



370
2e)
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**LA GARANTÍA DE DEFENSA EN
LA AVERIGUACIÓN PREVIA**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA
DULCE MARÍA GONZÁLEZ ZALDIVAR

FALLA DE ORIGEN

MÉXICO, D.F.

1994



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

LA GARANTIA DE DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA

Introducción. I

CAPITULO PRIMERO

DEFINICION Y ANTECEDENTES DE LA DEFENSA

I.1 Definición del Concepto de Defensa	1
I.2 Desarrollo histórico de la Defensa	2
I.3 Retrospectiva de la Defensa en México	3
I.3.1 Epoca Prehispánica	3
I.3.2 Epoca Colonial	12
I.3.3 México Independiente	13

CAPITULO SEGUNDO

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA INSTITUCION DE LA DEFENSA

II.1 La Defensa como garantía individual	16
II.2 Naturaleza jurídica de la Defensa	18
II.2.1 Mandatario	19
II.2.2 Auxiliar de la Administración de Justicia	20
II.2.3 Simple Asesor	21
II.2.4 Posición Sui Generis	21
II.3 Clases de Defensor	22
II.3.1 Defensor Particular	22
II.3.2 Defensor de Oficio	25
II.3.2.1 En el fuero Común	27
II.3.2.2 En el fuero Federal	27
II.3.2.3 En el Fuero Militar	27
II.3.3 Defensor de Confianza	28
II.4 Funciones del Defensor	29

CAPITULO TERCERO

ORDENAMIENTOS LEGALES QUE RIGEN A LA INSTITUCION DE LA DEFENSA EN MEXICO

III.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	31
III.2 Código Federal de Procedimientos Penales	38
III.3 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal	40
III.4 Ley de Defensoría de Oficio Federal	44
III.5 Reglamento de la Defensoría de Oficio Federal	46
III.6 Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal	48

III.7 Acuerdos emitidos por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en torno a la defensa durante la Averiguación Previa	53
III.8 Jurisprudencia	65

CAPITULO CUARTO

LA GARANTIA DE DEFENSA EN LA FASE DE AVERIGUACION PREVIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO

IV.1 La función persecutoria	67
IV.1.1 La actividad Investigadora	71
IV.1.1.1 Principios que la rigen	72
IV.1.2 El ejercicio de la Acción Penal	72
IV.1.3. La Acción Penal y la Acción Procesal Penal	73
IV.1.3.1 La Acción Penal	73
IV.1.3.2 La Acción Procesal Penal	78
IV.1.3.2.1 Finalidades de la Acción Procesal Penal	79
IV.1.3.2.2 Presupuestos lógicos de la Acción Procesal Penal	80
IV.2 Organó facultado para la preparación y ejercicio de la acción procesal penal	80
IV.2.1 El Ministerio Público	80
IV.2.2 Naturaleza Jurídica del Ministerio Público	81
IV.2.2.1 Representante de la Sociedad en ejercicio de las acciones penales	82
IV.2.2.2 Organó Administrativo	83
IV.2.2.3 Organó Judicial	84
IV.2.2.4 Colaborador de la función jurisdiccional	84
IV.2.2.5 Posición Sui Generis	85
IV.3 La Defensa en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dentro de la Averiguación Previa.	86
IV.3.1 Análisis del artículo 134 Bis.	86
IV.3.1.1 El derecho de defensa del Presunto Responsable	87
IV.3.1.2 La obligación del Ministerio Público de designar defensor	87
IV.3.2 Análisis de los artículos 69 y 270 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.	88
IV.3.3 Análisis del acuerdo A/56/81 de fecha 8 de octubre de 1981, emitido por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.	91
IV.3.4 El defensor de Oficio en la Averiguación Previa en el Fuero Común	96
IV.4 La defensa en el Código Federal de Procedimientos Penales dentro de la Averiguación Previa.	97

IV.4.1. Análisis del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales	97
IV.4.1.1 La determinación de detención dictada por el Ministerio Público Federal.	100
IV.4.1.2 Comunicación al detenido de la imputación que obra en su contra	101
IV.4.1.3 Comunicación al detenido del derecho de defensa que le asiste	101
IV.4.1.4 Obligación del Ministerio Público de recibir pruebas aportadas por el detenido o su defensor.	102
IV.4.2 El defensor de oficio en la Averiguación Previa, en el Fuero Federal.	103

CAPITULO CINCO

NUESTRO PUNTO DE VISTA

V.1 Problemática en torno al tema.	104
V.1.1 Fallas, impreparación, errores, corrupción del Ministerio Público.	105
V.1.2 Actitudes equivocadas de inculpados y defensores.	106
V.2 Consideraciones.	107
Conclusiones	108
Bibliografía.	110

INTRODUCCION

Hoy en día, al interior de la dogmática del Derecho Procesal Penal, surge la imperiosa necesidad de replantear de nueva cuenta la figura del defensor en la Averiguación Previa, sabemos que dentro de un Derecho Moderno y dotado de un auténtico sentido democrático, tan importante como el equilibrio de las partes es, asegurar un régimen de defensa real y verdadero en esta fase del procedimiento penal donde se integra y perfecciona la indagación.

Es de relevancia manifiesta el aseguramiento de las garantías del inculcado y principalmente, el derecho de no autocriminarse de ahí que la garantía de defensa del detenido o acusado durante la Averiguación Previa, fortalezca los principios de libertad y seguridad jurídica y constituye un esfuerzo complejo y delicado que no puede -ni debe- vulnerar el interés de la sociedad.

Durante muchos años, la Averiguación Previa se ha desarrollado con mecanismos medievales y técnicas inquisitorias, haciéndose nugatoria, por no decir imposible, la intervención de la defensa ante la Representación Social, unas veces negándole su carácter, otras obstaculizándola, y otras más, bloqueando al máximo su participación con procedimientos corruptos y corruptores, siempre con el fin de obtener confesiones fabricadas y consignaciones ilegales, violando el principio de legalidad y demás garantías de los inculcados.

La presente tesis tiene por objeto analizar la figura de la defensa a este nivel de la estructura procedimental en materia penal; se parte en el Capítulo Primero denominado "Definición y antecedentes de la defensa" en el que se hace referencia a las

diversas acepciones del tema que hoy nos ocupa, además de hacer una breve retrospectiva histórica en la evolución de la defensa.

En el Capítulo Segundo llamado "Algunas consideraciones en torno a la Institución de la Defensa", se estudia la defensa como garantía individual, su naturaleza jurídica, las clases de Defensor así como las funciones del mismo.

En el Capítulo Tercero hago referencia a los "Ordenamientos legales que rigen a la institución de la defensa en México", desde nuestro máximo ordenamiento jurídico, es decir la Constitución Política de nuestro País hasta los Acuerdos emitidos por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

En el Capítulo Cuarto "La Garantía de Defensa en la Fase de Averiguación Previa en el Procedimiento Penal Mexicano" se hace un recorrido de la Averiguación Previa en el Procedimiento Penal Mexicano, se estudia la actividad investigadora y el ejercicio de la acción penal; se distingue entre acción penal y acción procesal penal, se analizan sus características y finalidades, así como el órgano encargado para la preparación y ejercicio de la acción procesal penal.

El Capítulo Quinto se refiere a "Nuestro Punto de Vista", donde se plantea la problemática en torno al tema y las consideraciones al respecto del mismo, para finalizar con las conclusiones.

Sabemos que, este esbozo alrededor del tema que hoy nos ocupa, es sólo una semilla más en este gran surco de la legalidad y seguridad de los gobernados, razón por la cual aceptamos la limitaciones y demás restricciones de la presente tesis.

No podemos dejar de agradecer al Licenciado Juan Carlos Rayo Mares su apoyo y guía sin ella la elaboración de la presente tesis no hubiese sido posible.

CAPITULO PRIMERO

DEFINICION Y ANTECEDENTES DE LA DEFENSA.

I. i Definición del Concepto de defensa.

El concepto de defensa ha recibido diversas acepciones, atendiendo a su raíz etimológica, derivada del latín "defensa", que pasa al español como defensa, y no es otra cosa sino la acción y efecto de defenderse, gramaticalmente el Diccionario Enciclopédico Bruguera consigna que la palabra defensa significa:

"razón o motivo que se alega en el juicio para contradecir o desvirtuar la acción del demandante", también significa "abogado defensor del litigante o presunto responsable", para finalizar indica que también implica la connotación de "amparo, protección, socorro".

Desde el punto de vista jurídico, según Guarneri:

"el concepto de defensa es correlativo al de la acusación y constituye en la dialéctica procesal de los contrarios, el momento de la antítesis".

Otras definiciones de este concepto lo definen como:

"amparo, protección, resistencia al ataque, arma defensiva, mantenimiento de una causa, idea o plan discutido e impugnado por otros, socorro, ayuda, repulsa o rechazamiento de una agresión, abogado defensor, escrito con el que se trata de atenuar la conducta del acusado ante un Tribunal, hecho o derecho en juicio civil o contencioso de otra índole".

¹ Diccionario Enciclopédico Bruguera, Editorial Bruguera Mexicana de Ediciones, S.A. México 1979, 16 Vols, Tomo II, pág. 428

² Opus Cit., pág. 428

³ Guarneri, José "Las Partes en el Proceso Penal", Edit. José Ma. Cajiga Jr. Puebla, México 1952, pág. 328

⁴ López Leyva, Jesús "La defensa en la Averiguación Previa", Anuario Jurídico UNAM, año 1985, Tomo XII, pág. 448

Algunas más señalan:

"Conjunto de medios que pueden ponerse en acción para responder a una querrela criminal", o como "el juicio que por uno mismo o por letrado se asume como una pretensión ajena planteada judicialmente para intentar la absolución de una u otra especie"; también se ha dicho que "integra un derecho aun en los casos de mayor flagrancia en lo penal y de mayor iniquidad en lo civil, por la posibilidad que las apariencias queden desvirtuadas o los hechos encuentren una justificación"⁵.

La Enciclopedia Jurídica Española nos da definiciones de este concepto desde varios puntos de vista:

A) Criminológico.- Indudablemente dicha palabra adquiere su significado originario y propio, fuera del campo del Derecho, y expresa, el ejercicio de una actividad, natural o humana, de amparo y protección. Se defiende activa o pasivamente, aquel a quien se ataca, justa o injustamente; hombres, pueblos y animales... incluso las cosas se defienden metafóricamente, de la acción de los elementos que conspiran contra su existencia en el mundo de los seres. En tal concepto, la defensa es una fuerza vital que tiende en todo momento a procurar la permanencia de todo lo que es o está creando, frente a las acciones contrarias que pretenden destruirlas.

De aquí se desprende:

1. La idea de defensa es correlativa, y se da en función de la ofensa.
2. Implica una actividad de signo igual, pero contrario a la primera.

Y)

3. Posee un carácter preponderantemente bélico, en cuanto tiende a enervar o destruir todo aquello que se le opone.

B) Jurídico.- Para el Derecho, la palabra "defensa" posee también acepciones o significados diferentes, así, unas veces se aplica como eco de su significación original, al ejercicio de una actividad jurídica de amparo y protección a quien se encuentra atacado, por el ejercicio de una acción dirigida contra él o bien por trasposición, del acto al agente; se llama también defensa a la persona que ejercita esta actividad o también al instrumento o pieza

⁵ Opus Cit., pág 448

oratoria utilizada para defender, con lo cual se verifica, en el sector jurídico, análogo fenómeno de mimetismo.

Construyéndonos a un terreno puramente técnico, en derecho se habla de dos clases o direcciones de la defensa: la material y la formal.

Es material, aquella que se ejercita legítimamente por cualquier persona, cuando se ve atacada por otra, y suele dar lugar a la figura material de "defensa legítima" o "legítima defensa" que regula el Código Penal... un segundo sentido de la defensa llamado "formal o procesal", y constituye el derecho de defensa específico. Se caracteriza éste, como aquél, que se ejercita en los Tribunales de Justicia, en favor de los derechos que son ahí controvertidos en legal formal. Es lo que se llama, ordinariamente, ejercicio del derecho de defensa en juicio o jurisdiccional.

C) Procesal.- Dogmática dominante, haciéndose eco de cierta tendencia doctrinal extranjera, distingue dos modalidades de la misma. Se entiende por defensa material a la que se practica por deber legal, por todos los elementos personales componentes o intervinientes en el procedimiento; y la segunda, o sea, la formal, es aquella que se practica profesionalmente, por personas, peritos en Derecho, asumiendo tal carácter en favor de sus patrocinados.

a) Defensa Material.- Se funda en la regla que justifica el principio general de defensa humana y es aplicado a la situación de necesidad jurídica en que se encuentra favorecido por la misma. En definitiva, las instituciones públicas están situadas en consideración a proveer a la ayuda y protección del necesitado, evitando la agresión a que conduce la ignorancia o el error. En cualquier caso, el deber social de socorro, se debe cumplir de una manera actual y permanente.

b) Defensa Formal o Estricta.- Independientemente del concepto procedente, se distingue por la doctrina la defensa procesal genuina, o estricta, que es aquella que se encomienda a una persona perito en Derecho para que ampare y defienda los derechos de otra en juicio. Es, en definitiva, un concepto instrumental de la institución, que ha tomado carta de naturaleza en el Derecho mundial y que contribuye a componer el equipo instrumental de los organismos jurisdiccionales encargados de la administración de justicia.

