que el órgano jurisdiccional conozca de un caso y que conforme a derecho aplique la ley, siendo obligatorio para el juez conocer sobre ese caso en particular.

Los motivos que dan lugar al ejercicio de la acción penal (acción procesal penal), son; comisión de un hecho delictuoso, que un acto sea dado a conocer por denuncia o querrela ante la autoridad investigadora, que mediante la actividad investigadora se averigüe las características del acto y de la imputación que del mismo pueda hacerse a una persona y la creencia del Ministerio Público de poseer el derecho (acción penal), para exigir la aplicación de una sanción.

De lo cual podemos concluir que la acción procesal penal nace con la actividad que el Ministerio Público realiza ante el juez, para que aplique la ley, teniendo como presupuestos, la comisión de un delito, la denuncia o querrela, la averiguación de los hechos delictuosos y la estimación del Ministerio Público de que debe exigir la aplicación del derecho.

(90) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 62.

Por cuanto se refiere a las características que animan a la acción procesal penal podemos decir que ésta es: Pública e indivisible. Es pública porque queda excluida de los ámbitos en que se mueven únicamente intereses privados; y es indivisible porque tanto el derecho de castigar, como el ejercicio de la acción penal, alcanzan a todos los que han cometido un delito, sin distinción de personas.

Los principios que rigen a la acción procesal penal según Rivera Silva son: El de oficiosidad y el de legalidad.

El principio de oficiosidad se refiere a que el ejercicio de la acción penal no queda a la iniciativa privada, pues el Ministerio Público como representante de la sociedad no debe posponer los intereses sociales a los particulares, por lo cual la acción procesal penal debe de realizarse de oficio.

El principio de legalidad estatuye que el ejercicio de la acción penal no queda a capricho del Ministerio Público, pues la acción procesal penal debe realizarse conforme lo establece la ley, hay que considerar que el Ministerio Público es una institución de buena fe, por lo cual se da el no ejercicio de la acción penal, el desistimiento o la solicitud de libertad, esto en función de que la sociedad al igual que está interesada en que se castigue al delincuente, se interesa en que no se castigue a quien no lo merece. (91)

Guillermo Borja Osorno nos habla de los principios que rigen la acción penal, pero en verdad estos principios no rigen solo la acción penal, sino también el ejercicio de la acción penal-

(91) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. págs. 68 y 69.

(acción procesal penal) deducción que se comprenderá fácilmente al realizar el estudio de los mismos.

Principio de la irrevocabilidad, irtractabilidad o indisponibilidad de la acción penal: este principio consiste en que una vez que se ejercitó la acción penal ante un órgano jurisdiccional, no se puede desistir de dicha acción ya que existe la obligación de continuarla hasta obtener una decisión judicial que ponga fin al proceso, ya que ni las partes ni el Ministerio Público aunque éste crea en la inocencia del procesado, pueden decir la última palabra respecto de la responsabilidad del mismo, por ser ésta una actividad reservada al juez; este principio tiene su fundamento en la obligatoriedad del proceso, ya que una vez ejercitada la acción penal, solo el juez puede decidir sobre un caso en concreto.

Principio de la verdad real, material o histórica; en el proceso penal el juez busca la realidad de los hechos, puede hasta desechar la confesión del procesado si la creó falsa o interesada, aún teniendo ésta una especial valoración legal, por lo cual decimos que el proceso penal busca la verdad real, material o histórica, aunque hay que señalar que por la imposibilidad que a veces se tiene para llegar a ella, la ley da una verdad formal a determinados medios de prueba, estableciendo así un sistema mixto, quedando la valoración de la prueba a veces fijada por la ley y otras veces sujeta al arbitrio del juez; pero esto no desecha la idea de que el Derecho Procesal Penal y el ejercicio de la acción penal busquen la verdad histórica.

Principio de la inevitabilidad de la acción penal; este principio consiste en que no se puede aplicar ninguna pena si no es-

a través del ejercicio de la acción penal que provoque una decisión jurisdiccional, el ejercicio de la acción penal es necesario para obtener tanto una declaración negativa como para obtener -- una afirmativa, así como a todo delito debe seguir el ejercicio -- de la acción penal (principio de legalidad), no se puede llegar -- a la pena sin la acción procesal penal (principio de inevitabili-- dad); un principio constituye el racional correlativo implícito -- del otro.

Principio de la prohibición de la reformatio in-peius; este principio afirma la prohibición que tiene el juez de segunda in-- stancia, de reformar la sentencia dictada por el juez de primera -- instancia, en perjuicio del acusado como apelante. (92)

Estudiados los principios que rigen el ejercicio de la ac-- ción penal es menester pasar al estudio de los principios que ri-- gen la actuación del Ministerio Público.

Para Colín Sánchez el Ministerio Público se rige por los -- principios de; jerarquía porque depende de un procurador, por el -- principio de indivisibilidad porque aunque varios agentes inter-- vengán en asuntos determinados, éstos representan a una sola ins-- titución, por el principio de independencia en relación con los -- órganos jurisdiccionales y por el principio de irrecusabilidad -- que tiene su fundamento en los artículos 12 y 14 de las Leyes Or-- gánicas del Ministerio Público. (93)

Para Mezzini citado por Borja Osorno la actuación del Minis-- terio Público implica tres especies:

(92) Borja Osorno, Guillermo. Ob. Cit. págs. 117, 118, 119, 120 y 121.

(93) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. págs. 109 y 110.

-Actividad Inquiriente.

-Actividad de Persecución Procesal, Requiriente.

-Actividad de la Realización de los Resultados Obtenidos.

En nuestro sistema Procesal Mexicano se pueden dar estas -- tres actividades si tomamos en cuenta que el Ministerio Público -- antes del proceso judicial cuando practica las diligencias de po -- licía judicial, que tienen por objeto concretar la verdad o los -- elementos necesarios para ejercitar la acción penal ante los tri -- bunales de acuerdo a los requisitos señalados por el artículo 16 -- constitucional, el Ministerio Público tiene en esta etapa una ac -- tividad inquiriente ,ya que debe reunir los elementos necesarios -- para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabili -- dad del imputado. El Ministerio Público en su actuación durante -- la tramitación del proceso judicial activando su conclusión, el -- Ministerio Público tiene una actividad de persecución o requirien -- te ya que excita al órgano jurisdiccional para que conozca y a -- plique la ley a un caso en concreto. Y por último el Ministerio -- Público tiene una intervención en la ejecución de las sanciones -- ya que mediante el ejercicio de la acción penal ejecuta actos de -- realización de los resultados obtenidos, poniendo en funcionamien -- to la máquina judicial. (94)

El Ministerio Público se rige por el principio de legalidad ya tratado al hablar de los principios que rigen la acción proce -- sal penal y éste se basa en que siempre se debe de ejercitar la -- acción penal, cuando se cumplan con los requisitos señalados por -- la ley, al respecto otros autores hablan del principio de oportu --

(94) Borja Osorno, Guillermo. Ob. Cit. págs. 82 y 83.

nidad o discrecionalidad, que permite que el Ministerio Público - se abstenga de ejercitar la acción penal cuando se va a reportar mayores inconvenientes que ventajas; Manuel Rivera Silva sostiene atinadamente, que este principio no opera, ya que el fundamento de que el Ministerio Público no ejerza la acción penal o desista de ella (artículo 14 del CFFP) es que éste es una institución de -- buena fe y que como tal tiene interés en que no se cometan injus-- ticias.

3.4. Facultad de Realizar la Defensa por Medio de Abogado, Persona de Confianza o Defensor de Oficio.

La fracción IV del artículo 134 bis, del Código de Procedi-- mientos Penales del Distrito Federal, faculta a los detenidos a -- nombrar abogado o persona de confianza que se encargue de su de-- fensa y a falta de éstos, se les nombrará un defensor de oficio: -- por lo cual tenemos que en la etapa de averiguación previa existen tres posibilidades respecto del defensor; que sea abogado, per-- sona de confianza o defensor de oficio.

En esta norma jurídica no se menciona la defensa material o sea la defensa realizada por sí mismo, sin patrocinio de un defen-- sor, sin embargo se sobreentiende que no se niega, aunque hay que -- señalar que debido a la gran autoridad con que faculta la ley al Ministerio Público y siendo éste el encargado de reunir todas -- las pruebas necesarias para comprobar el cuerpo del delito y la -- presunta responsabilidad, en realidad la defensa material se en-- cuentra muy restringida.

Por lo que se refiere a la defensa formal, defensa realizada por un defensor, ésta puede ser realizada por defensor particular o de oficio, que haciendo uso de un derecho objetivo en este caso

artículo 134 bis, del Código Adjetivo Común, pueden asumir la defensa del imputado, aunque para la defensa formal es igualmente válido lo señalado con anterioridad, sienna también ésta muy restringida.

El nombramiento de defensor puede ser por designación de parte o por designación de oficio; respecto de la primera, el imputado tiene la libertad para elegir defensor sea abogado o no, ya que tratándose de una función de confianza, es él quien debe designar a la persona que le merezca aquella, para que defienda sus intereses. La designación de oficio es el nombramiento de defensor de oficio que realiza la autoridad facultada por la ley para éste efecto. (95)

Tal situación nos lleva a reflexionar respecto de las posibilidades del Ministerio Público como autoridad competente en la etapa que mencionamos, para en forma sustituta nombrar un defensor de oficio, nos preguntamos hasta donde puede darse incompatibilidad de esta situación con las actividades propias del órgano que mencionamos.

Si tomamos en cuenta que el artículo 21 constitucional, obliga al Ministerio Público a perseguir el delito y recordamos que éste cumple sus funciones, no solo como un deber jurídico sino como representante de la sociedad, tratando de establecer qué hechos pueden ser estimados como delictuosos y cuáles no, con la finalidad de ejercitar la acción penal cuando corresponde y con ello cumplir satisfactoriamente con sus deberes jurídicos y para con la sociedad, nos damos cuenta que precisamente en este punto operan varios principios, ya que se realiza una actividad inquiriente, imprescindible, basada en cumplimiento de requisitos jurídi

(95) Fenech, Miguel. Ob. Cit. pág. 377.

cos y por ello es legal y en forma oficiosa, lo que significa que el Ministerio Público dentro de su actividad como autoridad y de acuerdo con los lineamientos legales, tiene permitida una serie de actividades que solo en mínima parte mencionan la posibilidad de una defensa. Por otra parte esta serie de actividades se realizan siempre pensando en aquello que satisfacen las necesidades de la sociedad y por ello se ven satisfechas con el ejercicio de la acción penal o en su caso la resolución contraria, que únicamente puede llevar a cabo el Ministerio Público (artículo 21 C), recibir el conocimiento de un probable hecho delictuoso que investiga y en su momento puede estimar como existente, pero dentro de sus posibilidades no está la demostración de ese hecho delictuoso, que se reserva al órgano jurisdiccional, autoridad facultada para declarar el derecho, consecuentemente el artículo 134 bis del Código Adjetivo Común, nos ubica en la averiguación previa, como momento propicio para el nombramiento de defensor, sin embargo y como hemos dejado constatado, esta etapa comprende actividades que en esencia pretenden culminar con la concretización de la -- pretensión punitiva, mediante el ejercicio de la acción penal, dándonos cuenta de que el defensor no puede intervenir en justificación de su existencia en esta etapa del procedimiento penal cuestión que se ve claramente en la constitución pero que inexplicablemente olvida el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, dándole posibilidad al indiciado de nombrar defensor pero de acuerdo con los lineamientos legales, solo se le da a éste la posibilidad de la petición de la libertad del indiciado -- (artículos 270 y 271 del CPPDF), (96). Vedando la posibilidad de a

(96) Landeros Camarena, María Antonieta. La Defensa Camino a la Libertad. Estudio Jurídico Polivalente. ENEP, Aragón; México, 1986. pág. 48.

sesoría y ejecución en todo aquello relacionado con el ofrecimiento y desahogo de pruebas, sin embargo, esto no es absoluto si tomamos en cuenta que el Ministerio Público realiza una función pública, pues siempre se dirige en base a intereses sociales, representándolos y realizando de esta manera la defensa social, por lo cual el órgano investigador realiza una función pública haciendo valer intereses públicos; el defensor de oficio también realiza una función pública, pues así como la sociedad tiene el interés en que se castigue a los autores de un hecho delictuoso, también tiene el interés en que no se castigue a personas inocentes, por tanto el defensor de oficio realiza una función pública haciendo valer intereses particulares, los del indiciado. El Ministerio Público como representante de la sociedad y considerando que ésta tiene el interés de que no queden indefensas las personas sujetas a una investigación, creemos que en determinado momento puede hacer uso del artículo 134 bis, y nombrar defensor de oficio al indiciado si éste no ha nombrado defensor particular, considerando además que el fin trasindividualista de la defensa es la justicia, ya que el derecho no puede adolecer de injusto, no solo para seguridad del individuo sino de la sociedad, pues la indefensión sería símbolo de atraso en cualquier régimen jurídico.