Aun dentro de este concepto se distinguieron otros dos sentidos:

El que se refiere a la Institución encargada de prestar la asistencia técnica que representa, o bien, la propia persona que ejerce en actu dicha función en favor de los acusados e incluso demandados, en el sentido más amplio.

Rafael de Piña, define el concepto de defensa como:

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

Respecto a la defensa, Juan José González Bustamante opina:

"La institución de la defensa represente en el procedimiento penal moderno una función de altísimo interés, sea que se le considere como un órgano encargado de prestar gratuitamente asistencia técnica a las partes o como la persona que, a cambio de retribución, pone los conocimientos profesionales que posee al servicio del inculcado".

Por su parte, Jesús Zamora- Pierce, opina:

"El derecho de defenderse es aquel que tiene el procesado penal para oponerse a la acusación".

Para este autor, la defensa constituye junto con los conceptos de acción y jurisdicción los cimientos del proceso penal.

⁶ Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo VI, Edit Francisco Seix, S.A., Barcelona España 1975, pág. 320-321

⁷ De Pina Rafael, Diccionario de Derecho. Edit Porrúa, S.A., 10a edición, México 1983, pág. 207

⁸ González Bustamante Juan José, Derecho Procesal Penal Mexicano, Edit Porrúa, S.A., 10a edición, México 1991, pág. 86

⁹ Zamora-Pierce Jesús, "Garantías y Proceso Penal", Edit. Porrúa. S.A., 4a edición, México 1990, pág. 333

I.2 Desarrollo Histórico de la Defensa.

En cuanto al Derecho de la defensa y su evolución histórica, vemos que es en el Antiguo Testamento donde ya se establece, pues se expresa que Isaías y Job proporcionan a los defensores de los mentecatos, ignorantes, menores, viudas, pobres, normas para que mediante su intervención realizaran gestiones en favor de éstos cuando sus derechos hubiesen sido quebrantados.

Es en Grecia donde a través del desarrollo y perfeccionamiento de la Oratoria, se da origen a la persuasión mediante la Oratoria depurada, los lológrafos aparecen y su labor consiste en elaborar discursos por escrito (discurso forense), dando lugar así a los escritores de alegatos, sin embargo, era sólo el acusador y el acusado los que comparecían personalmente ante el Tribunal del pueblo para alegar de viva voz. es decir los lológrafos escribían discursos para que otros los leyeran cobrándoles honorarios por sus servicios, surgiendo la carrera de Abogado.

Durante el siglo V d. C., se rompen los velos del Derecho Tradicional Romano, permitiéndoseles a los plebeyos preparar su propia defensa, el patronatus ocausidicus era un experto orador que defendía los intereses de su cliente, previo asesoramiento de un verdadero advocatus, el cual era perito en Jurisprudencia y en recursos legales, correspondiéndole al patrono representar y proteger a su cliente, así vemos que es en el Libro I, Título III del Digesto donde se reglamentan las funciones de los defensores.

Así, el Derecho Romano supera al Griego con la intervención de sus grandes jurisconsultos, dando inicio a la etapa del procedimiento penal moderno, al adoptarse el juicio oral ante el

pueblo, y desarrollarse públicamente el proceso en la Plaza del Agora o en el Foro Romano.

En el Derecho Romano, los procedimientos judiciales requerían de fórmulas que deberá usar el intercesor como representante del acusado, sus afirmaciones erróneas podían ser rectificadas, pero esta rectificación no procedía si habían sido hechas por las partes en persona.

Es en 1532, con la Constitución Carolina, donde se le reconoce al inculpado el derecho de ser defendido por un tercer, además de regularse ampliamente las funciones de la defensa, es decir, la Constitución Carolina contiene ya la reglamentación de la defensa, así como su intervención autorizada; en los casos de cierta gravedad, la defensa se declaraba obligatoria y, si el acusado confesaba, la función del defensor se concretaba a pedir el perdón para su representado.

"La única persona a quien se le permitía enmendar sus errores para el "Intercesor". el cual podía rectificarlos en tanto que las declaraciones manifestadas por las partes tenían la característica de ser irrevocables. El ofendido exigía su derecho por medio de la venganza. Aplicándose el juicio de Dios, los Ordalías y el Juramento purgatorio"¹⁰

Según Alcalá Zamora, la figura típica que prevalecieron en el Derecho Germánico fue la Autodefensa, desarrollándose el proceso en forma oral y pública, de carácter solemne y formalista, cuyo objetivo principal era lograr la composición para evitar venganza de la sangre¹¹.

¹⁰ Briseño Sierra Humberto, "Derecho Procesal" Cárdenas Editor y Distribuidor, 1a edición, México 1979, tomo II, pág. 449

¹¹ Citado por García Ramírez Sergio, "Derecho Procesal Penal", Edit Porrúa, S.A., México 1978, pág. 74

"A su vez la competencia, se delimitara por la asamblea de los hombres libres en quienes radicaba la jurisdicción. Esa presidida por el Juez Director de Debates, pero la propuesta del fallo reacia en el Juzz permanente, en los jurisperitos o en los urteilsfinder"¹².

Como se puede observar y como ya quedo anotado, el procedimiento tenía las características de oral, público, independientemente de que se llevara a cabo un estricto formalismo. Por ello, desde la antigüedad se convirtió en costumbre hacerse representar al acusado por el intercesor, el cual tenía la función de hacer las declaraciones requeridas por las disposiciones y costumbres que imperaban en ese momento en que se basaba el procedimiento ritualistas.

Nicolau Eymeric, Inquisidor general de Aragón, escribió a mediados del siglo XIV una obra llamada "Manual de Inquisidores". que resumía los procedimientos seguidos por la inquisición y que sirvió como regla práctica y Código Criminal en todas las inquisiciones del orden cristiano. Esa Obra nos informa que el procedimiento era secreto para el reo, y que cuando finalmente, encontrándose lista la acusación, ésta se le comunicaba tan sólo parcialmente, suprimiendo y deformando la información con el expreso propósito de impedirle un reconocimiento cabal de la misma.¹³

Respecto a la Legislación Española, tanto en el Fuero Juzgo como en la Nueva Recopilación, se faculta al juez para apremiar a los profesores de Derecho y a los abogados del foro para que proporcionaran sus servicios profesionales gratuitos en favor de la

¹² García Ramírez Sergio, Opus cit. pág. 75

¹³ Zamora-Piere Jesús, Opus cit. pág. 334

defensa de los pobres y desvalidos, se mencionaba también a los defensores y mandadores, teniendo estos últimos la encomienda por parte de príncipes y obispos para hacer valer la verdad y no dejarla derrumbarse ante el poderío, así, la Ley en Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, estableció para los integrantes que los Colegios de Abogados la obligación de representar a las personas que estaban imposibilitadas económicamente para cubrir los gastos de un defensor particular, los cuales no tenían derecho de excusa, sino únicamente por motivos de fuerza mayor o verdaderamente personal, y que estaban supeditados a la aprobación de los decanos de los Colegios de Abogados o por el Tribunal donde les correspondería desempeñar su función. Dichas disposiciones estuvieron vigentes en el Virreinato, antes de la proclamación de la Independencia de México, condenándose en la Providencia de la Real Audiencia del 21 de octubre de 1796.

Existieron en España otras leyes importantes como el Fuero Real, en el que se instaura la Unidad Jurídica, después de la reconquista de Alfonso X, las cuales fueron el resultado de la influencia romanista y canonista en España. En estas leyes, a los defensores se les llamó "Voceros" y "Procuradores". teniendo éstos escasa intervención en la representación del acusado.

Las Leyes de Estilo, sirvieron para la aplicación e interpretación de las normas haciendo la función de jurisprudencia o doctrina en el Derecho, aclarando las lagunas que habían en la legislación. En la Constitución de Cádiz de 1812, se suprime el absolutismo, delimitando las atribuciones de los gobernantes. En esta Constitución se otorgan muy pocos derechos a las personas que se les

imputaba alguna acusación criminal.

"Los Fueros consistían en diversos ordenamientos legales, que promulgaban los diferentes monarcas en sus reinados, normalmente los asuntos civiles y penales y la relación jurídica entre los ciudadanos"¹⁴.

En Francia en el esplendor del sistema inquisitivo, con la Ordenanza de 1670, se prohibió de una forma generalizada que el acusado tuviera la asistencia jurídica del defensor, de tal manera que al entrar en vigor se suprimió de una forma total la intervención del defensor, pues no obstante que la representación jurídica estaba limitada grandemente en las leyes anteriores a dicha Ordenanza, estas disposiciones eran poco respetadas por no ser tan rigoristas como el sistema inquisitivo.

El Edicto de B de mayo de 1777, trajo consigo reformas positivas a la Ordenanza anteriormente citada, entre las que se pueden anotar la suspensión del tormento o la exigencia de los jueces de motivar sus sentencia, obligándolos a fundar jurídicamente las mismas.

Durante la Revolución Francesa se suprime la abogacía, de acuerdo al Decreto del 25 de agosto de 1790, defendiéndose por si mismas las partes, o bien, utilizando los servicios del Defensor de Oficio.

El Código de instrucción criminal de 1808, se mantuvo vigente en Francia, mediante el cual es aceptada la defensa y la hace obligatoria en algunos casos, sufriendo varias reformas pero

¹⁴ Briseño Sierra Humberto, *Opus cit.*, pág. 448

manteniendo la esencia que se le dio desde la Epoca Napoleónica¹⁵.

También con la Revolución Rusa se suprime la abogacía por considerarse una práctica burguesa, restableciéndose la profesión posteriormente, dándole al defensor el carácter de servidor de la colectividad.

González Bustamante comenta que:

"...el principio de que la defensa es obligatoria y la consagración de que el acusado debe disfrutar de toda clase de libertades para prepararla, tuvieron su origen en la Asamblea Constituyente en Francia al expedirse las leyes que regulaban el Procedimiento Penal el 29 de septiembre de 1791"¹⁶.

Bernabé Luna Ramos apunta:

"... ya desde el año de 1791, en la Asamblea Constituyente en Francia, se reconocía el derecho a la defensa por parte del indiciado a designar defensor desde el momento de ser detenido; asimismo se reconoce el derecho del defensor de intervenir en todas las actuaciones procesales sin que pudiera vedársele el conocimiento de las actuaciones practicadas desde el inicio del procedimiento"¹⁷.

La defensa en México se ha consagrado en casi todas sus Constituciones, las leyes mexicanas establecen el principio de la defensa, así como su obligatoriedad en materia penal, y el hecho de ser gratuita en materia federal, común y militar, se establece también la institución del Defensor de Oficio, el cual proporciona sus servicios profesionales de manera gratuita a quien lo solicite, y son las leyes penales las que regulan o reglamentan la defensa.

¹⁵ Colín Sánchez Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales" Edit. Porrúa, S.A., Quinta Edición, México 1979, pág. 20-21

¹⁶ Opus Cit, pág 89

¹⁷ Luna Ramos Bernabé, "La defensa en la Averiguación Previa". Anuario Jurídico UNAM. Año 1985, Tomo XII, pág. 476

A continuación, presento una retrospectiva histórica de la Defensa en México a través de las Epocas Prehispánicas, Colonial e Independiente.

I. 3 Retrospectiva de la defensa de México.

I.3.1. Epoca Prehispánica.

México, las dos culturas prehispánicas más sobresalientes fueron la Maya y la Azteca, contaban con una sorprendente organización jurídica y un derecho de tipo consuetudinario, transmitido de padres a hijos y de ancianos a jóvenes.

J. Kohler señala que:

"... en el Derecho de los aztecas el procedimiento penal se seguía de oficio y se iniciaba con el rumor público de que había cometido un hecho ilícito. para iniciarle la persecución"¹⁸.

Lucio Mendieta y Nuñez establece que:

"... en el pueblo azteca no se tienen antecedentes de haber existido funciones de abogacía y que al parecer ejercían esta actividad los mismos ofendidos o acusados, dando a su vez una explicación a éste, cómo es que el sistema jurídico, así como el mecanismo judicial, era completamente accesible al pueblo debido a simplicidad y sencillez"¹⁹.

Sin embargo, algunos otros autores mencionan que si existían actos de defensa en la Cultura Azteca y, que se encargaban de representar al desvalido, llamándose "Tepantlatos", pero estando de acuerdo estos autores en el sentido de que no existían leyes que reglamentaran la defensa como un derecho del hombre. En la

¹⁸ Kohler J., "El derecho de los aztecas" trad del alemán por el Licenciado Carlos Robalo y Fernández, Edit Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México 1924, pág 75

¹⁹ Mendieta y Nuñez Lucio, "El derecho Precolonial". Edit Porrúa, S.A., México, 4a. edición, 1981, pág. 144

Enciclopedia "México a través de los Siglos". se menciona que:

".. no existía la pena pecuniaria, por la falta de moneda, ni la prisión como pena; los delitos se consideraban leves o graves; en las leyes, la pena consistía normalmente en azotes, golpes con palos piedras, exhibiciones públicas, o sea primordialmente penas corporales, y los graves consistían en esclavitud, la pena del talión o la muerte".

El derecho Maya en forma similar al de los aztecas, con algunas particulares, como que se caracterizaba por ser extremadamente rígido en las sanciones que imponían, castigando al que atentara contra las buenas costumbres, la paz y la tranquilidad social, no existiendo ningún recurso en contra de las sanciones o sentencias que se pronunciaban²¹.

I.3.2 Epoca Colonial.

Durante la Epoca Colonial, debido a la conquista, México tuvo una gran influencia española; paulatinamente el Derecho Peninsular fue desplazado al sistema jurídico de las culturas indígenas de la Nueva España.

Las Ordenanzas expedidas por Hernán Cortés son los primeros antecedentes de la introducción del Derecho Hispano en México.

En un principio la organización del poder en todos sus aspectos y forman recayeron en personas de origen español, los cuales eran nombrados por los reyes de España, y los virreyes y otras altas autoridades. siendo hasta la Cédula Real de 9 de octubre de 1549,

²⁰ Riva Palacio D. Vicente y otros, "México A Través de los Siglos", Edit. Cumbre S.A., México 1981, 17 edición, Tomo II, pág. 202-203

²¹ Opus cit. pág. 203

donde se exigió que se seleccionara entre los indígenas a las personas más idóneas para desempeñar, entre otros cargos, los de jueces, alcaldes, alguaciles, regidores y escribanos.

En lo que se refiere a la asistencia jurídica por parte de abogados en México, es similar a la de España, tema que ya se trató anteriormente al hacer referencia del Derecho hispano.

"El procedimiento penal hasta poco después de proclamarse la Independencia de México, se rigió por el sistema de enjuiciamiento inquisitorio, el cual, como ya se dijo antes, se caracteriza por la falta de garantías y derechos para el acusado con el exceso de facultades que investía a los jueces, convirtiendo su voluntad en fallos inapelables, a la confesión que se le consideró la reina de las pruebas, era arrancada por medio del tormento, la incomunicación y la privación indefinida de la libertad"²¹.

1.3.3. México Independiente.

Posteriormente a la Proclamación de la Independencia de México, continuaron rigiendo provisionalmente las normas y procedimientos implantados durante la Colonia, pues se carecía totalmente de ordenamientos propios.

El sistema inquisitorio siguió vigente hasta que la Constitución de Cádiz de 1812, así como las ideas emanadas de la Revolución Francesa transformaron el pensamiento, las leyes y el procedimiento, tanto en España como en México, así el 22 de octubre de 1814 se promulga en México "El Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana", y a pesar de no haber tenido vigencia, es de gran importancia por ser el antecedente de las constituciones que posteriormente regirían a México, ya que estas recogerían lo más importante y próspero de las bases jurídicas y

²¹ Opus cit., pág 203-204

filosóficas de la Revolución Francesa y de la Constitución de Cádiz.

El 4 de septiembre de 1824, se proclamó la primera Constitución de la República Independiente, bajo el Sistema Federal; esta Ley suprema mejora la administración de justicia y los procedimientos judiciales, otorgando garantías a los gobernados, teniendo como antecedentes el derecho de defensa el que nadie debería ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente. Esta Constitución y las leyes secundarias sufrieron grandes modificaciones, durante el régimen centralista del General Antonio López de Santa Ana, a partir de 1835, así como los constantes cambios de gobierno, la intervención norteamericana y cuartelazos que afectaron a la naciente República Mexicana.

La Constitución de 1857, también llamada Constitución Liberal y que consagra las ideas de la reforma, se puede considerar como el resultado del descontento y las injusticias, principalmente del régimen dictatorial santanista.

En esta Carta Magna, es donde se consagran los derechos del hombre, considerando por primera vez en la República Mexicana, garantías que tuvieron notorias deficiencias, pues no estaban debidamente especificadas.

Es en ella donde nace la defensoría de Oficio, como resultado de la madurez humana y jurídica, después de haber sufrido el pueblo mexicano múltiples injusticias.

La Constitución Liberal de 1857 en su artículo 20 fracción V, establecía:

"...todo acusado tiene el derecho de defenderse por sí mismo o por persona de su confianza, y en caso de no tener quien lo defienda se le presentará la lista de los

defensores de oficio para que él designe a los que considere convenientes."

En la carta Magna de 1857, se cambia el nombre de "Personero" al de "Defensor". También se consagran otras garantías; en el artículo 20 se indica que el acusado tendrá el derecho de saber el motivo de su enjuiciamiento y el nombre de su acusador, si lo había; que se le recibiera su declaración preparatoria dentro de las cuarenta y ocho horas, contadas a partir de que se le pusiera a disposición del juez; tenía el derecho de ser careado con los testigos que deponían en su contra y de que se le facilitaran los datos necesarios y que constaran en el proceso, para la preparación de su defensa²³.

En la Constitución de 1917, es donde se da una verdadera importancia al Derecho de la Defensa Gratuita, otorgada por el Estado y en la cual se consagran los postulados de la Revolución Mexicana. Nuestra Carta Magna vigente es uno de los más preciados logros del pueblo mexicano, después de la Dictadura de Porfirio Díaz, quien duro en el poder desde el año de 1876 hasta 1911.

Es en la Constitución de 1917 donde se consagran diversas garantías, pero basta mencionar por el momento que es el artículo 20 donde se establece el Derecho de la Defensa y que en virtud del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de septiembre de 1993, dicho articulado queda reformado, estableciendo constitucionalmente el Derecho a la Defensa en la fase de averiguación previa.

²³ Briseño Sierra Humberto, Opus Cit., pag 225

CAPITULO SEGUNDO

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA INSTITUCION DE LA DEFENSA

II. 1 La defensa como garantía individual.

La defensa como garantía individual y a la vez constitucional de nuestro Derecho Procesal Penal Mexicano, se encuentra reglamentada dentro del artículo 20 de nuestra Ley Fundamental, en su fracción IX.

Es aquí donde en parte, está comprendida una de las garantías de seguridad jurídica del individuo, que se crearon evidentemente para proteger al gobernado del Estado, en su calidad de procesado, imponiendo este ordenamiento constitucional a toda autoridad jurisdiccional que conoce de los juicios criminales correspondientes, imponiendo diversas obligaciones y prohibiciones a titulo de requisitos legales constitucionales, que debe llenar todo procedimiento para que en esta forma no sean despojados del derecho de defensa los propios acusados.

Las garantías de Seguridad contenidas en el artículo 20 de nuestra Carta Magna son a su vez objetos de normación en Materia Procesal Penal, en otras palabras, tanto el Código Federal de Procedimientos Penales como los diversos Códigos Penales Procesales de los Estados, reglamentan los aludidos preceptos.

Hemos manifestado que el artículo 20 Constitucional en cuanto a que contiene la garantía de defensa en favor de la persona acusada en los juicios criminales, es una fase de los dignos valores de la libertad y protección individual. En efecto, aunque las garantías individuales de las personas en cuanto a la situación

jurídica que puedan tener en las causas criminales. están comprendidas, entre los artículos 16 al 23 de nuestra Constitución, mismos que se encuentran contenidos todos los principios que han de servir de base a la legislación penal, para hacer efectiva la garantía procesal de los acusados, la inviolabilidad del hogar, los derechos de la defensa y el tratamiento humano de las personas sometidas a juicios penales.

Este artículo 20 tiende a garantizar el Derecho de Defensa según nos lo indica su fracción IX, protegiendo así, al acusado contra arbitrariedades de todo tipo ejercidas por el Poder Público, más aún, pues este Derecho de Defensa durante la Averiguación Previa, como ya se mencionó anteriormente, queda establecido plenamente en nuestra constitución como una garantía individual.

De esta manera, encontramos en nuestra Constitución de 1917, misma que sustituyó a la de 1857, el enfocamiento con más vigor del problema del Derecho de Defensa, dándole al mismo, el carácter de garantía constitucional. Antes de esa reglamentación, la figura del defensor no tenía la importancia que ahora se le concede, tal vez a ellos se deba que el artículo 7o. del Código de Procedimientos Penales de 1894, concedía al acusado el derecho de designar defensor, pero hasta después de terminado el interrogatorio a que se le sometía al rendir su declaración preparatoria. Es decir, aunque no se le negaba el derecho de defenderse, si se le restringía. La garantía de defensa está contenida en nuestra Constitución Federal de la República, como antes se dejó asentado, en su artículo 20, fracción IX, misma que establece, de conformidad con las reformas decretadas

al 3 de septiembre de 1993, en el Diario Oficial de la Federación:

"Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y..."²¹

Con respecto a la multicitada reforma constitucional del 3 de septiembre de 1993, sigue diciendo su penúltimo párrafo:

"Las garantías en las fracciones V, VII, y IX también serán observadas durante la averiguación previa y en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan..."²²

II.2 Naturaleza Jurídica de la Defensa.

La fracción IX del artículo 20 constitucional consagra el derecho de tener defensor; las reformas a este precepto de conformidad con el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 3 de Septiembre de 1993, establecen tal garantía en los siguientes términos:

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

²¹ Diario Oficial de la Federación, Tomo CDLXXX., No. 3, 3 de septiembre de 1993

²² Diario Oficial de la Federación, Tomo CDLXXX., No. 3, 3 de septiembre de 1993

De la lectura de este precepto nace la interrogante:

¿Cuál es la naturaleza jurídica del defensor?

Diversas teorías tratan de responder al cuestionamiento anterior diciendo algunas que, responde al carácter de un mandatario, otras lo ubican como un auxiliar de la administración de Justicia, también se ha dicho que es un Simple Asesor, o bien, que tiene un carácter Sui Generis.

II.2.1. Mandatario

Esta postura le da al defensor el carácter de un mandatario, tal es el caso de los Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y 1894, siendo que el primero de ellos disponía:

Art. 165. "Los defensores pueden promover sin la necesidad de la presencia de sus defendidos las diligencias que creyeran convenientes, pero en el ejercicio de su encargo no contrariarán las instrucciones que de ellos hubieren recibido"

El Código de Procedimientos Penales de 1894, establecía:

Art. 112 "Que los defensores pueden promover todas las diligencias o intentar todos los recursos legales que creyeran convenientes, excepto en el caso de que en autos conste la voluntad del procesado de que no se practiquen las primeras o de que no se intenten los segundos, teniendo por tal voluntad la conformidad expresa por las sentencias o autos, contra los que pudieran intentarse recursos; que asimismo, pueden desistirse de las diligencias que hubieren solicitado o de los recursos que hayan intentado, excepto en el caso de que el procesado haya hecho la promoción intentando el recurso, pues entonces el desistimiento del defensor no surtiría ningún efecto".

Sin embargo, existen otras que lo contradicen sustentándose en que el mandato es un contrato por virtud del cual una persona llamada mandante da a otra, llamada mandatario, el poder de ejecutar en su nombre uno o muchos actos jurídicos, que de ser así

el defensor en su carácter de mandatario tendría que contar con el expreso consentimiento del mandante, o sea, el acusado quedando sujetas todas las actuaciones del mandatario a la voluntad del mandante.

Al respecto, González Bustamante opina que de ser así:

"En la interposición de recurso o de otros medios de defensa que consagra la ley para impugnar las resoluciones judiciales necesitaría contar con el expreso consentimiento del mandante, que es el acusado y que en cualquier momento podría contrariar las peticiones del mandatario"²⁶

Por otra parte tenemos que, atendiendo a la fracción IX del artículo 20 Constitucional, reza:

"...si no quiere o no puede nombrar defensor después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio..."

"El hecho de que el defensor deba existir, incluso si ello es necesario, es contra de la voluntad del procesado, nos permite ya afirmar que no es un mandatario de éste, puesto que el mandato es siempre libremente otorgado. Luego, no debe regirse por las reglas del mandato, ni ajustar sus actos a la voluntad el procesado"²⁷

II.2.2 Auxiliar de la Administración de Justicia.

Otra postura es la que considera al defensor como auxiliar en la Administración de Justicia, bajo este carácter el defensor tendría que romper con el secreto profesional, dando informes al inculcado y como ejemplo tenemos que Italia, durante el régimen fascista se le consideró al defensor como auxiliar de la Administración de Justicia, negando la defensa a individuos que eran considerados peligrosos para el orden social y político, siendo que:

²⁶ González Bustamante Juan José, "Derecho Procesal Mexicano". Edit. Porrúa, S.A., 10a edición, México 1991, pág. 91

²⁷ Zamora-Pierce Jesús, "Garantías y Proceso Penal". Edit. Porrúa, S.A., 4a. edición, México 1990, pág 334.

"el hecho de que los delitos políticos o sociales se prohíba a la Abogacía la defensa de los criminales, convierte el proceso penal en un instrumento absurdo, para legitimar la venganza del Estado"²⁸.