Hemos manifestado que las actividades tendientes a la persecución del delito no llevan consigo la pretensión punitiva sino la intención de demostrar la existencia de un hecho delictuoso, por lo cual la intervención del defensor de oficio en este momento en cuanto a la aportación de pruebas sería un tanto incierta, pero recordando que el Ministerio Público tiene que regirse por el principio de legalidad o sea que la investigación del delito-

no puede hacerla conforme a su capricho sino que debe actuar como lo establece la ley, así tendríamos que el defensor de oficio en esta etapa debe procurar la regularidad del trámite, lo que -Clarita Olmedo define como contenido formal de la defensa, siendo así imposible que se presentara el contenido substancial de la misma, pues éste consiste en afirmaciones, acreditaciones y razonamientos que tienden a destruir la pretensión punitiva y hay que recordar que ésta no se presenta en la averiguación previa, sino hasta que se ejercita la acción penal.

Ahora bien el defensor de confianza que pudiera nombrar el indiciado pretende únicamente intereses particulares, sin embargo los realiza con la finalidad de evitar el estado de indefensión tan significativo que se ve patente en las garantías individuales, y que corresponden a éste y en el caso del defensor de oficio, desde el punto de vista de la posibilidad contemplada en el artículo 134 bis, de la ley que mencionamos, a un reconocimiento de este derecho en base a una característica del Ministerio Público como lo es la buena fe que contribuye al bienestar de la sociedad, de tal manera pensemos que la existencia de lineamientos contenidos en el ordenamiento jurídico analizado radica en el estudio que contemplamos.

Concluyendo, creemos que la facultad de nombrar defensor de oficio en la etapa de averiguación previa por parte del Ministerio Público cuando el indiciado no ha nombrado defensor particular, se fundamenta en que éste es una institución de buena fe y además en la intención de que no exista la indefensión en ninguna etapa del procedimiento penal; por lo cual siendo el Ministerio Público el Titular y encargado de la etapa de averiguación pre-

via solo él puede tener la facultad de realizar la designación de oficio, cuando el indiciado no tenga defensor particular.

En cuanto al nombramiento de persona no titulada como defensor, creemos que no es la opción más acertada, como ya lo hemos señalado en ocasiones anteriores, pues hay que recordar que una de las funciones del defensor es ser asesor del imputado y cómo puede serlo si no conoce de derecho y aunque la fracción IX del artículo 20 constitucional y el artículo 28 de la ley de profesiones permiten que las personas no tituladas puedan ser defensores esto obedece a que no se quiso limitar el derecho a la libre elección de defensor por parte del imputado, pero hay que recordar que al mismo tiempo la Ley de Profesiones establece que en caso de que se nombre como defensor a persona no titulada, se debe nombrar además un defensor de oficio, respetando el nombramiento hecho por el imputado, pero facultándolo a la vez con una persona conocedora de derecho (artículo 28 de la L.P).

La defensa realizada por abogado o defensor de oficio podríamos decir que es una defensa legal, pues es una actividad realizada por un profesional, encaminada a dirigir la defensa del imputado, por lo tanto la elección de abogado como defensor es correcta, además de estar permitida por la ley.

Por lo que se refiere a la defensa realizada por defensor de oficio en la etapa de averiguación previa; el artículo 134 --bis, párrafo IV establece en su última parte el derecho que tiene el detenido de que se le nombre un defensor de oficio, cuando éste no ha nombrado abogado o persona de confianza que se encargue de su defensa, regulación jurídica que viene a crear y fundamentar la existencia de la defensoría de oficio en la etapa de -

averiguación previa y por consiguiente un nuevo personal en las agencias investigadoras.

Antes de este ordenamiento jurídico no existía ninguna norma que regulara la existencia del defensor de oficio en la averiguación previa, pues aunque como ya dijimos el derecho a nombrar defensor de acuerdo a la fracción IX del artículo 20 constitucional se otorga desde el momento de la aprehensión (latu sensu, es decir, en que se prende a la persona), la constitución no regula la intervención ni la existencia de defensores de oficio en la averiguación previa, ya que este ordenamiento constitucional establece en forma expresa que si el acusado no ha nombrado persona de confianza, el juez al tomarle la declaración preparatoria le nombrará un defensor de oficio; por lo cual concluimos que aunque la constitución otorga la facultad de nombrar defensor desde la etapa de averiguación previa, no establece que si el imputado no nombra persona de confianza, se le nombre defensor de oficio, dejando a los inculcados que se encuentran en esta etapa del procedimiento penal sin los beneficios de la defensa de oficio.

Esta situación viene a ser subsanada por las leyes secundarias en el año de 1981, al adicionarse al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, el artículo 134 bis, que reitera como es la fundamentación jurídica de la existencia del defensor de oficio en la etapa de averiguación previa; creándose por acuerdo del Procurador de Justicia del Distrito Federal, el 12 de enero de 1982, la defensoría de oficio para los fines del artículo 134 bis.

Se estima que la defensa no se puede desenvolver plenamente si no es en función de confianza, derivada de la facultad de li-

bre elección por parte del imputado de su defensor, pero esta realidad trae como consecuencia la dificultad en que se encuentran quienes carecen de los medios necesarios para elegir su defensor de confianza; para salvar esta dificultad se ha puesto en práctica atribuir la defensa a un cuerpo de defensores dependientes -- del estado y retribuidos por el estado para que ejerzan la defensa gratuita llamada defensoría de oficio, tratando de dar también en esta defensa, la función de confianza mediante la libre elección por parte del imputado, solo si éste no quiere elegir tampoco defensor de oficio, entonces se le nombrará en forma sustituta como lo establece la ley.

"...Defensoría de oficio es la institución pública encargada de proporcionar los servicios de asistencia jurídica gratuita a las personas que, careciendo de recursos económicos suficientes para cubrir los honorarios de un abogado particular se vean precisadas a comparecer ante los tribunales como actores, demandadas o inculpadas..." (97).

3.4.1. Concepto de Defensor de Oficio.

Para poder dar un concepto sobre defensor de oficio, se deben de tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- Elemento Personal. Abogado dependiente del estado.
- Elemento Subjetivo. Su existencia se basa en función de ser un servicio público.
- Elemento Objetivo. Su existencia se basa en normas de derecho.
- Carácter Procedimental. Su actividad se realiza y fundamenta

(97) Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. Cit. pág. 50.

ta en normas de derecho.

Elemento personal, el defensor es aquel que toma a su cargo la defensa en juicio de una persona; cuando esta defensa constituye una actividad profesional, el defensor se denomina abogado. (98). Pero para ser abogado se requiere además de la habilitación que la ley exige (tener título debidamente registrado), artículo 2 de la ley de profesiones, por lo tanto los defensores de oficio por dedicarse profesionalmente a realizar la defensa de las personas que así lo requieran por no tener defensor particular, deben ser abogados. Esto viene a ser corroborado por el artículo 7 de la ley de defensoría de oficio federal, que establece que para ser defensor de oficio se requiere: ser ciudadano mexicano no en ejercicio de sus derechos y abogado con título oficial.

Así como la ley establece los requisitos que debe reunir una persona para ser defensor de oficio, el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece que no pueden ser defensores; los que se hallen presos, los que hayan sido condenados por delito de responsabilidad profesional, ni los ausentes que no puedan concurrir dentro de las veinticuatro horas en que se debe hacer saber su nombramiento a todo defensor.

El defensor de oficio no solo debe ser abogado por ser requerido por la ley, sino también porque debe tener los conocimientos necesarios para realizar los actos procesales encaminados a la defensa del imputado y además poder cumplir con el asesoramiento adecuado respecto de los intereses de su defendido.

El defensor de oficio además de ser abogado debe depender -

(98) De Pina Vara, Rafael. Ob. Cit. pág. 133.

del estado, por ser éste quien se ha encargado de crear y regular la defensoría de oficio, en función de que es un servicio público que tiene a su cargo la asistencia jurídica de aquellas personas que no tienen las posibilidades económicas de pagar un abogado particular, por lo cual el defensor de oficio debe estar retribuido por el propio estado.

El artículo 7 de la ley de defensoría de oficio federal, dispone que en los estados se puede dispensar el requisito de ser abogado para ser defensor de oficio, pero éste obedece a que no por la falta de abogados se deje a los imputados sin los beneficios de la defensa de oficio. Por lo tanto se debe tener como elemento personal respecto del defensor de oficio, el ser abogado y depender éste del estado.

Elemento subjetivo, la abogacía constituye sustancialmente el ejercicio de una actividad profesional libre, que al igual que la medicina debe ser económicamente sostenida por quienes utilizan sus servicios, pero esta situación trae como consecuencia la dificultad de algunas personas que por falta de recursos económicos no pueden pagar un abogado particular, quedando indefensas ante el actuar del Ministerio Público; para salvar esta necesidad se ha creado un cuerpo de defensores o funcionarios dependientes del estado, para hacer recaer la defensa gratuita en las personas que por su situación económica lo requieren.

En los actos en que la defensa es obligatoria, asume ella el carácter de servicio de necesidad pública, servicio para el cual se requiere precisamente que se trate de una actividad profesional que exige una especial habilitación del estado y una obligación para los defensores de asumir la función pública para la --

que el Estado crea. (99)

"...El deber de defender está confiado a los abogados quienes por eso cobran retribución de sus servicios, pero teniendo la defensa carácter de necesidad, el estado la ha creado como institución normal..." (100).

En nuestro procedimiento penal todo imputado tiene derecho a que se le nombre defensor de oficio, pero si el imputado nombra defensor de confianza se presume hasta prueba en contrario, que la parte dispone de suficientes medios económicos para proveer su propia defensa, es lógico que cuando se haya hecho dicha elección se debe revocar el beneficio de la defensa gratuita, pero si el imputado demuestra no tener recursos económicos, aunque hubiera tenido defensor particular puede gozar de la defensa de oficio.

El nombramiento de defensor de oficio que se hace a favor del imputado, no solo obedece a la falta de recursos económicos sino también a la necesidad imperante de que el imputado sea asesorado por una persona conocedora de derecho, por lo cual este nombramiento siempre debe realizarse cuando no se tenga defensor particular independientemente de las posibilidades económicas del imputado.

La característica de la justicia es la igualdad, por lo cual la defensa de oficio mediante la defensa gratuita trata de igualar a las personas que por falta de recursos económicos y de conocimientos de derecho se encuentran en desventaja, por lo cual

(99) Manzini, Vincenzo. Ob. Cit. pág. 587.

(100) Enciclopedia Jurídica. OMSBA. Tomo VI. Ob. Cit. pág. 91.

el principio de igualdad de base y fundamento a la existencia -- del defensor de oficio. (101)

Elemento objetivo; el defensor de oficio realiza una función de servicio público, esto en base a que el legislador al regularlo mediante diferentes ordenamientos jurídicos le ha dado positividad y objetividad.

La existencia del defensor de oficio se deriva de diferentes normas de derecho como son: artículo 20 constitucional fracción IX, artículo 200 del Código Adjetivo Común y artículo 156 -- del Código Adjetivo Federal, para el nombramiento de defensor a -- partir de que se toma la declaración preparatoria; el artículo -- 134 bis, del Código Adjetivo Común, para el nombramiento de defensor de oficio en la averiguación previa, la Ley y Reglamento de -- defensoría de oficio federal y Reglamento de defensoría de oficio en materia común, para la organización y funcionamiento de la defensoría de oficio, así como todos los ordenamientos jurídicos -- que hablan del defensor de oficio.

El defensor de oficio al ser regulado por la ley no solo -- constituye un derecho para el imputado, sino también una obligac-- ción para la autoridad (juez o Ministerio Público), de nombrarlo -- cuando sea necesario, reglamentación que busca la finalidad de no dejar indefenso a ningún inculpaado.

Los diferentes ordenamientos jurídicos y el uso de los mis-- mos son los que determinan la existencia del defensor de oficio -- así como su organización y funcionamiento, por consiguiente la re --

(101) Enciclopedia Jurídica Española. Tomo X. Francisco Seix, edi-- tor: Barcelona, 1910. pág. 496.

regulación jurídica que se ha hecho de esta institución, es lo que forma el elemento objetivo del defensor de oficio.

Carácter procedimental; la actividad e intervención del defensor de oficio debe atender a lo regulado por los Códigos de Procedimientos Penales, pues son éstos quienes determinan en que momento debe hacerse el nombramiento correspondiente, así como cuando se excluye la intervención del mismo.