Manzini señala que el defensor penal no es un patrocinador de la delincuencia sino del Derecho y de la Justicia en cuanto puedan resultar lesionadas en la persona del imputado²⁹.

Este concepto del defensor sólo se dio en los Estados totalitarios, ejemplo de ello, ya se mencionó a la Italia fascista y también a la Alemania Nazi, donde se le obligaba al abogado a entregar su lealtad a los intereses del Estado, antes que los intereses de su cliente.

II.2.3 Simple Asesor.

En cuanto a esta postura, que tampoco es bien aceptada, no se concibe al defensor como un consultor o asesor, que sólo aconseje a su cliente, ya que es el principal defensor de los intereses de éste.

II.2.3 Posición sui Generis.

La moderna doctrina procesal reconoce en el defensor penal una naturaleza compleja que le da diversos matices como asesor del procesado, de representante y de sustitutivo procesal de éste, así tenemos las siguientes opiniones de diversos juristas:

²⁸ González Bustamante Juan José, Opus Cit., pág 93

²⁹ Manzini citado por González Bustamante Juan José Opus cit., pág. 93

Carnelutti señalaba:

"...al defensor en ciertos casos, le compete el carácter de sustituto procesal..."³⁰

Guarneri comenta:

"...verdaderamente, el defensor penal tiene una naturaleza poliédrica, y una vez se presenta como representante, otras asistente y finalmente como sustituto procesal"³¹.

Leone establece:

"...contemplando al defensor en su configuración general, prescindiendo por tanto, de aquellos casos en que la ley le confiere expresamente una posición de representación...nos encontramos en presencia de una serie de tentativas encaminadas a definirlo jurídicamente: representación; nunciatura; sustitución procesal; titularidad de un oficio; relación a intereses subordinados. Se trata de tentativas cada una de las cuales toca un aspecto del disputadísimo problema, pero incapaz de resolverlo en su integridad"³².

Por lo anterior, podemos advertir que a medida de que los avances técnicos del proceso penal son mayores, aumenta también la intervención del defensor, por lo que se puede afirmar que se ha convertido en el sustituto procesal del acusado, siendo por tanto, una institución autónoma con naturaleza y régimen jurídico especiales.

II.3. Clases de defensor

II.3.1 Defensor Particular

El proceso penal se encuentra enmarcado dentro de un triángulo, en el cual en uno de sus vértices ubicamos a el órgano

³⁰ Carnelutti Francisco, Cuestiones sobre el Proceso Penal, Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, pág 222-223.

³¹ Guarneri José, "Las parte en el Proceso Penal" Edit. José M. Cajiga Jr., México 1952, pág. 336

³² Leone Giovanni, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, Tomo V, pág 574.

jurisdiccional, que se encarga de la regulación del procedimiento; en otro, al Ministerio Público, que lleva la acusación, apoyándose en su capacidad técnica, sus experiencias, en respaldo pericial, archivos y policías; y finalmente el imputado, cuya personalidad se ve fuertemente afectada psíquica y moralmente, por la detención, el encarcelamiento, el ejercicio de la acción penal y en fin, todo aquello que conlleva tal situación, y al que habrá de prestarle auxilio para nivelar en lo posible las normas dentro de la contienda jurisdiccional.

Sin embargo no en todas las épocas de la historia se ha pensado de igual manera, pues, la Política Criminal es la que determina finalmente la posibilidad de defensa o la negativa de ese derecho, en que va de por medio la libertad personal.

Miguel Fénéch al referirse a la defensa nos habla de la defensa genérica y de la defensa específica o procesal, argumentando que:

"La defensa genérica es aquella que lleva a cabo la propia ate por sí, mediante actos constituidos por acciones u omisiones, encaminados a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la pretensión. Esta clase de defensa no se haya regulada por el derecho con normas imperativas, sino con la concesión de determinados derechos inspirados en el conocimiento de la naturaleza humana, mediante la prohibición del empleo de medios coactivos, tales como el juramento, cuando se trata de la parte acusada y cualquier otro género de coacciones destinadas a obtener por fuerza y contra la voluntad del sujeto una declaración del conocimiento que ha de repercutir en contra suya."³⁵

³⁵ Fénéch Miguel, "Derecho Procesal Penal". Bosch. Barcelona, 1951 Tomo I, pág 359

Respecto a la defensa específica o procesal, que también suele llamarse profesional, Fenecht apunta:

"Es la que lleva a cabo ya no la parte misma, sino por personas que tienen como profesión el ejercicio de esta función técnica-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso penal, para poner de relieve sus derechos y contribuir con sus conocimientos a la orientación y dirección de orden y consecuencia de los fines que cada parte persigue y, en definitiva, facilitar los fines del mismo"³⁴.

Fénech, además se refiere a la defensa en sentido lato y dice:

"En toda actividad de las partes encaminadas a hacer valer en el proceso sus derechos e intereses en orden a la actuación de la protección punitiva o de resarcimiento en su caso, o para impedirla"³⁵.

Para el mismo autor la defensa en sentido estricto es:

"...la actividad de las partes acusadas, imputado y responsable civil encaminadas a oponerse a la actuación de las pretensiones punitivas y de resarcimiento, en su caso, que frente a las mismas se hacen valer por las partes acusadoras"³⁶.

Dentro de la defensa en sentido estricto, Miguel Fénech distingue además, a la defensa en sentido negativo y a la defensa en sentido positivo. Entiende por defensa negativa:

"...a la que se realiza mediante negociaciones provistas o acompañadas o no de pruebas, de las afirmaciones o alegaciones efectuadas por las partes acusadoras... En tanto, defensa en sentido positivo, es la que se lleva a cabo mediante contra alegaciones y contra pruebas destinadas a destruir o dejar sin valor, o al menos disminuir, el contenido o significación de las alegaciones

³⁴ Fénech Miguel, Opus cit., Tomo I, pág. 359.

³⁵ Fénech Miguel, Opus cit., Tomo I, pág. 340.

³⁶ Fénech Miguel, Opus cit., Tomo I, pág. 340.

y pruebas de la parte acusadora"³⁷.

II.3.2 Defensor de Oficio.

Como sabemos, el procesado siempre será "oído por sí o por persona de su confianza", de manera que, cuando aquel no opta por lo primero o no señale persona o personas de su confianza que lo defiendan, el Juez de la causa le presentará la lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convenga; mas si el procesado no procede a ello, queda obligado el Juez nombrarle uno de oficio.

La defensoría de oficio tiene por objeto patrocinar a todos los procesados que carecen de defensor particular. En el orden federal y en la justicia de fuero común, el Estado ha instituido patrocinio gratuito en beneficio de quienes estando involucrados en un asunto penal, carecen de medios económicos para pagar a un defensor particular, o aun teniéndolo, no lo designan.

Las atribuciones y el funcionamiento de la defensoría de oficio se regulan en el orden federal, por la ley publicada en el Diario Oficial de la Federación del 9 de febrero de 1922 y por el Reglamento de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal del 29 de junio de 1940 en el ámbito local.

En el fuero federal, el jefe y los miembros del cuerpo de defensores, son nombrados por la Suprema Corte de Justicia y residen en donde tienen sus asientos los poderes federales, algunos están adscritos a la Suprema Cortes de Justicia de la Nación y los demás, a los Juzgados de Distrito y a los Tribunales de Circuito.

³⁷ Fenech Miguel, Opus cit., Tomo I, pág. 340.

La defensoría de oficio en el fuero común en el Distrito Federal, depende del Departamento del Distrito Federal, quien hace la designación del jefe de los defensores. Se les adscribe a los juzgados atendiendo para ello, el número de asuntos que se ventilen.

Como regla general, se puede afirmar que todos los defensores de oficio deben ser aptos para el cumplimiento de sus funciones, sin embargo, hay algunas ocasiones en las que se presentan causas que por su importancia en relación con el proceso, les inhabilitan.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no reglamenta esa situación para los defensores particulares; sólo se refiere a los de oficio e indica en su artículo 314:

Los defensores de oficio podrán excusarse: I.- Cuando intervenga un defensor particular; y II.- Cuando el ofendido o perjudicado por el delito sea el mismo defensor, su cónyuge, sus parientes en línea recta sin limitación de grado, o los colaterales consanguíneos o afines dentro del cuarto grado⁴⁸.

En el fuero militar existe un cuerpo de defensores de oficio para los casos en que haya necesidad de otorgar defensa gratuita.

Son designados por el Secretario de la Defensa Nacional y se adscriben al lugar donde se requieren sus servicios.

En los Estados de la República, el Ejecutivo Local designa al jefe de la defensoría de oficio y a los integrantes de ésta. Regularmente existe un defensor adscrito a cada uno de los

⁴⁸ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Juzgados de Primera Instancia y otro adscrito al Tribunal Superior de Justicia.

II.3.2.1 En el fuero común.

La defensoría de oficio en el Fuero Común, sobre esta materia se encuentra establecida en el Reglamento de la Defensoría del Fuero Común en el Distrito Federal de fecha siete de mayo de mil novecientos cuarenta y publicado en el Diario Oficial de la federación de ese mismo año, estando integrado por treinta y ocho artículos que componen siete capítulos, en los cuales se encuentra contemplado también la defensoría de oficio en materia Civil, y se regula entre otras cosas su organización, función competencia, atribuciones y sanciones.

II.3.2.2 En el Fuero Federal.

Las leyes adjetivas contemplan como ente jurídico al defensor en la etapa de averiguación previa, así lo constatamos en el artículo 134 bis para el fuero común y el 128 para el fuero federal, en ambas normas procesales se establece el derecho a su designación, pero en ninguno de estos dos casos se precisan los límites de su actuación, por ende debemos remitirnos a que la base de su actividad está depositada sin lugar a dudas, en que dispone nuestra Carta Magna, posteriormente analizaremos con mayor detenimiento las leyes que rigen la Institución de la Defensa en México.

II.3.2.3 En el Fuero Militar.

La reglamentación de esta defensoría de oficio y la organización de su cuerpo de defensores se encuentra en el Código de Justicia Militar de fecha 28 de Agosto de 1933, no obstante el fuero militar cuenta con su Ley Orgánica del Ministerio Público y Cuerpo de

Defensores Militares de fecha 4 de junio de 1929 constituida de 3 Títulos, 27 artículo y 1 transitorio donde se consigna su entrada en vigor el día 1o, de Julio de 1929.

Esta Ley tiene disposiciones similares a la de los otros fueros tales como atribuciones y deberes de los defensores militares, correcciones disciplinarias, organización y funcionamiento, etc.

II. 3.3 Defensor de Confianza.

En rigor jurídico no se puede hablar de un "defensor de confianza", esto más bien obedece que dada la vigencia del caso el legislador pensó en que el asesoramiento legal no solamente debería de provenir del defensor de confianza, sino de otro experto en derecho en el cual se estuviese confianza por sus conocimientos y pericia, generalmente el defensor de confianza si representa un apoyo moral para la persona involucrada en un hecho delictuoso.

Desde luego esta acepción tiene base y fundamento en nuestra Constitución, en el Artículo 20 fracción IX el que permite la presencia de la persona de su "confianza" en quien recaerá la responsabilidad de defensor al acusado, esta primera parte de la fracción que se comenta prevé varias hipótesis siendo la primera la del derecho que tiene el acusado de defenderse por sí, o por persona de su confianza, o por ambos su determinación y en caso de no tener ninguno se le nombrará uno de oficio.

Considerando importante mencionar que anteriormente a la reforma y adición de fecha 3 de septiembre de 1993 al artículo 20 constitucional, esta multicitada reformada fracción hacia referencia al derecho del acusado de nombrar defensor desde el momento en que

era aprehendido; término este último que considero desafortunado, puesto que sólo puede librar ordenes de aprehensión el Órgano Jurisdiccional, de tal suerte, que se presuponía que el acusado tenía derecho a nombrar defensor cuando éste se encontrara a disposición de un Juez.

Como veremos en el siguiente capítulo, actualmente el derecho a la defensa a quedado constitucionalmente establecido durante la averiguación previa.

II.4 Funciones del Defensor.

Para el maestro Mario Oderigo, el defensor tiene una sola función: "El defensor cumple una función de orden público, en el sentido que su acción va encaminada a la consecución de una finalidad social, cual es la de impedir que la ignorancia y el egoísmo agraven injustamente la situación del procesado, vale decir que, en tal medida, colabora para la más ajustada realización del Derecho Penal Material.³⁹

Acerca de la función que tiene el Abogado defensor con respecto a su cliente, en el procedimiento penal, el Maestro Jorge A. Claria Olmedo, divide estas funciones en dos:

"Lo asiste material y técnicamente aconsejándolo, integrando sus deficiencias en la apreciación de los hechos, patrocinándolo jurídicamente en lo sustancial y en lo formal, controlando la actividad de los otros sujetos y personas intervinientes en el proceso, representándolo en algunos actos o actuando al lado o en interés del imputado, sin instituirse en ningún

³⁹ Oderigo Mario A., "Derecho Procesal Penal", Edit. Ideas, Buenos Aires, Argentina 1952, Tomo II, pág. 310

momento en consorte, sustituto procesal o tercero adhesivo o coadyuvante".⁴⁰

B) Función Representativa:

"La asistencia por medio de la representación se muestra en cuanto al defensor actúa en el proceso sin la presencia efectiva del imputado pero en nombre e interés de éste, es decir, para hacer valer los intereses que la ley confiere al sujeto penal pasivo del proceso.