Como ocurre con la asistencia jurídica proporcionada por abogados particulares, los servicios del defensor de oficio pueden ser requeridos voluntariamente por los interesados, en éste caso la elección del defensor de oficio se hace en base al registro o lista de los defensores adscriptos al juzgado, corroborando éstos su nombramiento dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber su nombramiento a todo defensor (artículo 160 del -- CFP).

La intervención del defensor de oficio es obligatoria en el caso de que el imputado no nombre defensor particular, haciendo el nombramiento la autoridad correspondiente, esto obedece a que no se debe dejar al imputado sin la asistencia de un defensor, y además a un motivo de carácter procedimental que es que no puede existir un proceso sin defensa.

El nombramiento de defensor de oficio se considera revocado cuando el imputado nombra defensor particular, debiéndose excusar el defensor de oficio, de acuerdo por lo establecido por el artículo 514 del Código Adjetivo Común, debiéndose también excusar cuando el ofendido o perjudicado sea el mismo defensor, su cónyuge o sus parientes en línea recta sin limitación de grado, regulado por el mismo artículo.

Los Códigos de Procedimientos Penales determinan cuándo y --

cómo se debe de realizar la defensa de oficio, por lo cual decimos que el defensor de oficio tiene un carácter procedimental.

En base a los elementos estudiados podemos concluir que:

"Defensor de Oficio es el abogado dependiente del estado en cargo de realizar la defensa de los imputados que, por no tener los recursos económicos suficientes no puedan nombrar abogado -- particular".

4. Ley y Reglamentos de la Defensoría de Oficio.

Las leyes secundarias que regulan la defensoría de oficio - se deben de estudiar tomando en cuenta el fuero común y el fuero federal, ya que estos ordenamientos jurídicos, regulen la defensoría de oficio atendiendo a esta diferencia, creando la defensoría de oficio del fuero federal y la defensoría de oficio del fuero común.

4.1. Defensoría de Oficio Federal.

La defensoría de oficio federal está regida por la ley de - 14 de enero de 1922, desenvuelta en el Reglamento de 25 de sep--- tiembre del mismo año. En éstos, la defensa de oficio se confía ba jo la dependencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a un jefe de defensores y al número de profesionistas que según -- las circunstancias, determine la misma Corte (artículos 1, 2, 3, y - 5 de la Ley).

El artículo 4 de la ley establece que los defensores de ofi cio patrocinarán los reos que no tengan defensor particular, cuan do sean nombrados en los términos que prescribe la fracción IX - del artículo 20 constitucional.

La ley en su artículo 8 y el Reglamento en su artículo 1 a- luden las atribuciones del jefe de defensores de las cuales los-

mas importantes son: vigilar el puntual cumplimiento de las labores de los empleados dependientes directamente de él, imponer a los defensores correcciones disciplinarias, extraordinarias, apercibimientos o multas, según la gravedad de las faltas en que incurran, nombrar a las personas que sustituyan a los defensores de oficio en sus faltas, informar a la Suprema Corte de Justicia de todas las actividades realizadas y gestionar en la forma que corresponde a obtener pronta y cumplida justicia en favor de los acusados.

El artículo 10 de la ley y el artículo 2 del Reglamento, se refieren a las obligaciones de los defensores en los siguientes términos: defender a los reos que no tengan defensor particular, cuando ellos mismos o el tribunal respectivo los designe con ese fin, promover las pruebas y demás diligencias necesarias para que sea más eficaz la defensa, tramitar los recursos y amparos que procedan con forme a la ley, rendir mensualmente informe al jefe de la institución, sobre los procesos en que haya intervenido, patrocinar a los reos que lo soliciten ante la institución, en todo caso de indulto necesario y para obtener el beneficio de la libertad preparatoria, y remitir copias de todas las promociones que hicieren en todas las causas que defiendan.

Respecto de la capacidad subjetiva del jefe de defensores y de los defensores de oficio, la ley establece en su artículo 7, que para ser jefe de defensores se necesita: Ser ciudadano mexicano en ejercicio de sus derechos, abogado con título oficial, mayor de veinticinco años y tener dos años por lo menos de ejercicio profesional; y para ser defensor de oficio se requiere: Ser ciudadano mexicano en ejercicio de sus derechos, y abogado con título oficial; agregando que en los estados podrá dispensarse el requisito de ser abogado.

Por lo que se refiere a la capacidad subjetiva en concreto para que un defensor de oficio conozca de un caso se requiere de acuerdo al artículo 4 de la ley que sea nombrado, y de acuerdo al artículo 6 que estén adscriptos al tribunal correspondiente. El Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 464 establece: "...Los defensores de oficio deben excusarse de los asuntos en que intervengan, por cualquiera de las causas de impedimento que señalen las leyes orgánicas o reglamentarias respectivas, para tal efecto se pueden señalar dos:

I. Cuando intervenga un defensor particular.

II. Cuando el ofendido o perjudicado por el delito sea el mismo defensor, su conyuge, sus parientes en línea recta, sin limitación de grado, o los colaterales consanguíneos o afines dentro del cuarto grado...".

Las excusas de los defensores de oficio serán calificadas por el tribunal que conozca del asunto (artículo 466 del CFFP).

El jefe del cuerpo de defensores estará a cargo de la oficina en donde se lleven los libros de gobierno que son: Libro de estado de proceso, libro de correspondencia oficial, libro de servicios y personal del cuerpo de defensores de oficio, libro de acuerdos e instrucciones y libro de conducta y aptitud de empleados de la oficina, amercimientos o correcciones disciplinarias. La oficina constará con el personal que determine la ley (artículos 7, 8, 9, 10 y 11 de la ley).

El artículo 4 transitorio de la ley, regula la responsabilidad oficial en que incurren los defensores, así como las penas que son aplicables: se aplicará multa de diez a quinientos pesos y en caso de reincidencia destitución del empleo e inhabilita---

ción por cinco años, para obtener cualquier otro dependiente de la Federación por:

I. Faltar frecuentemente sin causa justificada a sus respectivas oficinas o las prisiones; llegar frecuentemente tarde o no permanecer en el despacho todo el tiempo prevenido en los reglamentos.

II. Demorar o contribuir a la demora de las defensas.

III. Ejecutar hechos o incurrir en omisiones que tengan como consecuencia trasapelar expedientes, extravíar escritos o dificultar la práctica de las diligencias procesales.

IV. Ejercer la abogacía en asuntos judiciales del ramo federal.

Se aplicará pena que no baje de dos meses de arresto, ni exceda de un año de prisión, destitución de empleo e inhabilitación, hasta por tres años, para obtener cualquier otro dependiente de la Federación por:

I. Negarse injustificadamente a patrocinar la defensa de los acusados.

II. Dejar de interponer en tiempo y forma los recursos legales en beneficio de los acusados.

III. Ser negligentes en la presentación de pruebas.

IV. Aceptar ofrecimientos o promesas, recibir dádivas o cualquier remuneración por los servicios que presten.

4.2. Defensoría de Oficio del Fuero Común.

La defensoría de oficio del fuero común en el Distrito Federal está presidida por el Reglamento de 7 de mayo de 1940; estableciendo que ésta depende del Departamento del Distrito Federal, encargándose la defensa del fuero común, a un cuerpo de defen

sores que actúan tanto en el ramo penal como en el civil, dividiéndose en tantas adscripciones como sea necesario y actuando bajo la dirección de un jefe de defensores; en materia penal se proporcionará la defensa necesaria a las personas que lo soliciten y en materia civil se patrocinará lo mismo a los demandados que a los actores que no puedan oger un director particular. (Artículos 1 y 2 del Reglamento).

El Reglamento de la defensoría de oficio del fuero común, no se refiere a la capacidad subjetiva en abstracto del jefe de defensores y de los defensores de oficio, por lo cual censamos que debe de aplicarse lo establecido en la Ley de defensoría de oficio federal, artículo 7, que establece los requisitos que hemos señalado con anterioridad, (ser mexicano y abogado con título oficial, para defensor de oficio y además mayor de veinticinco años y tener dos por lo menos de ejercicio profesional para ser jefe de defensores).

Respecto de la capacidad subjetiva en concreto son aplicables los artículos 4 y 6 de la Ley de defensoría de oficio federal, (ser nombrados y realizar su función en el juzgado de su adscripción), además de señalar el reglamento de defensoría de oficio del fuero común en su artículo 2, que queda prohibido a los defensores el ejercicio de su profesión en el ramo a que corresponde la adscripción que se le haya asignado; el artículo 32 establece las causas por las cuales se puede excusar el defensor de oficio, de aceptar o continuar la defensa de un acusado en los siguientes términos:

I. Por tener íntimas relaciones de efecto, amistad o respeto con el ofendido.

II. Por ser deudor, socio, arrendatario, heredero, presunto o instituido tutor o curador, de la parte ofendida.

III. Cuando sufrieran ofensas o denuestos del acusado.

En materia penal, se atiende de preferencia a las personas que no estén en condiciones de nombrar un defensor particular, (artículo 9). En lo civil existe igual preferencia, pero acentuada a favor de las personas pertenecientes a la clase obrera y campesinas carentes de recursos, (artículo 18).

Cabe hacer mención que en materia penal, se debe atender de igual manera a las personas que aún teniendo recursos económicos, no nombran defensor particular; en materia civil hay posibilidad de que se rehuse la defensa a quienes puedan pagarla por sí, cosa que no existe en lo penal.

De acuerdo al artículo 6 del Reglamento del fuero común, el jefe del cuerpo de defensores tiene como principales atribuciones: Distribuir las adscripciones de los defensores, resolver consultas, vigilar la tramitación de libertades preparatorias e indultos, rendir informes al Departamento del Distrito Federal, realizar juntas mensuales para coordinar labores y concederá licencias económicas.

Los defensores de oficio del ramo penal deberán concurrir diario a los juzgados de su adscripción, llevar un libro de registro en la forma establecida, vigilar la cruzifa de los inculcados que aún no rinden su declaración preparatoria para ofrecer sus servicios, deberá entregar copias de todas las promociones formuladas, deberá dar cuenta de todas las conclusiones que formule, deberá dar cuenta de todas las conclusiones formuladas en cada proceso e informar de todos los malos tratos y vejaciones que su-

fran los inculpados, (artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 - del RDOFC).

El artículo 27 del Reglamento del fuero común establece -- que existiran dos oficinas de la Defensoría de Oficio, una adscrita a los juzgados civiles de la ciudad de México y otra adscrita a las cortes penales, ahora juzgados penales.

De acuerdo a los artículos 36, 37 y 38, del mismo reglamento, a los defensores de oficio se les podrá sancionar con extrañamiento o apercibimiento por:

I. Demorar sin justa causa las defensas o asuntos que se les encomienden.

II. Por negarse sin causa justificada, a patrocinar las defensas o asuntos que les correspondan por su cargo.

Y se turnarán a la superioridad para que proceda como crea conveniente en el caso de:

I. Solicitar o aceptar dinero o dádiva o alguna remuneración de sus defensos o patrocinados o de las personas que tengan interés en el asunto que gestionen.

Por lo que se refiere a la defensoría de oficio a nivel averiguación previa, ésta originariamente pertenecía a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, por acuerdo A 58/82 que tuvo muy poca vigencia y que fue revocado, quedando actualmente bajo la dependencia del Departamento del Distrito Federal, como parte integral de la defensoría de oficio en materia penal del fuero común, como lo establece la Ley Orgánica de ésta institución en su artículo 39 fracción VII, al mencionar que: "...El Departamento del Distrito Federal por medio de Coordinación General Jurídica prestará los servicios de defensoría de oficio en -

matéria civil, familiar y penal. Además podrá observar que con este ordenamiento jurídico la defensoría de oficio del fuero común se extiende también en materia familiar...".

Coordinación General Jurídica encargada de la defensoría de oficio del Distrito Federal, establece en el primer inciso del Manual de Organización de la Dirección General de Servicios Legales, que es función de ésta: "...Vigilar se presten los servicios de defensoría de oficio en materia penal, tanto en la fase de averiguación previa tanto en el proceso en sus dos instancias, en los Juzgados Mixtos de Paz y ante las Autoridades Judiciales Federales, cuando sea necesario interponer el Juicio de Amparo...".

Los defensores de oficio adscriptos a las Agencias Investigadoras al igual que los defensores de oficio adscriptos a los Juzgados Mixtos de Paz y Juzgados Penales del Distrito Federal son defensores de oficio del fuero común, por lo tanto deben de estar sujetos al Reglamento de Defensoría de Oficio del Fuero Común del Distrito Federal.

En cuanto a la capacidad subjetiva de los defensores de oficio de las Agencias del Ministerio Público, no hay ninguna norma que regule los requisitos que deben de reunir éstos, pero consideramos nuevamente que los requisitos de ser mexicano y abogado con título oficial (artículo 7 de la LDOF), no solo deben de ser aplicables al fuero federal sino también al fuero común, en cualquier etapa del procedimiento penal. Siendo necesario para que el defensor de oficio tenga capacidad subjetiva en concreto, que sea nombrado en el acta respectiva y que esté adscripto a la Agencia Investigadora donde se inicie la averiguación previa correspondiente, aplicándose el artículo 32 del Reglamento de la de

fensoría de oficio del fuero común, respecto de las causas por -- las cuales se puede excusar el defensor de oficio, causas que ya explicamos al hacer el análisis del mencionado reglamento.

En materia penal se atiende de preferencia a las personas -- que no estén en condiciones de nombrar defensor particular (artí-- culo 9 de la L D O F), sin embargo es necesario mencionar, que se-- debe de atender de igual manera a las personas que aún teniendo-- recursos económicos, no nombren defensor particular.

Los defensores de oficio tienen prohibido el ejercicio de -- su profesión en el ramo a que corresponda la adscripción que se-- le haya asignado (artículo 2 de la L D O F), siendo la encargada-- de organizar la adscripción de los defensores, la Unidad Departa-- mental de Defensorías de Oficio en Agencias del Ministerio Públi-- co.

Los defensores de oficio en las Agencias Investigadoras de -- berán llevar un libro de asistencia y un libro de registro de a-- suntos en que intervengan.

Por último cabe mencionar que el Código Penal establece los -- delitos en que pueden incurrir los defensores de oficio; así en -- primer término el artículo 225 fracción I, establece que cometerá -- delito los funcionarios, empleados o auxiliares de la administra-- ción de justicia, que conozcan de negocios para los cuales tengan -- impedimento legal o abstenerse de conocer de los que le corres-- pondan sin tener impedimento legal para ello; siendo aplicable la -- disposición anterior a todos los funcionarios o empleados de la -- administración pública, artículo 227 del Código Penal.

En el capítulo referente a los delitos de abogados, patronos -- y litigantes se establece que; los defensores de oficio que sin --

fundamento no promovían las pruebas conducentes en defensa de -- los reos que los designen, serán destituidos de su empleo. Para es -- te efecto los jueces comunicarán al jefe de defensores las fol-- tas respectivas, artículo 233 del Código Penal.

El defensor de oficio comete el delito de fraude específico de acuerdo al artículo 387 fracción I, del Código Penal, al que -- obtenga dinero, valores o cualquier otra cosa, ofreciendo encar-- garse de la defensa de un procesado o de un reo o de la direc-- ción o patrocinio de un asunto, si no efectúa aquella o realiza -- ésta, sea porque no se haga cargo legalmente de la misma o porque renuncie o abandone el negocio o la causa sin motivo justifica-- do.

De esta manera estos ordenamientos jurídicos regulan la ac-- tividad del defensor de oficio, imponiendo también sanciones cuan-- do ésta no se cumple adecuadamente.

CAPITULO IV.

EL DEFENSOR DE OFICIO EN LA AGENCIA DEL MINISTERIO PUBLICO.

**1.El Defensor de Oficio Como Personal de Una A
gencia Investigadora del Ministerio Público.2.
Obligaciones y Funciones Específicas del Defensor
de oficio en la Averiguación Previa.3.Nombr
amiento y Aceptación del Cargo.4.Declaración
del Indiciado.5.Aportación de Pruebas.6.Resoluci
ón.**

1. El Defensor de Oficio Como Personal de Una Agencia Investigadora del Ministerio Público.

Para poder hablar del defensor de oficio como personal de una Agencia Investigadora, es necesario primero tratar lo referente a la organización de la defensoría de oficio del fuero común a nivel averiguación previa y lo referente a la organización de las Agencias Investigadoras.

La defensoría de oficio del fuero común depende del Departamento del Distrito Federal, como ya lo hemos señalado acorde con el artículo 39 fracción VII, de la Ley Orgánica de esta institución, que le da la competencia para prestar el servicio de defensoría de oficio por medio de Coordinación General Jurídica.

Para que la Coordinación General Jurídica pueda lograr el objetivo de prestar servicio de defensoría de oficio en la etapa de averiguación previa, se encuentra organizada de la siguiente manera:

Departamento del Distrito Federal.

Coordinación General Jurídica.

Dirección de lo Contencioso.

Subdirección de la Defensoría de Oficio en los Tribunales.

Dirección de Servicios Jurídico Penales y Civiles.

Subdirección de la Defensoría de Oficio en la Ave. Prev.

Unidad Departamental de la Defensoría de Oficio en las Agencias Investigadoras del Ministerio Público.

Defensores de Oficio Adscritos a las Diferentes Agencias Investigadoras.

La Dirección de Servicios Jurídico Penales y Civiles de a--

cuerde con el Manual de Organización de la Dirección General de Servicios Legales, tiene como principales funciones en lo que se refiere a materia penal: vigilar se presten los servicios de defensoría de oficio en materia penal, tanto en la fase de averiguación previa, como en el proceso, en los Juzgados Mixtos de Paz y ante las Autoridades Judiciales Federales, cuando se interpone el amparo, cuidar se presten los servicios de asesoría jurídica gratuita, dirigir y controlar la defensoría de oficio en materia penal, así como los servicios de apoyo de la defensoría, establecer los medios de comunicación adecuados con su personal, coordinar y vigilar los servicios que coadyuvan a la defensoría de oficio penal como son, trabajo social, peritos consultores y demás áreas a su cargo, proponer al Director General de Servicios Legales los programas y planes de apoyo.

La Dirección de Servicios Jurídico Penales y Civiles se divide a su vez en la Subdirección de la Defensoría de Oficio en Averiguación Previa y en la Subdirección de Defensoría de Oficio en los Tribunales. La Subdirección encargada de la Averiguación Previa tiene como principales funciones: vigilar y coordinar que los defensores de oficio aporten los elementos que estén a su alcance ante el Ministerio Público, vigilar y coordinar que las pruebas que no hayan podido ser ofrecidas en la etapa de averiguación previa, se le comunique al defensor de oficio de la etapa judicial, para que éste las ofrezca y se desahoguen en el momento procesal oportuno, supervisar que los defensores de oficio tengan contacto estrecho con sus defensos, acordar con el Director los proyectos para mejorar el servicio, atender las consultas de carácter técnico que por su importancia sean formuladas por los je

fes de departamentos y sistematizar los informes de las actividades del personal a su cargo, para poder evaluar los resultados obtenidos.

La Subdirección de Defensoría de Oficio en Averiguación Previa tiene a su cargo la Unidad Departamental de la Defensoría de Oficio en las Agencias Investigadoras del Ministerio Público, teniendo ésta como principales funciones; organizar la adscripción de los defensores y pasantes de acuerdo con los programas de apoyo, recibir las solicitudes de intervención de las defensas que hagan tanto los indiciados como el Ministerio Público, resolver las consultas de carácter técnico que hagan los defensores, señalar los lineamientos legales adecuados de cada caso en particular, coordinar las actividades de trabajo del cuerpo de defensores y pasantes en las agencias investigadoras del Ministerio Público, supervisar que el defensor de oficio esté presente en el momento en que el indiciado rinda su declaración ante el representante social, y rendir informes de las actividades a su cargo con los resultados obtenidos.

Por último la Unidad Departamental de la Defensoría de Oficio en las Agencias Investigadoras del Ministerio Público, tiene a su cargo a los defensores de oficio de las diferentes agencias; dejando para un estudio posterior más amplio las funciones del defensor de oficio y pasando al estudio orgánico de las Agencias Investigadoras, pues hemos señalado en la parte final de nuestro esquema que los defensores de oficio deberán estar adscritos a las diferentes Agencias Investigadoras del Distrito Federal.

"...Agencia Investigadora del Ministerio Público es la de--

pendencia de la Procuraduría que tiene como funciones recibir denuncias, acusaciones o querrelas; iniciar averiguaciones previas correspondientes, practicar las diligencias que procedan y resolver las situaciones jurídicas planteadas, determinando en su oportunidad le conducente ajustándose estrictamente a derecho..." (102).

La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal --- cuenta con una Dirección General de Averiguaciones Previas, que a su vez tiene a su cargo los Departamentos de Averiguaciones Previas, que se encuentran en cada una de las delegaciones políticas, la competencia territorial de estas oficinas está determinada por la circunscripción de la delegación de que se trate, misma en la que normalmente existe una Agencia Investigadora a cargo de un Agente del Ministerio Público, funcionario que a la vez depende de manera directa e inmediata del jefe del departamento mencionado. (103)

En las Agencias Investigadoras el servicio es permanente e ininterrumpido ya que tres agentes del Ministerio Público auxiliados por sus secretarías, mecanógrafos y demás personal laboran en turnos de veinticuatro horas, al terminar cada turno el personal es reemplazado por el siguiente y así sucesivamente, siendo tres turnos los encargados en cada agencia; al iniciarse la guardia el agente del Ministerio Público saliente debe indicar al entrante los asuntos que queden pendientes para que éste tenga conocimiento.

Los libros que se deben de llevar en una Agencia Investigada

 (102) Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Ob. Cit. pág. 53.

(103) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. págs. 115 y 116.

ra de acuerdo con el artículo 270 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, básicamente son; libro de gobierno - en el cual se deberá anotar el número de averiguación previa, hora de inicio, probable delito, nombre del ofendido, nombre del indiciado y trámite, libro de entrega de guardia, se anotará la fecha en que se hace, el turno que la lleve a cabo y todo aquello que se deba comunicar, libro de penales, se anotará el nombre de -- los indiciados que pasan al área cerrada, la hora y el número de averiguación, libro de policía judicial, tiene por función llevar el control de los elementos de dicha cooperación, libro de control de personal, se anotará la salida y entrada de personal, libro de consignaciones, funciona como registro de averiguaciones previas en las cuales se ejerció la acción penal, libro de improcedentes, en donde se lleva un control de los asuntos en los cuales no se inició averiguación previa y libro de servicio médico, en donde se registran las intervenciones del médico legista.

A propósito hemos dejado al último el estudio de los elementos que forman una Agencia Investigadora para tratar lo referente al defensor de oficio.

La integración de una Agencia Investigadora atendiendo estrictamente a su función de investigar los delitos, se forma básicamente con un agente del Ministerio Público, un Oficial Secretario y un Oficial Mecanógrafo, pudiendo variar el número de ellos conforme a las cargas de trabajo existentes.

La Agencia Investigadora se encuentra también integrada en cierta forma pero no realizando funciones de investigación de -- los delitos, con elementos de la Dirección General de Servicios Sociales, que realizan labores de orientación legal, social y fami

liar.

Y finalmente de conformidad con las reformas al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, de fecha 29 de diciembre de 1981, en las cuales se incorpora el citado ordenamiento jurídico el artículo 134 bis, que establece la existencia de un defensor de oficio en la etapa de averiguación previa, se da origen a que en las Agencias Investigadoras esté adscripto un defensor de oficio por cada turno, que será nombrado por el Ministerio Público a aquellos inculcados que no designen defensor particular. (104); fundamentando también este criterio con el análisis que hicimos al principio de este punto de la defensoría de oficio a nivel averiguación previa, creada con el fin de que hubiera defensores de oficio en las Agencias Investigadoras.

Es importante señalar que también las mesas de trámite realizan averiguaciones previas y en determinado momento pueden requerir de los servicios de un defensor de oficio y aunque Coordinación General Jurídica no ha destinado defensores de oficio que estén adscriptos a las mesas de trámite estas pueden auxiliarse con los defensores de oficio de las Agencias Investigadoras e solicitarlo directamente a defensoría de oficio en Coordinación General Jurídica.

2. Obligaciones y Funciones Específicas del Defensor de Oficio en la Averiguación Previa.

El defensor de oficio en el desempeño de su labor tiene funciones específicas que realizar, que se traducen en obligaciones para el correcto funcionamiento de su labor; por lo cual es impor-

(104) Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Ob. Cit. págs. 53 y 54.

tante realizar un estudio de estas funciones específicas del defensor de oficio en la averiguación previa:

a).-Atender las solicitudes de defensoría que le sean requeridas ya sea por el propio indiciado o por el Ministerio Público.