Los efectos jurídicos emergentes de su gestión recaen sobre el imputado, mientras no extralimiten las funciones representativas de la ley procesal, y su origen en el nombramiento y aceptación del cargo. El efecto de la función representativa se proyecta en el patrocinio penal, dándole a la persona del patrocinante la nota de preeminencia"⁴¹.

⁴⁰ Clara Olmedo Jorge A., "Tratado de Derecho procesal Penal", Edit. Har, S.A., Buenos Aires Argentina, 1963, Tomo III, pág. 142

⁴¹ Clara Olmedo Jorge A., Opus Cit., Tomo III, pág 194

CAPITULO TERCERO

ORDENAMIENTOS LEGALES QUE RIGEN A LA INSTITUCION DE LA DEFENSA EN MEXICO

III. 1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La etapa de la Averiguación Previa en el procedimiento penal consiste en la preparación y ejercicio de la acción penal que realiza el Ministerio Público a fin de comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado, teniendo la acción penal como origen al delito y compete su conocimiento al Ministerio Público, por disposición constitucional, pues de conformidad con el artículo 21 de la Carta Magna, éste tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal.

La defensa en la primera etapa del procedimiento penal, es decir, en la Averiguación Previa, cuyo fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 20 fracción novena y penúltimo párrafo del mismo, trae consigo el hecho de que exista un equilibrio en las diligencias de actos violatorios de los derechos del inculcado, toda vez, que la participación del defensor trae como consecuencia, procesalmente hablando, que la Averiguación Previa adolezca de vicios, implicando la defensa en esta etapa del proceso personal un beneficio para el indiciado, pues estará acompañado en lo sucesivo por un Abogado defensor en todas las diligencias que se realicen ante la autoridad investigadora, la defensa en la Averiguación Previa en consecuencia, debe empezar su cometido desde el momento mismo de la detención del inculcado.

Anteriormente al decreto del 3 de septiembre de 1993, que como ya lo habíamos mencionado, reforma el artículo hoy objeto de nuestro estudio, entre otros, establecía:

"En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

IX. Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de defensores de oficio para que elija el que, o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido de 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, y ..."

En torno a este precepto constitucional se desprendería que existían diversos momentos procedimentales para el nombramiento del defensor:

a) En la declaración preparatoria, ya que el presunto responsable tiene derecho a nombrar defensor particular o de oficio; pero si ni lo quiere hacer, después de haber sido requerido para ello, el juez tiene que nombrarle uno de oficio.

Este derecho del presunto responsable y obligación del juez, no se circunscribe al acto de la declaración, ya que el presunto responsable, podrá revocar al ya designado, teniendo derecho a nombrar defensor particular o de oficio, si no lo hace el juez lo hará para evitar dejarlo en estado de indefensión.

b) En esta fracción IX del referido artículo se establecía que:

"...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;..."

Los términos acusado, aprehendido y juicio, no fueron interpretados literalmente, y aunque era confuso en su redacción, el artículo 20 constitucional otorgaba el derecho a la defensa desde el momento de la detención, así tenemos que la palabra acusado debe ser interpretada en el sentido estricto jurídicamente hablando, como el presunto responsable o la persona respecto de la cual existen datos suficientes para suponer fundadamente.

En cuanto a la palabra aprehendido, empleada en esta fracción, dicho concepto se entiende como el estado a través del cual el sujeto está privado de su libertad, ya sea por que se trate de flagrante delito, de notoria urgencia, al respecto y en el sentido en el que hemos tratado el significado de la palabra "aprehendido" algunos autores han opinado, como la Doctora Olga Islas de González Mariscal y el Doctor Elpidio Ramírez:

"El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido"⁴²

El artículo 16 constitucional sirve de apoyo para hacer ver que nuestra Carta Magna emplea como sinónimo orden de aprehensión y orden de detención ya que establece que en los casos de flagrante delito cualquier persona puede aprehender al delincuente, y también tratándose de notoria urgencia la autoridad administrativa, bajo su más estricta responsabilidad decretará la detención de un acusado.

⁴² Islas Olga y Ramírez Elpidio, El Sistema Procesal Penal en la Constitución, México, Edit. Porrúa, S.A., 1979, pág 22.

En otro orden de ideas, la palabra aprehensión de la anterior fracción IX del artículo 20 Constitucional, debería de ser interpretada como la detención, pues como dice García Ramírez, en cuanto al momento de nombramiento de defensor la supracitada fracción es explícita: desde el momento en que sea aprehendido (el indiciado). Dicho tratadista explica que la voz aprehensión "puede interpretarse, favor rei, como sinnimo de detención, o bien, en términos más rigurosos, como aprehensión en sentido estricto, esto es, como ejecución de un mandamiento de autoridad".⁴³

Por último, la palabra juicio utilizada en la tantas veces citada fracción IX, no debería de entenderse en los términos de la fracción III del artículo 1o. del Código Federal de Procedimientos Penales, pues de entender el término "juicio", como el cúmulo de diligencias que se realizan exclusivamente ante la presencia del órgano jurisdiccional, haría nugatoria y en consecuencia quedaría anulada la posibilidad de que el presunto responsable pueda nombrar defensor desde la fase de Averiguación Previa, conculcando en su perjuicio tal beneficio, pues tal derecho es en nuestra opinión una garantía consagrada en la Constitución y en el Código adjetivo del fuero común y en la Ley de Amparo.

Con fecha 8 de julio de 1993 fueron turnadas para su estudio y análisis a las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia dos iniciativas, una de ellas consistía en el proyecto de Decreto que reformaba, entre otros artículo el 20 constitucional.

⁴³ García Ramírez Sergio, "Curso de Derecho Procesal Penal", Edit. Porrúa, S.A. México, 1974, pág. 231

La exposición de motivos que acompañaban a las iniciativas, planteaba, como parte de la reforma del Estado, el ámbito de las garantías individuales en materia penal, señalaba que era necesario establecer disposiciones en cuya virtud, los particulares hallasen en la norma jurídica, tutela y protección con respecto a los actos de las autoridades, que tienen a su cargo, la búsqueda e impartición de la justicia.

El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contempla todas las garantías que el Estado debe respetar a los inculcados en el procedimiento penal. Es de tal tenor que la reforma que se planteó contiene los siguientes cambios que se expresan en el encabezado del citado artículo.

La reforma sustituyó el término "juicio de orden criminal" por el de "proceso de orden penal" al considerarse que la expresión clarifica la fase del procedimiento penal que es competencia del juez. Algunos legisladores cuestionaron el empleo de aquel término porque se contrapone con el de "juicio" al que se refieren los artículos 14 y 23 de la Constitución. Tal observación fue desechada, ya que en su redacción íntegra el artículo 20 constitucional plantea que el concepto de juicio comprende las fases jurisdiccional y previa por lo cual se superó la aparente contradicción.

A mayor abundamiento, se reafirma la vigencia de las garantías en la fase jurisdiccional, cuya adopción es posible por la estructura acusatoria del proceso, y se extienden aquellas a la fase previa en lo que se adapte a la naturaleza administrativa de la misma.

El viernes 3 de Septiembre de 1993 aparece publicado en el Diario Oficial de la Federación el multicitado artículo. A continuación transcribo íntegra su publicación:

ARTICULO 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpaado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpaado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpaado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de caución inicial;

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso;

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

III.

V. a VII.

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

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

X.

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

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

Respecto a la reforma de la fracción IX y del penúltimo párrafo, transcritos anteriormente y que se refieren a la garantía de defensa durante la averiguación previa, podemos comentar que el objetivo que persigue responde a las necesidades y exigencias de un Estado de Derecho, consistente en garantizar el derecho a una defensa adecuada. La defensa del inculpado podrá realizarse desde el inicio del proceso por sí, por abogado o por una persona de la confianza de aquél.

La defensa adecuada consiste básicamente en las siguientes actuaciones de la defensa:

1. La aportación oportuna de pruebas idóneas;
2. La promulgación de los medios de impugnación frente a los actos de autoridad que afecten los intereses legítimos de la defensa;
3. La argumentación sistemática del derecho aplicable al caso concreto y;
4. La utilización de todos los beneficios que la legislación procesal establece para la defensa, a fin de evitar los riesgos de error judicial, es decir, los de injusta condena.

III.2 Código Federal de Procedimientos Penales.

El derecho a la defensa dentro de la averiguación previa queda establecido en el título segundo que aparece bajo el rubro de "Averiguación Previa", en el capítulo II denominado "Reglas especiales para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de policía judicial" del Código Federal de Procedimientos Penales, en los artículos que a continuación transcribo para su mejor comprensión:

ART. 127 bis.- Toda persona que haya de rendir declaración, en los casos de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él.

Este artículo hace referencia al 124 y 125 del mismo ordenamiento que rezan:

ART. 124.- En el caso del artículo anterior, se procederá a levantar el acta correspondiente, en que contendrá: la hora, fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos; el nombre y el carácter de la persona que dio noticia de ellos, y su declaración, así como la de los testigos cuyos dichos sean más importantes y la del inculcado, si se encontrase presente, incluyendo el grupo étnico indígena al que pertenece, en su caso; la descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular; los nombres y domicilios de los testigos que no se hayan podido examinar; el resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en las personas que en ellas intervengan; las medidas y providencias que se hayan tomado para la investigación de los hechos, así como los demás datos y circunstancias que se estime necesario hace constar.

ART. 124 bis En la averiguación previa en contra de personas que no hablen o no entiendan suficientemente el castellano, se les nombrará un traductor desde el primer día de su detención, quien deberá asistirles en todos los actos procedimentales sucesivos y en la correcta comunicación que haya de tener con su defensor o el traductor que mejoren dicha comunicación.

ART. 125.- El Ministerio Público que inicie una averiguación previa podrá citar para que declaren sobre los hechos que se averigüen, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre

los mismos. En el acta se hará constar quién mencionó a la persona que haya de citarse, o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación.

ART. 128.- Cuando el inculcado fuere aprehendido, detenido o se presentare voluntariamente, se procederá de inmediato de la siguiente forma:

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

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

a) El de comunicarse inmediatamente con quien estime conveniente;

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

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

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

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

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

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

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 corresponda, en el caso de consignación o 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 Ministerio Público hará la consignación si están satisfechos los requisitos para el ejercicio de la acción.

Los artículos anteriores se proponen fortalecer los principios de libertad y de seguridad jurídica, salvaguardar los derechos humanos en materia de procedimientos penales, considerando los ámbitos legítimos de actuación de la autoridad, tanto en la etapa indagatoria y persecutoria de los delitos como en la etapa propiamente jurisdiccional de todo procedimiento de este orden.

III.3 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal

El artículo 270 del Código adjetivo en referencia fue reformado por el artículo 2o. del Decreto del 22 de Diciembre de 1990, entrando en vigor el 1o. de diciembre de 1991, dicho numeral anteriormente a su reforma establecía:

"Antes de trasladar al presunto reo a la cárcel preventiva se le tomarán sus generales y se le identificará debidamente haciéndole saber el derecho que tiene para nombrar defensor. Este podrá previa la protesta otorgada ante los funcionarios del Ministerio Público o de la policía que intervenga, entrar al desempeño de su cometido".

Es decir, el Ministerio Público conforme a lo establecido en el anterior precepto no tenía obligación de nombrarle defensor al presunto responsable en la fase de Averiguación Previa, sino sólo una vez que fuese consignado.

Por otra parte, Cervantes de Castillejos, opina que el texto legal transcrito al establecer que "el defensor entrará en el desempeño de su contenido". estaba indicado que se podían aportar pruebas y participar en el desarrollo de ellas en la Averiguación Previa.⁴⁴

Sin embargo, esto en la práctica siempre fue nugatorio por oposición permanente de la autoridad investigadora a la presencia del defensor en esta etapa del procedimiento penal.

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

El artículo anterior encuentra apoyo jurídico en el artículo 134 bis, párrafo final del mismo ordenamiento, el que en lo conducente señala:

⁴⁴ Cervantes de Castillejos Minerva. "La Defensa en la Averiguación Previa", Anuario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1985, Año XII, pág. 349

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

Desde el punto de vista práctico, este artículo tiene gran importancia, pues con él el legislador local reconocía la correcta interpretación de l anterior artículo 20 fracción IX de la Constitución ya que en esos momentos todavía no había sido reformado.

Por otra parte, el análisis que se efectúa también encuentra apoyo legal en el artículo 269 fracción II inciso b, del mismo ordenamiento que dispone:

ART. 269.- Cuando el inculpado fuese aprehendido, detenido o se presentara voluntariamente, se procederá inmediatamente de la siguiente forma:

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

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

a) El de comunicarse inmediatamente con quien estime conveniente;

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

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

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

III. Cuando el detenido fuere un indígena que no hable castellano, se le designará un traductor, quien le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior.