El defensor de oficio tiene como primer función la de atender las solicitudes de defensoría, esto se desprende del artículo 1 del Reglamento de Defensoría de Oficio del Fuero Común, que establece: "...La defensoría de oficio del fuero común proporcionará la defensa necesaria, en materia penal a las personas que lo soliciten...", no pudiéndose negar, solo en los casos de excusa -- que el mismo Reglamento e el Código Adjetivo Común establecen, -- por otra parte las solicitudes de defensoría se pueden hacer por designación de parte, cuando es el mismo indiciado quien solicita los servicios del defensor de oficio; o por designación de oficio cuando el Ministerio Público es quien nombra al defensor de oficio, por no haber hecho designación alguna el indiciado; en los -- dos casos el defensor de oficio tiene la obligación de atender -- la solicitud requerida.

b).-Estar presente en el momento en que su defendido rinda declaración ante el Representante Social.

Este aspecto lo desarrollaremos posteriormente con toda amplitud, cabe solo por el momento señalar que es importante que el defensor de oficio esté presente en el momento en que su defendido (indiciado), rinda su declaración, vigilando sobre todo que ésta se realice con firme a derecho y que no se coaccione al indiciado para declarar hechos inciertos.

c).- Entrevistarse con el indiciado después de que haya emi

tido su declaración para conocer de viva voz la versión personal de los hechos y los argumentos que pueden ofrecer a su favor, para hacerles valer ante el Ministerio Público.

El defensor de oficio deberá entrevistarse con su defendido para efecto de conocer con todo detalle cómo sucedieron los hechos, entablando en esta entrevista un diálogo en el cual se pueda realizar toda clase de preguntas para que no quede duda alguna, pudiendo señalar a su vez los argumentos que se ofrecerán a favor de su defendido ante el Ministerio Público; el defensor de oficio con esta entrevista se formará el primer criterio, básico para preparar la defensa partiendo de la narración hecha por su defendido, insistiendo siempre en que ésta sea apegada a la realidad.

d).-Relacionarse personalmente con el indiciado, los ofendidos, los hechos constitutivos del delito, las circunstancias y -- las pruebas ofrecidas para aportar el criterio de defensa apropiado.

Aunque el defensor de oficio debe partir de los datos que -- le proporciona su defendido, es importante que también se entreviste con la los ofendidos y conocer la versión que tiene ésta sobre los hechos, así como determinar las causas y circunstancias que operaron en el hecho delictuoso para formarse un criterio amplio, sobre el cual se pueda formular una defensa apropiada, que -- no solo se valga de un elemento (los datos que proporciona el indiciado) sino de varios elementos (los datos que se puedan obtener de la los ofendidos, los hechos constitutivos del delito, -- las circunstancias, etc).

e).-Asesorar y auxiliar a su defendido para hacer valer to-

dos los medios de prueba a su alcance.

Una de las principales funciones que debe realizar el defensor de oficio es asesorar a su defendido ya que éste desconoce los medios legales de los cuales puede hacer uso para realizar su defensa; el defensor de oficio debe auxiliar en este aspecto a su defendido no solo explicándole sino también haciendo valer los medios más adecuados y apropiados en cada caso ante el Ministerio Público. El asesoramiento realizado por el defensor de oficio debe ser activo, pues no basta que se le explique al indiciado los medios legales que se pueden utilizar, sino ponerles en --marche de acuerdo en cada caso en particular para que el Representante Social pueda realizar su función en una forma más eficaz, sin equivocaciones al ser guiado solo por los medios de prueba que ofrezcan los ofendidos.

f).-Auxiliar a su defendido en cualquier otra diligencia para la cual sea requerido por el Representante Social.

No solo puede ser requerido el indiciado para que rinda su declaración ante el Representante Social, sino que se le pueden pedir determinados documentos o datos, cuestiones en las cuales el defensor de oficio puede auxiliar a su defenso para que éste realice las diligencias que se le requieran.

g).-Señalar en actuaciones los lineamientos legales adecuados para exculpar, justificar e atenuar la conducta de su defendido.

El defensor de oficio debe señalar los lineamientos legales que puedan exculpar, justificar e atenuar la conducta de su defendido, pero es importante que éstos consten en las actuaciones que se están realizando por el Ministerio Público, para efectos de --

que quede constancia de dicho señalamiento, para que en determina-
do momento si es posible se tomen en cuenta.

h).-Cuando proceda tomando en cuenta los elementos de jui-
cio necesario, solicitar del Ministerio Público, el no ejercicio -
de la acción penal para su defensa.

Si de la averiguación previa se desprenden elementos de los
cuales se pueda concluir que no se debe consignar, el defensor de
oficio puede solicitar al Ministerio Público tomando en cuenta -
estos elementos el no ejercicio de la acción penal.

i).-Vigilar que se respeten los derechos de su defendido du-
rante toda la etapa indagatoria.

El defensor de oficio debe vigilar que se respeten los dere-
chos de su defendido; al respecto podemos mencionar los derechos-
más importantes tanto constitucionales como procedimentales que
deben de respetársele en la etapa de averiguación previa:

Derechos Constitucionales:

Ne aplicar leyes privativas para la conducta que se atribu-
ye; artículo 13.

Aplicar retroactivamente la ley en beneficio de las perso-
nas; artículo 14.

Cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento;-
artículo 14.

Aplicar leyes expedidas con anterioridad al hecho que se in-
vestiga; artículo 14.

Sólo detener cuando el delito cometido se sancione con pena
corporal; artículos 16 y 18.

Detener sólo en casos de flagrante delito y casos de urgen-
cia; artículo 16.

Sólo ser molestado en el goce de derechos por mandato escrito de autoridad competente fundado y motivado; artículo 16.

Abstenerse de privar de su libertad a una persona si existe únicamente imputación, sin otras pruebas que apoyen la acusación; artículo 16.

No privar de su libertad a las personas por deudas de carácter civil; artículo 17.

Recluir al presunto responsable en lugar distinto al que ocupen los procesados e sentenciados; artículo 16.

Enviar de inmediato a los menores infractores al Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal; artículo 18.

Abstenerse de maltratar e impedir todo maltratamiento a los presuntos responsables; artículo 19.

No obligar al presunto responsable a declarar en su contra; artículo 20 fracción II.

Abstenerse e impedir toda incomunicación al presunto responsable; artículo 20 fracción II.

Recibir toda prueba que ofrezca el presunto responsable; artículo 20 fracción V.

Permitir la intervención del defensor desde el momento de la detención; artículo 20 fracción IX.

No prolongar la detención del sujeto por falta de pago de honorarios, cualquier otra prestación en dinero, responsabilidad civil e algún otro motivo semejante; artículo 20 fracción X.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Que se realice la curación de lesionados e enfermos que tengan la calidad de detenidos, en los hospitales públicos y excep--

cionalmente en sanatorios particulares; artículo 126

Evitar que el presunte responsable sea incomunicado; artículo 134 bis.

Les detenidos desde el momento de su aprehensión podrán nombrar defensor particular e de oficio; artículo 134 bis.

Admitir toda clase de pruebas idóneas a juicio del Agente - del Ministerio Público y establecer su autenticidad por cualquier medio legal; artículo 135.

Nombrar intérprete para los sordos e mudos, analfabets que deban declarar; artículo 187.

Abstención de obligar a declarar al tuter, curader, pupile e cónyuge del presunte responsable, ni a sus parientes por consanguinidad en línea recta ascendente e descendente, sin limitación de grado, ni a los que estén ligados con el presunte responsable por amor, respeto e gratitud; artículo 192.

Permitir a los sordos, mudos, ciegos e personas que no hablen el idioma español, que sean acompañados por otra persona; artículo 204.

Detener sele en casos de flagrante delito y notoria urgencia; artículo 266.

Hacer constar la hora en que el presunto responsable es aprehendido y recibir su declaración; artículo 269.

Entregar recibo al detenido de los objetos recogidos; artículo 269.

Recibir solicitud de libertad por arraigo en cualquier caso artículo 271.

Otorgar la libertad por medio del arraigo en los delitos de

imprudencias ocasionados con motivo del tránsito de vehículos. -- Cuando no se abandone al lesionado y se garantice no substraerse a la acción de la justicia y el pago de la reparación del daño - en su caso; artículo 271.

Cuando una persona sea aprehendida el Ministerio Público - tiene la obligación de ponerlo inmediatamente a disposición del juez; artículo 272.

j).-Pedir a la Representación Social, cuando la ley lo permita copia de las actuaciones que considere necesarias para hacer valer un derecho o el cumplimiento de una obligación.

Cuando el defensor de oficio considere necesario tener copias de determinadas actuaciones, debe pedir al Ministerio Público se le faciliten para que el defensor esté en mejor opción de hacer valer un derecho o pedir el cumplimiento de una obligación.

k).-Cuidar que no se detenga al presunto responsable, si éste garantiza suficientemente ante el Ministerio Público, el no -- substraerse a la acción de la justicia y en su caso el pago de la reparación del daño, cuando proceda algún beneficio de esta naturaleza.

De acuerdo al artículo 271 del Código Adjetivo Común el detenido y su defensor pueden solicitar la libertad por medio del arraigo, pero solo se otorgará ésta cuando se trate de delito no intencional o culposo exclusivamente y siempre que no se abandone al ofendido.

Al respecto del arraigo el mismo artículo establece que en las averiguaciones previas que se inicien por delitos que sean -

de la competencia de los juzgados mixtos de paz o siendo de los juzgados penales cuya pena no exceda de cinco años de prisión, el presunto responsable no será privado de su libertad corporal en los lugares ordinarios de detención y podrá quedar arraigado en su domicilio. Para que el arraigo surta efectos es necesario que concurren determinadas circunstancias como:

1.-Que el presunto responsable proteste presentarse ante el Ministerio Público.

2.-No existan datos de que pretenda substraerse.

3.-Realice convenio para reparar el daño causado y.

4.-Que tratándose de delitos por imprudencia ocasionados -- con motivo del tránsito de vehículos el presunto responsable no hubiere abandonado al lesionado, ni estuviera en estado de ebriedad.

El arraigo no podrá prolongarse por más de tres días y en caso de que el presunto responsable desobedeciera sin justa causa las órdenes que diere el Ministerio Público, se revocará el arraigo.

En base a ésto el defensor de oficio debe pedir la libertad mediante el arraigo cuando proceda en beneficio de su defendido.

1).-Establecer el nexo necesario con el defensor de oficio del juzgado, a efecto de que haya uniformidad en el criterio de defensa.

Es importante que el defensor a nivel averiguación previa - trate de comunicarse con el defensor del juzgado cuando un detenido ha sido consignado y es necesario seguir realizando su defensa, ésto con el fin de unificar criterios para realizarla con-

mayor eficacia.

De esta manera el defensor de oficio para poder realizar su función en una forma adecuada, está obligado a hacer uso de todos los medios legales y derechos del indiciado para poder fundamentar su defensa, así como cumplir con todas las funciones específicas que hemos analizado.

3. Nombramiento y Aceptación del Cargo.

El nombramiento del defensor, es el acto en el cual se designa abogado, persona de confianza o defensor de oficio para que se encargue de la defensa del inculcado; como hemos visto anteriormente en cuanto al nombramiento de defensor la ley de gran amplitud, ya que éste se puede realizar por designación de parte o por designación de oficio.

Por lo que se refiere a la designación de parte es el nombramiento de defensor que hace el propio inculcado; en esta clase de designación es el inculcado quien hace el nombramiento caiga sobre defensor particular o de oficio, siendo en cualquiera de estas opciones designación de parte, ya que es la elección del inculcado la que predomina. La designación de oficio es el nombramiento de defensor que hace la autoridad competente; esta designación se hace en virtud de que el inculcado no hizo nombramiento, por lo cual el órgano jurisdiccional se ve obligado a nombrar defensor; en la averiguación previa el Ministerio Público también puede realizar la designación de oficio, pero para éste no es una obligación como se desprende de la siguiente jurisprudencia:

"...DEFENSA Garantía de.-La obligación impuesta a la autoridad de instancia por la fracción IX del artículo 20 constitucional, surte efectos a partir de que el indiciado es puesto a dispo-

sición de la autoridad judicial y ésto al recibir la declaración preparatoria del presunto responsable tiene la obligación ineludible de designarle defensor si es que aquél no lo ha hecho, más la facultad de asistirse de defensor a partir de la detención -- del inculcado concierne única y exclusivamente a éste, por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fue detenido esa omisión -- es imputable al propio acusado y no al juez instructor..."(105).

Por otra parte como es obvio, la designación de oficio realizada por la autoridad es un nombramiento que solo puede recaer -- sobre el defensor de oficio, a diferencia de la designación de -- parte que también puede ser sobre defensor de confianza.

Hecho el nombramiento de defensor es lógico que siga la aceptación del cargo, para que se le de la importancia que realmente tiene la defensa; sin embargo al tratar el tema de aceptación del cargo respecto del defensor, notamos que la ley es omisa en -- este sentido, ya que no reglamenta en forma expresa este aspecto -- que consideramos básico sobre todo valorizando la actividad del defensor en el procedimiento penal.

"...Nuestras leyes, respecto de la aceptación del cargo de -- defensor guardan silencio, sin embargo, no podemos olvidar la im-- portancia que reviste la defensoría, por cuanto a función y finalidades, de ahí que requiera de la formalidad que reviste la aceptación del cargo, para su exacto cumplimiento, por ello creemos -- que es un punto que debiera retomar el legislador, para complemen

(105) Tesis 106. Apéndice al Seminario Judicial de la Federación. 1917-1925. Segunda Parte. Primera Sala. pág. 236.

tar los presupuestos lógico-jurídicos de la defensa técnica..." (106).

En la práctica el juez sigue determinados lineamientos, ya que vigila la aceptación del nombramiento de defensor, para que la actividad procedimental se vea complementada con la defensa de los intereses del inculpado, pero reiteramos que aunque en la práctica se sigan estos lineamientos, no existe ninguna norma jurídica que establezca la aceptación del nombramiento de defensor; Colín Sánchez opina al respecto de la aceptación del cargo. "...Para que los actos de defensa principien a tener vigencia es indispensable que el defensor acepte el nombramiento, de tal manera que, deberá hacerlo ante el órgano o autoridad correspondiente, tan pronto como se le da a conocer la designación y para que surta efectos legales, constará en el expediente respectivo..." (107).

Consideramos que este autor manifiesta aspectos que en determinado momento se pueden dar en la práctica, pero que ninguna norma jurídica regula, quedando totalmente olvidado por el legislador este aspecto del procedimiento penal, por lo cual nos aunamos al criterio, que debería de crearse una norma jurídica que regule la aceptación del nombramiento de defensor.

En la averiguación previa el nombramiento de defensor también se puede realizar por designación de parte o por designación de oficio, adoleciendo también por lo que se refiere a la aceptación del cargo por la falta de una norma jurídica que re-

(106) Landeros Camarena, María Antonieta. Ob. Cit. pág. 49.

(107) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 187.

glamente este aspecto; sin embargo también en la práctica el Ministerio Público sigue determinados lineamientos, como vigilar -- que se asiente en el expediente respectivo el nombramiento de defensor que se haga a un caso en particular.

Al tratar el aspecto de aceptación del cargo es inevitable- hablar de la renuncia a éste, para lo cual tampoco hay norma jurídica que lo reglamente, al respecto Colín Sánchez manifiesta. --- "...Cuando el defensor renuncia al cargo o incurre en alguna causa se que lo haga cesar del mismo, la ley procesal guarda silen----- cio..." (108).

Para que se de la renuncia es importante que antes exista - el presupuesto de la aceptación del cargo, motivo por el cual concluimos que no existe reglamentación alguna para estos aspectos. "...La renuncia al cargo solo puede existir si previamente ha habido aceptación de ahí que sea lógico que no esté reglamentada - en las leyes..." (109).

Al hablar de la renuncia es importante tratarla tomando encuenta si el defensor es de oficio o particular, para lo cual tenemos; cuando se trata de defensor de oficio la renuncia no se -- puede dar, ya que la voluntad del mismo no cuenta y tiene antes - que nada la obligación de cumplir con su deber. Respecto del defensor particular, sí se puede dar el caso de que renuncie, pues para éste si cuenta su voluntad, situación en la cual debe de avisar - al órgano jurisdiccional y al inculpado de su renuncia, para que éste haciendo uso de su derecho, nombre un nuevo defensor.

(108) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 188.

(109) Landeros Canarena, María Antonieta. Ob. Cit. pág. 50.

En el caso de la averiguación previa de igual forma el defensor de oficio no puede renunciar y tratándose de la renuncia del defensor particular, éste debe avisar al Ministerio Público y al indiciado, para que éste nombre otro defensor.

4. Declaración del Indiciado.

Una de las funciones específicas del defensor en la averiguación previa es estar presente cuando el indiciado rinda su declaración ante el Representante Social, esto con el fin de que vigile que se respetan los derechos del indiciado contenidos en el artículo 20 constitucional, fracción II que dispone: "...No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto...". Sin embargo, pare que el defensor pueda estar presente en la declaración del indiciado, es importante que se haya hecho el nombramiento respectivo antes de que se inicie esta diligencia, sea por designación de parte o por designación de oficio, como lo establece el artículo 134 bis, párrafo IV del Código Adjetivo Común: "...Los detenidos desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de uno u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio...".

Cuando se nombre defensor de confianza o de oficio es indispensable que éste para que inicie sus funciones, verifique que se hayan reunido los requisitos de procedibilidad del caso en particular en el cual tiene intervención, o sea que exista denuncia en el caso de ser delito de oficio o querrela en el caso de que sea delito que se persigue a petición de parte.

El defensor debe estar pendiente de que solo se ubique en -

áreas de seguridad a su defendido cuando éste se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, como lo dispone el artículo 134 bis, párrafo - II del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, que establece: "...Las personas que se encuentran en estado de ebriedad, bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aquellas que su situación mental denote peligrosidad y quienes a criterio de la autoridad investigadora, pretendan evadirse, serán ubicadas en áreas de seguridad...". De igual manera el defensor debe vigilar que se cumpla con lo establecido en la fracción III del mismo artículo que dispone: "...El Ministerio Público evitará que el presunto responsable sea incomunicado. En los lugares de detención del Ministerio Público estará instalado un aparato telefónico para que los detenidos puedan comunicarse con quien lo estimen conveniente...". Al respecto el defensor debe intervenir para que se le facilite al indiciado realizar las llamadas telefónicas que requiera hacer.

El defensor debe cerciorarse de que antes de declarar al indiciado, se le haya remitido al Servicio Médico para que el profesional correspondiente dictamine acerca de su integridad física o lesiones y estado psicofísico, así como que se agregue la boleta correspondiente al expediente; en caso de que el indiciado se encuentre en estado de ebriedad el defensor debe pedir que no se le declare; si el detenido se encuentra lesionado o requiere de alguna curación, ésta debe realizarse antes de proceder a declararlo.

Es indispensable que el defensor esté al tanto y verifique la edad de su defendido para que si éste es menor, pedir y ver --

que se realice el dictamen médico que demuestre la edad clínica y/o presentar el acta de nacimiento respectiva, para que la autoridad correspondiente tome las medidas pertinentes.

Al tomarle su declaración al indiciado se le exhortará a -- que se conduzca con la verdad, por lo tanto el defensor observará que se asiente en el acta lo que expresamente declare su defendido; y en general en el transcurso de la declaración el defensor -- vigilará que el investigador se abstenga de todo maltrato verbal o físico que pueda dirigirse hacia su defendido.

Durante la declaración, el indiciado tiene el derecho de pedir que esté presente su defensor, pero éste no podrá intervenir en dicha declaración pues ésta es un acto personalísimo que solo el indiciado puede realizar, por lo tanto decimos que el defensor al estar presente en la declaración del indiciado solo debe vigilar que se le respetan sus derechos y que se asiente en el acta lo declarado por su defendido.

Es importante también que el defensor tenga muy presente -- las causas de extinción de la acción penal para que en determinado momento las haga valer; las causas de extinción de la acción penal son: La muerte del delincuente, el perdón, la prescripción y la amnistía; de las cuales consideramos de mayor importancia para nuestro estudio, al perdón, la prescripción y la amnistía, por estarnos refiriendo a la defensa en la averiguación previa, las cuales trataremos en seguida.

Respecto del perdón del ofendido como lo establece el artículo 93 del Código Penal, extingue la acción penal de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, y siempre y cuando se conceda antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia--

y el reo no se oponga a su otorgamiento.

El perdón puede otorgarse en forma oral o escrita ya que la ley no establece en forma exacta cómo debe realizarse, pero es indispensable que sea manifestando la voluntad de querer extinguir la acción penal, para que produzca efectos legales y en determinado momento detenga en forma definitiva la actividad procedimental.

Durante toda la etapa de averiguación previa se puede otorgar el perdón hasta antes de la consignación ante el Ministerio Público, extinguiendo la acción penal y su ejercicio; si el perdón no se realizó en esta etapa y se consignó, entonces se podrá otorgar pero frente al órgano jurisdiccional hasta antes de que se pronuncie sentencia en segunda instancia.

En el caso de que se otorgue el perdón antes de la consignación; el indiciado gozaría de su libertad y la autoridad investigadora no podrá realizar la acción procesal penal para activar al órgano jurisdiccional.

En cuanto a la prescripción, ésta extingue la acción penal y las sanciones como lo establece el artículo 100 del Código Penal a su vez el artículo 101 del mismo ordenamiento legal dispone -- que la prescripción es personal y para ella bastará el simple -- transcurso del tiempo señalado en la ley; al respecto de los términos para que prescriba la acción penal el artículo 102 señala que: "...Serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito, si fuere consumado, desde que cesó, si fuere continuo, o desde el día en que se hubiere realizado el último acto de ejecución, si se tratara de tentativa...".

Acorde con lo establecido con el artículo 107, la acción penal prescribe en un año si el delito solo puede perseguirse nor-

queja de parte, contado el año desde el día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito; y en tres años independientemente de esta circunstancia o sea cuando se trate de delitos perseguibles de oficio.

La prescripción de la acción penal se interrumpe por las actuaciones que se practiquen en averiguaciones del delito y delinquentes (artículo 110 del C.P), por lo tanto el ofendido al presentar su querrela en los delitos perseguibles a petición de parte o al presentarse denuncia en los delitos de oficio, inmediatamente se interrumpirá la prescripción; pero hay que tener presente que si se dejare de actuar, la prescripción comenzará de nuevo desde el día siguiente a la última diligencia (artículo 110 del C.P).

En la averiguación previa el defensor debe tener presentes los términos que da la ley para la prescripción de la acción penal, ya que aunque el Ministerio Público los debe hacer valer de oficio, el defensor puede hacer las observaciones pertinentes para que se tomen en cuenta, considerando además que si opera la prescripción, se extingue la acción penal y la autoridad investigadora no podrá realizar la acción procesal penal, con lo cual el indiciado deberá quedar en libertad.

La amnistía (artículo 92 del C.P) también extingue la acción penal y su ejercicio (acción procesal penal), sin influir en la reparación del daño, siendo ésta un acto legislativo que impide que se inicie un procedimiento o se extinga uno ya comenzado.

La amnistía es un perdón otorgado por la ley, respecto de los delitos que pueden ser considerados como políticos, por influir a la sociedad, por lo tanto es un perdón de carácter social

mediante el cual se olvidan los delitos cometidos y se encuentra su justificación en la utilidad que puede traer a la sociedad.

La amnistía se da en cualquier etapa del procedimiento penal, por lo tanto en la averiguación previa el defensor debe tener presente que tratándose de determinados delitos, la amnistía puede extinguir la acción penal y su ejercicio dando como consecuencia la libertad del indiciado.

En base a todo lo anteriormente expuesto podemos concluir -- que es un derecho del indiciado que esté presente su defensor -- cuando rinda su declaración, (artículo 134 bis, párrafo IV del --- CPPDF y artículo 20 constitucional fracción IX) pero éste no podrá intervenir en dicha declaración, sin embargo, sí debe de vigilar que se cumpla con forma a la ley con todos los actos procedi- mentales que se deben realizar, así como vigilar que no se viole ningún derecho del indiciado, y en determinado momento asesorar a éste para que haga valer un derecho que de como consecuencia su libertad, como las causas de extinción de la acción penal, impi- diendo la violación de las garantías individuales de su defensor.

5. Aportación de Pruebas.

Gran problemática se plantea al considerar si el defensor -- en la averiguación previa puede ofrecer pruebas y lo que conside- ramos aún más difícil desahogarlas: ya que es el Ministerio Públi- co quien en esta etapa está encargado de reunir todos los elemen- tos o pruebas necesarias para comprobar la existencia del delito como primera parte de la función persecutoria, para culminar en -- el ejercicio de la acción penal.

El Ministerio Público al realizar la actividad investigado- ra inicia una búsqueda constante de las pruebas que acreditan la

existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan; cumpliendo con esta actividad en forma oficiosa ya que una vez iniciada una investigación no se puede detener -- sino hasta llegar al ejercicio de la acción penal, de ésto deducimos que el encargado de reunir las pruebas es el Ministerio Público, pero podríamos preguntarnos si en determinado momento éste debe aceptar los elementos o medios de prueba que pudieran ofrecer el indiciado y su defensor: al respecto el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, establece en su artículo -- 135 segunda parte que: "...Se admitirá como prueba todo aquello -- que se presente como tal, siempre que, a juicio del funcionario -- que practique la averiguación previa, pueda constituirlo...", o -- sea que el Ministerio Público sí puede aceptar la aportación de pruebas, pero solo que él considere que verdaderamente esa aportación va a constituir una prueba que le ayude a decidir en la -- consignación o no del indiciado.