Zamora-Pierce comenta al respecto que:

"El defensor, cuando interviene en un caso en que su defensa ha sido detenido durante una averiguación previa tiene una

función primordial: la de estar presente en todo interrogatorio que se le haga al indiciado, a fin de cerciorarse de que se respeta su derecho a guardar silencio o bien, que sus declaraciones son libremente emitidas. Así el respeto a la garantía de defensa sirve de protección a la garantía de no autocriminarse. En caso contrario, si no se protege la libertad del indiciado en el momento de rendir declaración durante la Averiguación Previa, el proceso judicial puede iniciarse sobre la base de una confesión coaccionada. A partir de ese momento, y dada la Jurisprudencia de la Suprema Corte conforme a la cual debe dársele preferente valor probatorio a esa declaración inicial, el proceso se convierte en un rito vacío, de resultado prefijado. Al impedir la intervención del defensor durante la Averiguación Previa, hacemos inútil su posterior actuación durante el proceso".⁴⁵

Al respecto tenemos que el artículo 249 del ordenamiento citado, se refiere al valor jurídico de la prueba y dice:

ART. 249.- La confesión judicial hará prueba plena, cuando concurren las siguientes circunstancias:

I. Que esté precisamente comprobada la existencia del delito, salvo lo dispuesto en los artículos 115 y 116;

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

III. Que sea de hecho propio;

⁴⁵ Zamora-Pierce Jesús, "Garantías y Proceso Penal". Edit. Porrúa, S.A., 4a. edición, México 1990, pág 350.

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

V. Que no vaya acompañada de otras pruebas o presunciones que la hagan inverosímil, a juicio del juez.

La garantía del indiciado a gozar del beneficio de la defensa durante la Averiguación Previa, a partir de su detención y que le es reconocido por la Constitución, doctrina, ley procesal penal y por la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, responde a necesidades técnicas, lógicas y jurídicas inderogables

III.4 Ley de la Defensoría de Oficio Federal

La Ley de Defensoría de Oficio Federal es creada mediante el Decreto del 14 de enero de 1922, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de febrero del mismo año constando de 15 artículos y 7 transitorios, establece entre otras cosas que el nombramiento y remoción del jefe y demás miembros del Cuerpo de Defensores lo hará la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Respecto al papel que desempeña el defensor de oficio federal en la averiguación previa, se establece en la Ley en Comento lo siguiente:

Art. 4o. Los defensores de oficio patrocinarán a los reos que no tengan defensor particular cuando sean nombrados en los términos que prescribe la fracción IX del artículo 20 Constitucional.

Entre los artículos más interesantes se encuentra el que indica sus deberes:

Art. 10.- Son obligaciones de los defensores:

I. Defender a los reos que no tengan defensor particular, cuando ellos mismos o el tribunal respectivo los designe con ese fin:

II. Desempeñar sus funciones ante los juzgados o tribunales de su respectiva adscripción y ante el jurado que conozca del proceso correspondiente, cuando éste lo amerite, según la fracción VI del artículo 20 constitucional;

III. Promover las pruebas y demás diligencias necesarias para que sea más eficaz la defensa;

IV. Introducir y continuar, bajo su más estricta responsabilidad, ante quien corresponda, en favor de sus defensos, los recursos que procedan conforme a la ley;

V. Pedir amparo cuando las garantías individuales del reo hayan sido violadas por los jueces o tribunales, o por la autoridad administrativa;

VI. Rendir mensualmente informe al jefe de la institución, sobre los procesos en que haya intervenido, haciendo las indicaciones necesarias para la estadística correspondiente;

VII. Patrocinar a los reos que lo soliciten ante la institución, en todo caso de indulto necesario y para obtener el beneficio de libertad preparatoria;

VIII. Las demás obligaciones que, en general, les impusiere una defensa completa y eficaz.

En cuanto a las prohibiciones para ejercer la abogacía

tenemos que:

Art. 11.- Se prohíbe a los defensores ejercer la abogacía en toda clase de asuntos judiciales del ramo federal, excepto cuando se trate de causa propia, de su cónyuge, o de sus ascendientes, descendientes o colaterales.

Respecto a las causas de responsabilidad se establece en el apartado de los artículos transitorios que:

Art. 3o.- El jefe de la defensa, los defensores de oficio y los empleados subalternos son responsables por los delitos y faltas oficiales en que incurran durante el ejercicio de su encargo, debiendo reputarse causas de responsabilidad las siguientes:

I. Faltar frecuentemente, sin causa justificada a sus respectivas oficinas o a las prisiones y hospitales a donde fueran llamados por sus defensores; llegar frecuentemente tarde a las primeras, o no permanecer en el despacho todo el tiempo prevenido por los reglamentos;

II. Demorar o contribuir a la demora de las defensas o asuntos que les estén encomendados, ya por faltar al cumplimiento de sus deberes legales, ya por no cumplir con las ordenes que, en su caso y de acuerdo con la ley, reciban sus superiores;

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

IV. Negarse injustificadamente a patrocinar la defensa de los encausados que, no teniendo defensor particular, soliciten sus servicios; valerse de cualquier medio para que se les revoque el nombramiento o abandonar la defensa sin causa justa;

V. Dejar de interponer en tiempo y forma los recursos legales en beneficio de los encausados, desatender su tramitación, desistirse de ellos o abandonarlos con perjuicios de sus defensas;

VII. Aceptar ofrecimientos o promesas, recibir dávidas o cualquier remuneración por los servicios que presten a los encausados, o solicitar de éstos o de las personas que por ellos se interesen, dinero o cualquiera otra retribución para ejercer las funciones de su cargo;

VIII. Contravenir lo dispuesto en el artículo 11 de esta ley;

IX. Dejar de cumplir cualquiera de las demás obligaciones que les están impuestas.

III.5 Reglamento de la Defensoría de Oficio Federal.

La vigencia de este dispositivo legal se deriva de la aprobación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sección verificada el 18 de octubre de 1922, previa propuesta del mismo, por el Jefe del cuerpo de defensores de oficio de nuestro máximo Tribunal, en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 70. transitorio de la Ley de la Defensoría de Oficio en el Fuero Federal.

Entre muchos otros, el siguiente artículo reza:

Art. 2o.- Son obligaciones de los defensores:

I. Asistir diariamente a los juzgados y tribunales de su adscripción y a sus propias oficinas, permaneciendo en ellas todo el tiempo necesario para el fiel desempeño de las defensas que les estén encomendadas;

II. Concurrir cuando menos una vez a la semana, a las penitenciarias o prisiones de la localidad donde residan y en que se encuentren detenidos los reos cuyas defensas tengan a su cargo, para recabar de ellos los datos necesarios para el éxito de las mismas, informarlos del estado y de la marcha de sus procesos respectivos, enterarse de todo cuanto los expresados reos deseen poner en su conocimiento y sobre el trato que reciban en los establecimientos penales y sobre el estado de salud personal, y gestionar los remedios necesarios;

III. Estudiar, durante las visitas a que se refiere la prescripción anterior, la inclinación viciosa de los reos, aconsejándolos y exhortándolos solícitamente, en la forma que estimen convenientes, para su regeneración moral;

IV. Remitir a la oficina del Cuerpo de Defensores, un ejemplar del acta levantada en cada una de las visitas susodichas, suscritas por los reos visitados que sepan escribir y, en su defecto, por otra persona. El alcalde o director de las cárceles o penitenciarias firmarán esa acta en todo caso;

V. Indicar las medidas que tiendan a mejorar la situación de los reos quejosos;

VI. Dar aviso al jefe del Cuerpo de Defensores de las designaciones de defensores hechas en su favor, en la propia fecha en que aquéllas fuesen discernidas, expresando el nombre del procesado, la falta o delito material del proceso y el estado de la instrucción o del juicio, en su caso;

VII. Remitir copias de todas las promociones que hicieren en las causas que defiendan; de las conclusiones de defensa que deberán presentar dentro de los términos de la ley; de los escritos de interposición de recursos y de todas las gestiones hechas con relación a los intereses de sus defensores, ya sea ante los juzgados o tribunales de su adscripción o bien ante las diversas autoridades políticas o administrativas. Estas copias servirán para formar el expediente a que se refiere el artículo 12 de este reglamento.

VIII. Presentar en las audiencias de ley, precisamente por escrito, apuntes de alegatos, sin perjuicio de alegar verbalmente si fuere necesario, remitiendo copia o minuta de los expresados alegatos a la oficina del jefe del Cuerpo de Defensores;

IX. Dar aviso del sentido de las sentencias recaídas en las causas de su encargo, tanto en primera como en segunda instancia, y, en su caso, de los términos de las ejecutorias dictadas por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los asuntos que se lleven hasta su final jurisdicción, enviando copia de a parte resolutoria de las ejecutorias;

X. La observancia de las prescripciones anteriores deberá entenderse independientemente de la obligación impuesta por la fracción 6a. del artículo 10 de la Ley de la Defensoría de Oficio en el Fuero Federal, de 9 de febrero de 1922.

XI. Sujetarse a las instrucciones que reciban del jefe del Cuerpo de Defensores y pedirle las que estimen necesarias o convenientes para el éxito en las defensas a ellos encomendadas;

XII. Las demás que les fijen las leyes.

El mencionado Reglamento que se comenta de manera categórica señala que todos los servicios que se presten por parte de los defensores de oficio del fuero federal, serán esencialmente gratuitos y que ninguna persona extraña al personal de dicha institución podrá prestar sus servicios en ella, aunque los ofrezca gratuitamente, sin autorización previa y escrita del Jefe del cuerpo de defensores.

III. 6 Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal.

Es mediante el Decreto del 18 de Noviembre de 1987, publicado el 9 de Diciembre del mismo año en el Diario Oficial de la Federación, que se da vigencia a la Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero común en el Distrito Federal.

La referida Ley establece de manera categórica que ésta institución tiene como fin proporcional obligatoria y gratuitamente los servicios de asesoría, patrocinio o defensa, en materia penal, civil, familiar, y del arrendamiento inmobiliario, respecto, a los asuntos del orden penal establece:

Art. 2o.- En los asuntos del orden penal será proporcionada al acusado en los términos que dispone el artículo 20, fracción IX de la Constitución General de la República.

En asuntos del orden civil, familiar o del arrendamiento inmobiliario, el servicio será proporcionado en los casos en que, en base al estudio socioeconómico que se practique para el efecto, el Departamento del Distrito Federal determine que el solicitante carece de los recursos económicos necesarios para retribuir un defensor particular, con excepción de lo establecido por el artículo 141 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Es el artículo 8o. el que define al Defensor de Oficio:

Art. 8o.- Por defensor de Oficio se entiende al servidor público que posea tal designación, y que tiene a su cargo la asistencia jurídica de aquellas personas que no tienen una defensa legal particular, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1o fracción I y 2o. de esta ley

Por lo que respecta a la organización de la defensoría de oficio debe señalarse que esta institución depende orgánicamente para el ejercicio de sus atribuciones de la Dirección General de Servicios Legales de la Coordinación General Jurídica del Departamento del Distrito Federal, estableciendo entre otras cosas que dicha institución constará con el personal que sea necesario para el eficaz desempeño de dichas atribuciones como lo son Peritos y Trabajadores Sociales.

La Ley que se comenta establece como obligaciones de los defensores de oficio en asuntos de naturaleza penal, prestar el servicio de defensa a las personas que lo soliciten o cuando sea ordenado por designación judicial, evitándose la indefensión del interesado, asimismo, impone a dichos servidores públicos la obligación de interponer bajo su más estricta responsabilidad los recursos legales procedentes así como la formulación de amparos cuando las garantías individuales de sus representados se estimen violadas por la autoridad responsable correspondiente, imponiendo asimismo a los servidores de referencia la obligación de asistir diariamente a las Agencias del Ministerio Público, Juzgados y Salas del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; por lo que respecta a la adscripción de los defensores de oficio resulta menester mencionar que los artículos 17 y 18 de la ley materia a estudio establece que los defensores de oficio se encontrarán distribuidos para una eficiente prestación del servicio en las siguientes adscripciones:

I. Averiguaciones Previas y Juzgados Calificadores.

II. Juzgados Mixtos de Paz en lo que hace a la Materia Penal.

III. Juzgados de Primera Instancia en Materia Penal.

IV. Salas Penales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

V. Juzgados Civiles.

VI. Juzgados Familiares.

VII. Juzgados de Arrendamiento Inmobiliario.

VIII. Salas Civiles del Tribunal Superior de Justicia

del Distrito Federal.

Señalando además de manera expresa que los defensores de oficio en el área de Averiguaciones previas se ubicaran físicamente en el local que ocupen las Agencias Investigadoras del Ministerio Público en el Distrito Federal, realizando las siguientes funciones prioritarias:

Art. 18.- Los Defensores de Oficio en el área de Averiguaciones Previas y Juzgados Calificadores, se ubicaran físicamente en el local de las agencias investigadoras del Ministerio Público en el Distrito Federal, realizando las siguientes funciones prioritarias:

I. Atender las solicitudes de defensoría de oficio, que le sean requeridas por el indiciado o infractor, Agente del Ministerio Público o Juez Calificador.

II. Estar presente en el momento en que su defendido rinda su declaración ante la autoridad correspondiente.

III. Entrevistarse con el indiciado o infractor para conocer de viva voz la versión personal de los hechos y los argumentos que pueden ofrecer a su favor, para hacerlos valer ante las autoridades del conocimiento.

IV. Asesorar y auxiliar a su defenso en cualquier otra diligencia que sea requerido por la autoridad correspondiente.

V. Señalar en actuaciones los lineamientos legales adecuados y contundentes para exculpar, justificar o atender la conducta de su representado.

VI. Solicitar al Ministerio Público del conocimiento, el no ejercicio de la acción penal para su defenso cuando no existan datos suficientes para su consignación.

VII. Vigilar que se respeten las garantías individuales de su representación.

VIII. Establecer el nexo necesario con el defensor de oficio adscrito al Juzgado, cuando se defenso haya sido consignado, a efecto de que exista uniformidad en el criterio de defensa.

IX. Las de más que coadyuven a realizar una defensoría conforme a derecho, que propicie la impartición de justicia pronta y expedita.

Por lo que respecta a la capacidad de los defensores de oficio decirse que por vez primera en la historia de la defensoría de oficio del Fuero Común en el Distrito Federal, esta Ley establece la obligación de los mencionados servidores públicos de participar en los programas de formación y actualización entre los que se impartirán conferencias, cursos, seminarios, mesas redondas o reuniones de trabajo, con la finalidad de mejorar su nivel de preparación y capacidad para la presentación del servicio de la Institución.

Ahora bien, respecto a las excusas que pueden manifestar los defensores de oficio para el no desempeño de su cargo:

Art. 31.- Los defensores de oficio adscritos al ramo penal, podrán excusarse de aceptar o continuar la defensa de un acusado, en los casos previstos por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Es decir este artículo nos lleva a consultar el artículo siguiente del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que dice:

Art. 314.- Los defensores de oficio podrán excusarse:

I. Cuando intervenga un defensor particular y

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

III.7 Acuerdos emitidos por la Procuraduría General de
Justicia del Distrito Federal en torno a la defensa, durante la
averiguación previa.

ACUERDO DEL PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL POR EL QUE SE INSTRUYE A LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO EN CUANTO AL TRATO HUMANITARIO Y DIGNO QUE DEBE DARSE A LOS PARTICULARES.

Con fundamento en el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, lo. y 5o, fracción XXIII del Reglamento de la Ley Orgánica de la misma dependencia, y

CONSIDERANDO

Que el Ministerio Público, en tanto representante social, debe asumir responsabilidades y actitudes propias de sus funciones, y sin descargo de su obligación constitucional de perseguir eficazmente a los responsables de los delitos, así como adoptar criterios de protección a la ciudadanía, de orientación y asesoría a quienes lo soliciten, con un trato humanitario y atento para quienes se vean involucrados en una averiguación previa;

Que el propio Ministerio Público, en su carácter de representante social debe velar en todo momento por un régimen de estricta legalidad, y preservar las garantías individuales y los derechos humanos de los particulares, y

Que la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal debe sumarse con prontitud a los programas de justicia y seguridad pública que emprende el gobierno de la República y las autoridades capitalinas, entre las cuales resulta fundamental y prioritario el trato digno y humanitario a los que se vean involucrados en las actuaciones del Ministerio Público, por lo que, en tanto se promueven las medidas legales y administrativas pertinentes que tiendan al fortalecimiento de un derecho penal sustantivo y adjetivo más realista y eficaz, he tenido a bien dictar el siguiente:

ACUERDO

PRIMERO.- Los agentes del Ministerio Público deberán hacer del conocimiento de las personas involucradas o relacionadas en una averiguación previa, los alcances y efectos de las disposiciones que les resulten aplicables y, en su caso, los beneficios que la ley les otorga, así como las circunstancias agravantes que actúen en su contra, para cuyo efecto actuarán conforme a la libre expresión de la voluntad de esos interesados, y en la salvaguarda de los

intereses de la sociedad y de los preceptos legales.

SEGUNDO.- Las personas que se encuentren detenidas en los términos de ley, por estar vinculadas con la investigación de algún hecho delictuoso, serán tratadas con el mayor respeto y dignidad, y al efecto no serán trasladadas a separos o galeras, sino sólo cuando las circunstancias personales o de peligrosidad así lo ameriten, a juicio del agente del Ministerio Público. Se procurará asimismo, que durante los traslados a los centros de detención preventiva para ponerlos a disposición del juez competente, ello se haga con dignidad y en condiciones humanitarias.

TERCERO.- El Ministerio Público, a través de sus agentes facilitará y garantizará el acceso justo y oportuno de los abogados o representantes legales de las personas involucradas en una averiguación previa, en el momento mismo que ellos lo soliciten, siempre que no se entorpezcan con ello el curso de las investigaciones.

CUARTO.- Los agentes del Ministerio Público evitarán la incomunicación de los sujetos a averiguación previa, otorgándoles las facilidades necesarias para la intervención de las personas designadas como defensores por los detenidos o las personas sujetas a investigación, en los términos de ley.

QUINTO.- Siempre que un menor de edad quede a disposición del Ministerio Público, por señalárselo como infractor, las diligencias pertinentes se tramitarán con preferencia a otros asuntos, y con la celeridad del caso se determinará lo conducente para la protección de su persona, sea su remisión al Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, o lo que en derecho proceda.

SEXTO.- Todos los servidores públicos de esta Procuraduría deberán proveer lo necesario para la estricta observancia y cumplimiento del presente acuerdo, y su debida difusión.⁴⁶

TRANSITORIO

UNICO.- Este acuerdo entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

México, D.F. a 7 de marzo de 1989.- El Procurador de Justicia del Distrito Federal, Ignacio Morales Lechuga.-
Róbrica.

⁴⁶ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 9 de Marzo de 1989.

ACUERDO POR EL QUE SE CREA EL SISTEMA DE DEFENSORIA DE OFICIO EN EL DISTRITO FEDERAL

MANUEL CAMACHO SOLIS, Jefe del Departamento del Distrito Federal, con fundamento en los artículos 73, fracción VI, base 1a., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1o. 2o. 7o. 10, 13, 25, 26, 28, 29 y demás relativos de la Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal; 1o, 3o, último párrafo, y 8, fracción VI, de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal; ; 3o, 4o, 5o, 18, 33, 40 y demás aplicables del Reglamento de la Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal, y 1o, 10, fracción VIII, y 39, fracción VII, del Reglamento Interior del Departamento del Distrito Federal, y

CONSIDERANDO

Que la impartición de justicia es uno de los reclamos más sensibles de nuestra sociedad, por lo que el gobierno del Distrito Federal tiene la responsabilidad de dar respuestas concretas a esta demanda ciudadana;

Que los cambios que ha experimentado nuestra sociedad, plantean nuevos retos que obligan al gobierno de la ciudad a revisar permanentemente los sistemas, normas y procedimientos sobre prevención, procuración e impartición de justicia, con el fin de hacerla más expedita, accesible, objetiva e imparcial.

Que la Defensoría de Oficio es una institución jurídica regulada en la Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal y en su reglamento que ha ofrecido indudables beneficios en materia de administración de justicia a los habitantes de escasos recursos económicos, por lo que es imperativo que el gobierno del Distrito Federal, en cumplimiento de dichas disposiciones legales y reglamentarias, establezca mecanismos idóneos para darle mayor eficacia y dignidad a esa institución jurídica.

Que con el propósito de que la Defensoría de Oficio proporcione una adecuada asistencia legal a los habitantes del Distrito Federal, se requiere de sistemas, normas y procedimientos transparentes y ágiles, así como de una sólida capacitación de quienes tienen la responsabilidad de proporcionar dicha asistencia legal;

Que en la tarea de asistir legalmente a quien lo necesite, es indispensable convocar la participación solidaria de instituciones educativas y organizaciones sociales y profesionales;

Que para contar con un adecuado sistema de defensoría de oficio y con el propósito de facilitar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a esta institución, es necesario que el gobierno del Distrito Federal defina las actividades, instancias y responsabilidades necesarias que posibiliten la operación del mismo, he tenido a bien expedir el siguiente:

ACUERDO

PRIMERO.- Se crea el Sistema de Defensoría de Oficio en el Distrito Federal, cuyo objeto será el de mejorar el servicio de asesoramiento, patrocinio o defensa que, en las materias penal, civil administrativa, familiar y de arrendamiento inmobiliario, se proporciona obligatoria y gratuitamente en los términos previstos en las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes.

SEGUNDO.- El Sistema de Defensoría de Oficio en el Distrito Federal estará integrado por:

I. La Coordinación General Jurídica del Departamento del Distrito Federal;

II. La dirección General de Servicios Legales del Departamento del Distrito Federal, y

III. Las instituciones públicas, sociales y privadas que voluntariamente participen en el cumplimiento de los objetivos del sistema.

TERCERO.- El Sistema de Defensoría de Oficio del Departamento del Distrito Federal, tendrá a su cargo las siguientes acciones:

I. Plantear, programar y evaluar el desempeño de las actividades de la Defensoría de Oficio;

II. Formular los lineamientos técnicos de la Defensoría de Oficio.

III. Establecer mecanismos de colaboración con dependencias y entidades gubernamentales y con instituciones de educación superior, con el propósito de recibir asesoramiento técnico en asuntos especiales o en las áreas que se soliciten;

IV. Establecer mecanismos de participación para que los ciudadanos, las organizaciones sociales y privadas propongan acciones específicas en materia de defensoría de oficio.

V. Celebrar acuerdos, convenios y acciones de concertación con los sectores público, social y privado que contribuyan al mejoramiento de los servidores de la Defensoría de Oficio;

VI. Organizar cursos de especialización profesional a los aspirantes a ingresar a la Defensoría de Oficio;

VII. Organizar cursos y conferencias de actualización profesional para los defensores de oficio;

VIII. Gestionar el otorgamiento de becas para el personal encargado de la Defensoría;

IX. Aplicar exámenes de admisión a los aspirantes a ingresar a la Defensoría de Oficio;

X. Practicar visitas periódicas a los diferentes lugares donde prestan sus servicios los defensores de oficio, y

XI. Formular la biblioteca de la Defensoría de Oficio.

CUARTO.- Para coadyuvar a la realización de las acciones a cargo del Sistema de Defensoría de Oficio a que se refiere este acuerdo, se constituirá un Comité Asesor, el cual será presidido por la persona que designe el Jefe del Departamento del Distrito Federal.

Para apoyar los trabajos del comité, el presidente del mismo designará a un secretario ejecutivo.

QUINTO.- Serán invitados a formar parte del Comité Asesor:

I. Un representante de la asamblea de representantes del Distrito Federal;

II. Un representante del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal;

III. Un representante de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal;

IV. Un representante de la áreas de derecho de las instituciones de educación superior;

V. Un representante de las organizaciones de abogados;

VI. Un representante del Colegio de Notarios;

VII. Un representante de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia;

SEXTO.- El Comité Asesor a que se refiere el punto cuarto de este acuerdo, tendrá las siguientes funciones:

I. Opinar y formular recomendaciones sobre políticas, programas y acciones relacionadas con la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal, así como desahogar las consultas que sobre esta materia se le planteen;

II. Propiciar la colaboración de instituciones, organismos y asociaciones públicas y privadas, para mejorar el sistema de la Defensoría de Oficio en el Distrito Federal;

III. Recomendar, o en su caso, realizar, estudios relativos a sistemas de asistencia legal, y

IV. Las demás que le encomiende su presidente.

SEPTIMO.- El Comité Asesor a que se refiere el presente acuerdo, establecerá sus propias reglas de organización y funcionamiento interior.⁴⁷

TRANSITORIOS

PRIMERO.- Este acuerdo entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO.- Publíquese en la Gaceta Oficial del Departamento del Distrito Federal.

México, D.F., a 14 de marzo de 1989.- El Jefe del Departamento del Distrito Federal, Manuel Camacho Solís.-
Rubrica.

ACUERDO A/001/90 DEL PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, REGULADOR DE LAS AVERIGUACIONES PREVIAS, EN LO QUE SE REFIERE AL TRATO DE LOS INDICIADOS EN HECHOS DELICTIVOS.