El Código Federal de Procedimientos Penales dispone en su artículo 128 párrafo III: "...Desde el momento en que se determine la detención, el Ministerio Público hará saber al detenido la imputación que se le hace y el derecho que tiene para designar -- persona que lo defienda, dejando constancia de esta notificación -- en las actuaciones. El Ministerio Público recibirá las pruebas -- que el detenido o su defensor oportunamente aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, que se tomarán en -- cuenta como legalmente correspondientes, en el acto de la consignación o de liberación del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el pleno desahogo de pruebas de la defensa, se reservarán los derechos de ésta para ofrecerlas ante la autoridad judicial y el Mi-

nisterio Público hará la consignación si están satisfechos los - requisitos para el ejercicio de la acción penal...".

Este ordenamiento jurídico en especial da la facultad de -- que además de que el indiciado tenga defensor, éstos puedan aportar pruebas para que sean consideradas en el momento de la consignación o de liberación del detenido. Además de su redacción se entiende que si es posible en determinado momento, se pueden desahogar las pruebas que ofrezca la defensa y si no, éstas se reservarán para presentarlas ante el órgano jurisdiccional.

A nuestro criterio consideramos que esta norma jurídica no puede ser aplicable en toda su amplitud, sobre todo considerando que el Ministerio Público no tiene facultades de jurisdicción, -- por lo tanto no puede apreciar ninguna prueba que se le presente lo que en realidad puede hacer es recibirla y anexarla al expediente para que sea el juez el encargado de analizarla y apreciarla, ya que éste último es el único con facultades de jurisdicción.

Por otra parte el Ministerio Público no tiene obligación de recibir pruebas, pues él tiene la obligación de buscarlas, pero si en determinado momento las aceptare también queda a su criterio considerar si pueden ser elementos que le ayuden a determinar la existencia del delito, pues en ningún momento está obligado a tomarlos en cuenta.

El Ministerio Público no es quien va a determinar la culpabilidad o inocencia del indiciado, por lo tanto solo debe considerar y reunir los elementos necesarios, para integrar la existencia del delito. En el momento de la consignación tampoco se está determinando sobre la culpabilidad o inocencia del indiciado, por

lo tanto no puede apreciar pruebas tendientes a este objetivo y - debe reservarlas para el órgano jurisdiccional.

Creemos que en realidad esta norma jurídica a lo que se refiere, es a que se le puedan recibir los elementos o pruebas que presente la defensa, pero el Ministerio Público no está obligado a recibir las, ni mucho menos a tenerlas en cuenta, pues no tiene facultad para hacerlo, pudiendo solo en determinado momento anexarlas al expediente para reservarlas al juez.

En cuanto al desahogo de pruebas a que se refiere este artículo en la averiguación previa, consideramos que se refiere a que el Ministerio Público permita en determinado momento que se permita en determinado momento que se realice alguna diligencia que él considere también necesaria.

Por lo tanto también la aportación de pruebas en la averiguación previa por parte del defensor está permitida, pero el Ministerio Público tiene la facultad de recibirles o desecharlas y en el caso de que las reciba podrá anexarlas al expediente correspondiente.

6. Resolución.

La averiguación previa como primer etapa del procedimiento penal se inicia como ya lo mencionamos con la denuncia o querrela y termina con el ejercicio de la acción penal; esto quiere decir que al término de este periodo el Ministerio Público debe dar una resolución y la pregunta sería, puede el defensor intervenir en la resolución que da el Ministerio Público.

Para poder contestar esta pregunta consideramos necesario -- primero referirnos a las resoluciones que puede dar el Ministerio Público (ejercicio de la acción penal, reserva y no ejercicio de -

la acción penal).

El Ministerio Público de las averiguaciones practicadas pue de encontrarse en diferentes situaciones, la primera de ellas es - que de las averiguaciones efectuadas estime comprobadas la existencia de un delito y la presunta responsabilidad de un sujeto: - en tal situación el órgano investigador deberá ejercitar la acción penal, encontrándose este derecho reservado única y exclusivamente al Ministerio Público (artículo 21 C, artículo 2 del ---- CPPDF y artículo 134 del CFPP), ya que no hay que creer que con la querrela se inicia la acción procesal penal, pues no se está - excitando al órgano jurisdiccional sino al Ministerio Público, - quien después de las averiguaciones correspondientes puede poner en actividad al juez.

La segunda situación en que se puede encontrar el Ministe-rio Público es que estime que con las diligencias practicadas to avía no se ha comprobado la existencia de un delito o la respon- sabilidad de un sujeto: al respecto Rivera Silva explica que hay- que considerar dos hipótesis, primero que aún no se han termina- do las diligencias y quedan algunas pendientes y segundo que se- han dado por concluidas las diligencias de averiguación. En el -- primer caso si las diligencias se pueden realizar se ordenará su ejecución, pero si las diligencias no se pueden realizar por algu- na dificultad material que impida la práctica de las mismas, se - debe dictar por el momento resolución de reserva, (artículo 131 - del CFPP), con lo cual el expediente queda pendiente hasta que se puedan realizar las diligencias correspondientes. En el segundo - caso si el Ministerio Público ha dado por concluidas la práctica de las diligencias y no se ha comprobado la existencia de un de-

lito o la presunta responsabilidad de un sujeto, se debe determinar el no ejercicio de la acción penal, vulgarmente denominada resolución de archivo, (artículo 137 del CFPF). (110)

Conociendo ya las resoluciones que puede dar el Ministerio Público falta considerar si el defensor puede intervenir en ellas o no. Al respecto diremos que la acción procesal penal se ejerce de oficio, ya que el Ministerio Público como representante de la sociedad para ejercitar la acción penal no debe de tomar en cuenta la iniciativa privada, pues si así fuera se estaría posponiendo los intereses sociales a los intereses particulares, por lo tanto el Ministerio Público no debe de tomar en cuenta ninguna opinión para ejercitar la acción penal.

Mucho ha sido criticada la determinación del no ejercicio de la acción penal, ya que se menciona que el Ministerio Público se adjudica facultades jurisdiccionales que no tiene, al declarar que un hecho no es delictuoso, sin embargo, se debe considerar que por economía y práctica procesal es aceptable que no se lleve ante el órgano jurisdiccional un caso en el cual ni el Ministerio Público tiene elementos para comprobar su existencia, no reuniendo los requisitos establecidos por el artículo 16 constitucional, no pudiéndose por lo tanto consignar. En este caso tampoco se puede dar injerencia a los intereses particulares por lo tanto el defensor no puede intervenir, ya que solo el Ministerio Público es quien debe determinar si los elementos son suficientes o no para ejercitar la acción penal, (artículo 21 C, artículo 136 del CFPF y artículo 2 del CFPDF).

(110) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. págs. 143, 144 y 145.

Por último diremos que el defensor sea de oficio o de confianza no puede intervenir en las resoluciones del Ministerio Público, ya que éste es el único facultado por la ley para darlas y además tiene la obligación de no tomar en cuenta los intereses particulares para hacer valer ante todo los intereses sociales - como representante de la sociedad que es.

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

PRIMERA. Los antecedentes mexicanos del derecho de defensa se ven en forma incipiente desde la época precolonial, que fueron suspendidos durante la colonia, para encontrar en la Constitución de -- 1857, por primera vez la regulación del derecho de defensa como -- garantía individual, dentro del artículo 20 fracción V, posteriormente los Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y 1894 establecen disposiciones acerca de la defensa, que le permiten no solo ser institucional sino legal, tomando como punto de partida la declaración preparatoria. La Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903, dentro de su contenido organiza a la defensoría de oficio, que encuentra por último su mayor cristalización en la Constitución de 1917, visible en el artículo 20 fracción IX.

SEGUNDA. La defensa como institución se presenta con características peculiares que la llevan a situar como garantía individual -- del inculcado, ya que forma parte del conjunto de potestades naturales que pertenecen a todo ser humano, consagradas en los primeros veintiseis artículos de nuestra ley fundamental. El derecho -- al proteger los intereses de cualquier particular, de la confianza de un derecho justo para la sociedad, así el derecho del imputado es subjetivamente público, quien es sujeto pasivo de la acción penal, tiene también derechos civiles e individuales esenciales que defender y conservar, si éstos no fueran protegidos, la -- función represiva no alcanzaría su fin social, ya que en este sentido la sociedad tiene dos tipos de intereses, pues el acusado representa a la sociedad en el interés por el castigo de la culpa y el defensor la representa por el interés de la inocencia.

TERCERA. La defensa se presenta en sentido lato, en sentido estricto y en sentido legal, así tenemos que la defensa puede ser consi

derada en una forma muy amplia ya que cualquier actividad dirigida a proteger los intereses afectados o hacer valer un derecho - puede constituirla, creando el imputado mediante el uso de un derecho subjetivo un carácter material y el defensor mediante el uso de un derecho objetivo un carácter procesal; en sentido estricto son actos que se contraponen a la pretensión punitiva y a la de resarcimiento o a la acción penal y acción civil, originando ésto diferentes clases de defensa como la, explícita, indirecta y negativa que integran un mismo grupo, ya que son negaciones o críticas que se derivan de afirmaciones o pruebas de la parte acusadora e implícita, directa y positiva, que son negaciones o pruebas que tienen como finalidad comprobar la inocencia del imputado y defensa legal que es la actividad profesional encaminada a la dirección de las partes, acusadora y acusada para la conservación de los fines que cada cual pretende en el proceso, pudiendo ser ésta activa cuando existe asistencia real de una persona perita en derecho y consultiva cuando existe solamente asesoramiento por parte de ésta.

CUARTA. Defensa es la actividad procedimental encaminada a hacer valer los intereses y derechos del imputado por su defensor. Definición de la cual se desprenden los siguientes elementos:

1. Elemento Subjetivo. Interés del imputado a defenderse.
2. Elemento Objetivo. Derecho de defensa surgido de los diferentes ordenamientos jurídicos.
3. Carácter Procedimental. Actividad realizada y fundamentada en normas de derecho.
4. Elemento Personal. Personas que pueden ejercer la defensa.
5. Elemento Formal. Etapas procedimentales en que puede darse.

QUINTA. Los fines de la defensa se dividen en genéricos y específicos de la siguiente manera: El fin genérico individualista es servir al individuo haciendo valer sus derechos e intereses; el fin genérico trasindividualista persigue servir a algo que se estima esté por encima del hombre, que en este caso sería la justicia; y los fines específicos de la defensa penal como institución del procedimiento penal que es, sería la verdad de los hechos, la personalidad del imputado y sujetar la aplicación de la ley a determinadas reglas.

SEXTA. El derecho de defensa al ser garantía individual de seguridad jurídica, también cuenta con los principios constitucionales que rigen a éstas, dándole el carácter normativo supremo respecto de la legislación secundaria.

SEPTIMA. El análisis de la fracción IX del artículo 20 constitucional, nos obliga a determinar el derecho a ser oído en defensa como objeto principal, así como a realizar todos los actos necesarios para que no se viole ningún derecho del indiciado y aunque la actividad investigadora es competencia del Ministerio Público la ley no prohíbe la presentación de elementos que ayuden al esclarecimiento del hecho delictuoso (artículo 135 último párrafo del CPPDF), por tal motivo la defensa en determinado momento también puede aportar medios de prueba.

OCTAVA. El derecho a tener defensor es el segundo elemento que se desprende de la fracción IX del artículo 20 constitucional, ya que la defensa se permite por persona de confianza o a falta de éste, por defensor de oficio, dando lugar a una figura cuya naturaleza jurídica es muy discutida "el defensor" que no es un derecho solamente del inculpaado, sino también un elemento indispensable del proceso penal.

NOVENA. Especial problemática ha sido fijar la naturaleza jurídica del defensor, tomando en cuenta las diferentes denominaciones que se han utilizado como: Mandatario, auxiliar de la administración de justicia, órgano imparcial de justicia, asesor técnico y representante, de los cuales determinamos que el defensor es representante, porque en todos aquellos casos en que permitida la defensa se excluye siempre como regla general la presencia del imputado o aunque éste se encuentre presente, el defensor siempre interviene en nombre de su defenso, y asesor ya que aconseja a su defenso con base en sus conocimientos, además de que esta asistencia implica la vigilancia de determinados actos, como el cumplimiento de términos y la correcta realización de diligencias y en general manifestando una atención constante hacia el curso del proceso.

DECIMA. El artículo 28 de la Ley Reglamentaria del artículo 5 Constitucional relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, reitera y respeta el derecho constitucional a la libre designación de defensor, perfeccionándolo al agregarle un nuevo derecho, el de tener a un defensor abogado en caso de nombrar a una persona no letrada. No obstante creemos recomendable una reforma constitucional que consagre el derecho a que la defensa quede en manos de abogado.

DECIMO PRIMERA. El momento en que surge el derecho a nombrar defensor es la averiguación previa, pues en sentido amplio la palabra aprehensión se remite al instante en que se realiza el apoderamiento de la persona, sea por virtud de mandamiento judicial o por detención en casos de flagrancia, cuasiflagrancia o urgencia, como lo establece el artículo 16 constitucional. Por lo anterior-

mente expuesto consideramos que la palabra aprehensión en la -
fracción IX del artículo 20 constitucional, se utiliza en sentido
amplio como: "acto material de privación de libertad", por tal no-
tivo en los casos de detención cuando no hay orden escrita, tam-
bién se puede nombrar defensor m's aún considerando que se reali-
zará una investigación y el inculpado requiere de una persona --
que derienda sus intereses.

DECIMO SEGUNDA. El párrafo IV del artículo 134 bis, del Código de-
Procedimientos Penales del Distrito Federal, otorga el derecho a-
tener defensor a los detenidos en caso de flagrante delito, cuasi-
flagrancia y presunción de flagrancia tomando en cuenta que el -
presupuesto para tener tal derecho es estar detenido y aunque la
constitución establece que solamente por delito privativo de li-
bertad se puede dar detención, creemos que la persona que se en-
cuentra en una Agencia Investigadora para rendir su declaración-
indagatoria por ser presunto responsable en la comisión de un de-
lito con pena pecuniaria o alternativa, también se encuentra res-
tringido de su libertad, ya que no se puede retirar hasta termi-
nar tal diligencia, además de ver afectados sus intereses y por -
estar en la incertidumbre de saber si lo dejarán o no en liber-
dad, por tal motivo la intervención de un abogado defensor en es-
tos casos también es necesaria.

DECIMO TERCERA. Creemos que la facultad de nombrar defensor de o-
ficio en la etapa de averiguación previa por parte del Ministe-
rio Público cuando el indiciado no ha nombrado defensor particu-
lar, se fundamenta en que éste es una institución de buena fe y a
demás en la intención de que no exista la indefensión en ninguna
etapa del procedimiento penal, por lo cual siendo el Ministerio -

Público el titular y encargado de la etapa de averiguación pre-
via, solo el puede tener la facultad de realizar la designación -
de oficio cuando el inculcado no tenga defensor particular; la de-
fensa realizada por abogado o defensor de oficio podríamos decir
que es una defensa legal, pues es una actividad realizada por un
profesional encaminada a dirigir la defensa del imputado, por lo
tanto la elección de abogado como defensor es correcta, además de
estar permitida por la ley.

DECIMA CUARTA. Defensor de oficio es el abogado dependiente del -
estado encargado de realizar la defensa de los imputados que, por
no tener los recursos económicos necesarios, no pueden nombrar a-
bogado particular: definición de la cual deducimos los siguientes
elementos como principales:

1. Elemento Personal. Abogado dependiente del estado.
2. Elemento Subjetivo. Su existencia se basa en función de --
ser un servicio público.
3. Elemento Objetivo. Su existencia se basa en normas de dere-
cho.
4. Carácter Procedimental. Su actividad se realiza y fundamen-
ta en normas jurídicas.

DECIMO QUINTA. La Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Dis-
trito Federal, está presidida por el Reglamento de 1940, estable-
ciendo que ésta depende del Departamento del Distrito Federal, -
encargándose la defensa del fuero común a un cuerpo de defenso--
res que actúan tanto en el ramo penal como en el civil, dividién-
dose en tantas adscripciones como sea necesario y actuando bajo-
la dirección de un jefe de defensores. En materia penal se debe -
entender de igual manera a las personas que aún teniendo recursos
económicos, no nombran defensor particular.

DECIMO SEXTA. La defensoría de oficio a nivel averiguación previa depende del Departamento del Distrito Federal, acorde con la Ley Orgánica de ésta institución artículo 39 fracción VII, como parte integral de la defensoría de oficio en materia penal del fuero común: cuya organización es la siguiente: Departamento del Distrito Federal, Coordinación General Jurídica, Dirección de Servicios Jurídico Penales y Civiles, Subdirección de la Defensoría de Oficio en la Averiguación Previa, Unidad Departamental de la Defensoría de Oficio en las Agencias Investigadoras del Ministerio Público y Defensores de Oficio adscriptos a las diferentes Agencias Investigadoras.

DECIMO SEPTIMA. De conformidad a las reformas al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, se incorpora al citado ordenamiento jurídico el artículo 134 bis, que establece la existencia de un defensor de oficio en la etapa de averiguación previa, dando origen a que en las Agencias Investigadoras esté adscripto un defensor de oficio por cada turno, que será nombrado por el Ministerio Público a aquellos indiciados que no designen defensor particular. Es importante señalar que también las mesas de trámite realizan averiguaciones previas y en determinado momento pueden requerir de los servicios de un defensor de oficio y aunque Coordinación General Jurídica no ha destinado defensores de oficio que estén adscriptos a las mesas de trámite, éstas pueden auxiliarse con los defensores de oficio de las Agencias Investigadoras o solicitarlo directamente a defensoría de oficio en Coordinación General Jurídica.

DECIMO OCTAVA. El defensor de oficio en el desempeño de su labor tiene funciones específicas que realizar, que se traducen en ---

obligaciones para el correcto funcionamiento de su labor, tales como: A). Atender las solicitudes de defensoría, B). Estar presente en el momento en que su defendido rinda declaración ante el Representante Social, C). Entrevistarse con el indiciado después de que haya emitido su declaración, para conocer los argumentos que pueden ofrecer a su favor, D). Relacionarse personalmente con el indiciado, ofendidos, los hechos constitutivos del delito, las circunstancias y las pruebas ofrecidas, para aportar el criterio de defensa apropiado, E). Asesorar y auxiliar a su defendido, F). Auxiliar a su defendido en cualquier otra diligencia para la cual sea requerido por el Representante Social, G). Señalar en actuaciones los lineamientos legales adecuados para exculpar, atenuar o justificar la conducta de su defendido, H). Cuando proceda tomando en cuenta los elementos de juicio necesario, solicitar del Ministerio Público el no ejercicio de la acción penal para su defensa I). Vigilar que se respeten los derechos de su defendido durante toda la etapa indagatoria, J). Pedir al Representante Social cuando la ley lo permita copia de las actuaciones que considere necesarias para hacer valer un derecho o el cumplimiento de una obligación, K). Cuidar que no se detenga al presunto responsable si éste garantiza suficientemente ante el Ministerio Público el no sustraerse a la acción de la justicia y en su caso el pago de la reparación del daño, cuando proceda algún beneficio de ésta naturaleza, L). Establecer el nexo necesario con el defensor de oficio del juzgado a efecto de que haya uniformidad en el criterio de defensa.

DECIMO NOVENA. La designación de parte es el nombramiento de defensor que hace el propio inculcado sobre defensor particular o

de oficio, la designación de oficio es el nombramiento que hace la autoridad competente y se hace en virtud de que el inculpado no hizo nombramiento; en la averiguación previa el nombramiento de defensor también se puede realizar por designación de parte o por designación de oficio, sucediendo por lo que se refiere a la aceptación del cargo por falta de una norma jurídica que regule éste aspecto, aunque en la práctica el Ministerio Público la lleva a cabo; en la averiguación previa el defensor de oficio no puede renunciar y tratándose de defensor particular, éste debe avisar al Ministerio Público y al indiciado para que éste nombre otro defensor.

VIGESIMA. Una de las funciones específicas del defensor de oficio en la averiguación previa, es estar presente cuando el indiciado rinda su declaración ante el Representante Social, esto con el fin de que vigile que se respeten los derechos del indiciado, además verificará que se hayan reunido los requisitos de procedibilidad, y estará pendiente de que solo se ubique en áreas de seguridad a su defendido. El defensor debe cerciorarse de que antes de declarar al indiciado se le haya remitido al Servicio Médico para que se dictamine acerca de su integridad física o lesiones y estado psicofísico, estará al tanto y verificará la edad de su defendido para que si éste es menor, pueda se realice el dictamen médico, observará que se asiente en el acta lo que expresamente declare su defendido, y en general en el transcurso de la declaración el defensor vigilará que el investigador se abstenga de todo maltrato verbal o físico que pueda dirigirse hacia su defendido, vigilará que se le respeten sus derechos y tendrá presente las causas de extinción de la acción penal para en determinado momento hacerlas valer.

VIGESIMA PRIMERA. En la averiguación previa el defensor puede presentar elementos o pruebas, pero el Ministerio Público no está -- obligado a recibirlos, ni mucho menos a tomarlos en cuenta pues -- no tiene facultad para hacerlo, pudiendo solo en determinado momento anexarlas al expediente para reservarlas al juez; el defensor sea de oficio o particular no puede intervenir en las resoluciones del Ministerio Público, ya que éste es el único facultado por la ley para darlas y además tiene la obligación de no tomar en cuenta los intereses particulares para hacer valer ante todos los intereses sociales como representante de la sociedad que es.

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

BORJA OSORNO, GUILLERMO. Derecho Procesal Penal. Cajica; Puebla, México, 1969.

BURGOA, IGNACIO. Las Garantías Individuales. 15a, ed: Porrúa; México.- 1981.

CARRARA, FRANCESCO. Programa de Derecho Criminal. Temis; Bogotá. 1972

CLARIA OLMEDO, JORGE A. Derecho Procesal Penal. Ediar; Buenos Aires, 1967.

COLIN SANCHEZ, GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 3a, ed: Porrúa; México, 1974.

DE PINA VARA, RAFAEL. Diccionario de Derecho. 6a, ed: Porrúa; México.- 1979.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Porrúa, México. 1985.

ENCICLOPEDIA JURIDICA ESPANOLA. Francisco Seix, editor; Barcelona,- 1910.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Driskill; Argentina. 1979.

FENECH, MIGUEL. Derecho Procesal Penal. Bosh; Barcelona, 1945.

FRANCO SODI, CARLOS. El Procedimiento Penal Mexicano. 2a, ed: Porrúa; México, 1939.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. 22a, ed: Porrúa; México, 1974.

- GARCIA RAMIREZ, SERGIO. Curso de Derecho Procesal Penal. Porrúa; México, 1980.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. Principios de Derecho Procesal Penal. 3a, ed: Porrúa; México, 1959.
- GUARNERI, JOSE. Las Partes en el Proceso Penal. Cajica; Puebla. 1952.
- GUIOVANNI LEONE. Tratado de Derecho Procesal Penal. Europa-América; Buenos Aires, 1963.
- LANDEROS CAMARENA, MARIA ANTONIETA. La Defensa Camino a la Libertad. Estudio Jurídico Polivalente. SNEP, Aragón; México, 1936.
- MANZINI, VICENZO. Tratado de Derecho Procesal Penal. 3a, ed: Europa-América; Buenos Aires, 1951.
- MARGADANT FLORIS, GUILLERMO. Introducción al Estudio de la Historia del Derecho Mexicano. UNAM; México, 1971.
- MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO. Derecho Precolonial. 4a, ed: Porrúa; México, 1981.
- OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO. La Averiguación Previa. 2a, ed: Porrúa México, 1983.
- PEREZ GALAZ, JUAN DE DIOS. Derecho y Organización Social de los Mayas. Talleres de Campeche: Campeche: 1943.
- PEREZ PALMA, RAFAEL. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. Cárdenas; México, 1980.
- RIVERA SILVA, MANUEL. El Procedimiento Penal. 11a, ed: Porrúa; México 1980.

ZAMORA, JESUS-PIERCE. Garantías y Proceso Penal. Porrúa; México, 1984.

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

Código Penal de 1871.

Código Penal Vigente.

Código Federal de Procedimientos Penales Vigente.

Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y 1894.

Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal Vigente.

Constitución de 1824.

Constitución de 1857.

Constitución Vigente.

Exposición de Motivos de la Cámara de Diputados de Noviembre 19 de 1981.

Ley de la Defensoría de Oficio Federal.

Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal.

Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Ley Reglamentaria del Artículo 5 Constitucional Relativa al Ejercicio de Profesiones en el Distrito Federal.

Manual de Organización de la Dirección General de Servicios Legales de Coordinación General Jurídica.

Peglamento de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal.

Peglamento de la Defensoría de Oficio del Fuero Federal.

Tesis 106 Acéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917 - 1925, Segunda Parte, Primera Sala.

Ley de Amparo.