Con fundamento en el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, lo y So. fracción XXIII del Reglamento de la Ley Orgánica de la misma Dependencia, y

CONSIDERANDO

Que nuestro país ratificó el 23 de enero de 1986 la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, adoptadas por la asamblea

⁴⁷ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 6 de Abril de 1989.

general de la organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1984;

Que en cumplimiento de dicho convenio el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos decretó la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de marzo de 1986, bajo cuyo artículo 1o. comete el delito de tortura cualquier servidor público de la Federación o del Distrito Federal que, por sí o valiéndose de tercero o en ejercicio de sus funciones, infrinjan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves o la coaccione física o morales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de inducirla a un comportamiento determinado o de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido; y el sucesivo artículo 2o señala al que cometa el delito de tortura, entre otras, una pena privativa de la libertad de dos a diez años;

Que por los demás ya con anterioridad, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el último párrafo de su artículo 19, precisa que deberán ser corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades, todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, y toda molestia que se infiera sin motivo legal, los cuales son considerados como abusos de las autoridades.

Que por otra parte desde hace varios años existe una verdadera alarma social y un claro rechazo de la colectividad contra los actos de tortura, y en general de los malos tratos que pudieren o de hecho llevaren a cabo miembros de la policía judicial o del Ministerio Público para obtener confesiones de los indiciados en una averiguación previa, o de los testigos y demás personas involucradas en las investigaciones correspondientes, lo cual es obligación del suscrito Procurador General prever y reprimir con la mayor energía.

Y finalmente, que deben aprovecharse las disposiciones se estructuren para enfrentar las situaciones concretas a que se refiere este acuerdo, para poner de manifiesto el manejo de las averiguaciones previas bajo el total control y la estricta responsabilidad de los miembros del Ministerio Público que deben instaurar y desenvolver las averiguaciones previas, bajo la vigilancia de los encargados de ellas y con el auxilio de la policía judicial, los servicios médicos y los servicios periciales en general, que deben estar bajo su mando; he tenido a bien dictar el siguiente:

DECRETO

PRIMERO.- La misión que el artículo 21 constitucional le fija al Ministerio Público para intervenir en la persecución de los delitos, debe desempeñarse por la Institución con estricto respeto y ajuste a las garantías individuales que precisa la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. en este acuerdo se regula esa atribución en relación al tratamiento que debe darse a los indiciados o implicados en los hechos delictuosos denunciados, o de los que se tenga conocimiento en los términos de ley, por el Ministerio Público del Distrito Federal, por la policía judicial y los miembros adscritos al servicio pericial a su mando. Sus procedimientos deberán regularse por las disposiciones legales vigentes, y su instrumentación por este ordenamiento.

Ministerio Público

SEGUNDO.-El Ministerio Público del Distrito Federal es el supremo y único responsable de la buena integración de las averiguaciones previas que se inicien en la Institución, y de las constancias de hechos que resulte pertinente levantar para examinar actos que pudieran evaluarse como ilícitos penales.

TERCERO.- El Ministerio Público sólo puede intervenir previa denuncia, acusación o querrela de parte, en los términos señalados por la Constitución y las leyes penales reglamentarias. En sus investigaciones será auxiliado por la policía judicial, los servicios médicos y demás auxiliares autorizados, en la medida en que solicite el responsable de una averiguación previa.

CUARTO.- El interrogatorio de los indiciados y de los testigos que lo acusen, es de estricta responsabilidad del Ministerio Público, el cual precisará a dichos indiciados el derecho que tienen de nombrar defensor o persona que los asesore. No podrá ejercerse, directa o indirectamente, violencia física o moral contra los declarantes y el trato que se le aplique deberá ser digno y respetuoso.

QUINTO.- Antes de iniciarse el interrogatorio de un indiciado, y después de concluido, aquél deberá ser examinado por un miembro de los servicios médicos que auxilian el Ministerio Público, para dar fe del estado psicofísico de esa persona, en previsión de torturas o malos tratos que pudieran habersele infringido, o que posteriormente alegue en su defensa, expidiéndose de inmediato una certificación al respecto. Solo en casos de extrema urgencia, o de impedimentos insuperables, podrá dejarse de cumplir esta disposición, pero en la actuación respectiva deberá razonarse la urgencia o el impedimento

alegados.

SEXTO.- El Ministerio Público responsable de una averiguación previa, no considerará culminada satisfactoriamente ésta por el hecho de constar en ella la confesión del indiciado. Considerará dicha confesión como uno de los elementos valiosos de prueba, pero continuará reuniendo elementos que la corroboren, fortalezcan y permitan acreditar la probable responsabilidad del confeso.

SEPTIMO El defensor o representante nombrado por el indicado podrá estar presente en los interrogatorios, y proponer el desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa, pero no podrá guiar las contestaciones de su representado, o hacer manifestaciones para indicarle la forma en que debe conducirse, de manera que pudiese influir en la espontaneidad de la declaración. Cuando no fuere posible el pleno desahogo de pruebas propuestas por la defensa, y que hubieren sido aceptadas, se reservará el derecho de ésta para ofrecerlas ante la autoridad judicial competente, en el caso de que el Agente del Ministerio Público determinase que en la indagatoria respectiva se encuentran satisfechos los requisitos para ejercitar acción penal en contra de su representado. Tampoco deberá la defensa obstaculizar la tramitación fluida de la averiguación.

Policía Judicial

OCTAVO.- La policía judicial estará bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público, y se regirá en lo general por las leyes y reglamentos que le resulten aplicables y por su Manual Operativo.

NOVENO.- El Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal fija los casos en que pueda proceder de oficio bajo su más estricta responsabilidad, en la investigación de hechos ilícitos, pero en general debe actuar en cumplimiento de las órdenes que le gire el Ministerio Público. Sólo en eventos de emergencia puede actuar en forma preventiva, informando inmediatamente a sus superiores de los motivos que se tuvieron para la intervención que se efectúe.

DECIMO.- La confesión del indiciado producida espontáneamente ante la policía judicial no debe entenderse como elemento conclusivo de sus responsabilidad en los actos ilícitos investigados, puesto que dicha confesión corresponde integrarla al Ministerio Público, en cumplimiento de sus facultades exclusivas. Las partes e informes que producen los agentes de la policía judicial, constituyen elementos de la investigación que deben incorporarse a la averiguación previa correspondiente, para

la evaluación final del responsable en la indagatoria respectiva.

DECIMOPRIMERO.- La policía judicial, en auxilio del Ministerio Público, y como apoyo a él, deberá efectuar diligencias e investigaciones para precisar las denuncias las personas que se encuentre implicadas como autoras cómplices o encubridoras; la identificación de posibles testigos; la toma de huellas, vestigios u objetos que se encuentren en el lugar de los hechos y que estén relacionados con los delitos; y la obtención de testimonios o pistas útiles para conformar la averiguación previa. Todo ello bajo instrucciones del Ministerio Público o con informe a éste.

DECIMOSEGUNDO.- Las personas aprehendidas al ser sorprendidas en flagrante delito deberán ser puestas inmediato a disposición del Ministerio Público que debe intervenir para investigar los hechos. Cuando se trate de órdenes de aprehensión, reaprehensión o comparecencia correspondientes a toda clase de delitos imprudenciales cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión, así como las órdenes de arresto por correcciones disciplinarias o medidas de apremio, obsequiadas por autoridad judicial competente, sólo se harán efectivas por Agentes de la Policía Judicial después de las doce horas del día domingo y antes de las doce horas del día viernes de cada semana, las demás órdenes que fueren giradas con exclusión de las anteriores, se procederán a hacer efectivas de inmediato. Se reitera la prevención de quedar prohibida la retención en lugares diferentes a los señalados oficialmente como separos preventivos. así como todo maltrato o coacción física o moral en éstos.

DECIMOTERCERO.- En cumplimiento de las instrucciones que le imparta el Ministerio, la policía judicial actuará estrechamente vinculada con los servicios médicos. Cualquier discordinación o falta de apoyo en esas tareas serán puestas en conocimiento de la Unidad de Inspección Interna de la Policía y la de Servicios Médicos a que se refiere el artículo decimoséptimo de este acuerdo, por el Ministerio Público responsable de la averiguación previa correspondiente. En la misma forma procederá éste cuando observe irregularidades de los peritajes, especialmente en los que se produzcan para regir las actas levantadas con motivo del tránsito terrestre.

DECIMOCUARTO.- Cuando agentes de la policía preventiva o judicial, se encuentren involucrados en los hechos que se investigan y se desprenda de las diligencias practicadas de la averiguación previa de que se trate, que aquéllos actuaron en ejercicio con motivo de sus funciones. demostrándose en su favor la existencia de cualquiera

circunstancia excluyentes de responsabilidad a que hace referencia el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, el Agente del Ministerio Público, proveerá lo necesario para que no se vea afectada la libertad personal y si fuera el caso, ordenará su libertad inmediata.

Si con motivo o en ejercicio de sus funciones los agentes de la policía preventiva o judicial cometieran exceso de cualesquiera de las excluyentes de responsabilidad a que hace alusión el artículo 16 del ordenamiento antes citado, el Agente del Ministerio Público podrá otorgarles el beneficio del arraigo domiciliario en los términos de la ley de la materia.

Esos beneficios surtirán sus efectos hasta que sea determinada por el Agente del Ministerio Público, en la indagatoria correspondiente, el no ejercicio de la acción penal o la consignación de los hechos investigados a las autoridades judiciales competentes.

Con dependencia de lo anterior, la superioridad en tanto se resuelva la situación jurídica de los agentes de la policía judicial involucrados en averiguación previa, podrá determinar si éstos continúan o son suspendidos de las funciones que les son propias de su cargo.

Servicios Médicos.

DECIMOQUINTO.- Los servicios médicos auxiliares del Ministerio Público, se coordinarán con ésta para instrumentar la forma de cumplimentar satisfactoriamente los exámenes a que se refiere el artículo quinto de este acuerdo, y especialmente para examinar los signos evidentes o indirectos de la posible práctica de actos de tortura o de malos tratos que pudieren haberse llevado a cabo en los indiciados. En sus dictámenes no se limitarán simplemente a concluir que no hay signos de tortura, sino que utilizarán una adecuada técnica integral para ese fin, con mención de sus observaciones en los sistemas orgánicos apropiados.

DECIMOSEXTO.- La certificación a que se refiere el artículo anterior, se deberá de valorar debidamente la posibilidad de existencia de lesiones que no fueren producto de tortura o de malos tratos, sino que se hubieren causado en el acontecer de los hechos objeto de una averiguación, o bien la posibilidad de que se hubieren producido por la propia mano del examinado, para lo cual deberán evaluar cronológicamente la antigüedad de las lesiones y ubicar en lo posible el momento en que se produjeron.

De la visitaduría y unidades de inspección interna.

DECIMOSEPTIMO.- Dentro de la Dirección General de Servicios Periciales, se creará una Unidad de Inspección Interna, en cuyo seno deberá examinarse el debido cumplimiento de este acuerdo por parte de los servidores públicos adscritos a esa Dirección General. La Visitaduría, la Unidad de Inspección Interna de la Policía Judicial creada en acuerdo A/029/98, y la Unidad de Inspección Interna de Servicios Periciales que se crea en este acuerdo, supervisarán las actividades de los Agentes de Ministerio Público, de la policía judicial y de los peritos respectivamente, y en caso de detectarse irregularidades en el cumplimiento de sus deberes lo podrá en conocimiento de la Contraloría Interna o Comisión Disciplinaria de la Policía Judicial, según corresponda.

Comisión interna y Comisión Disciplinaria

DECIMOCTAVO.- En cumplimiento de las atribuciones que le fijan las fracciones VI a VIII del artículo 11 del reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y los artículos 49, 50, 51 y 52 del Manual Operativo de la Policía Judicial, la Contraloría interna y la Comisión Disciplinaria deberán investigar los incumplimientos en que incurren los agentes del Ministerio Público y sus auxiliares, ya sea de oficio, por consignación que le hagan la Visitaduría, las unidades a que se refiere el artículo anterior, o por queja de los particulares, y procederán en los términos de sus respectivas atribuciones. Si encontraran la posible comisión de hechos delictuosos por parte de los incumplidos, turnarán las constancias necesarias a la Dirección General de Averiguaciones Previas, para su debida investigación.

DECIMOCTAVO.- Cuando resultare necesario expedir reglas que detallen o precisen, en su caso, normas de aplicación, el Subprocurador de Averiguaciones Previas de la Institución, propondrá al Procurador General lo conducente.⁴⁸

TRANSITORIO

UNICO.- El presente acuerdo entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

⁴⁸ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de Enero de 1990.

México, D.F., a 3 de enero de 1990.- El Procurador General de Justicia del Distrito Federal, Ignacio Morales Lechuga,-
Rúbrica.

III.B Jurisprudencia.

Instancia: Primera Sala
Fuente : Seminario Judicial de la Federación
Epoca : 7A
Volumen : 76
Página : 33

RUBRO: DEFENSOR, FALTA DE, EN LA AVERIGUACION PREVIA, NO ES VIOLACION ATRIBUIBLE AL JUZGADOR.

TEXTO: Si bien es cierto que la última parte de la fracción ix del artículo 20 constitucional establece que: "el acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido y tendrá derecho a que este se halle presente en todos los actos del juicio", también lo es, que si el acusado no hace uso de ese derecho al ser detenido, la omisión en la designación relativa es atribuible al propio inculpado y no así a las autoridades de instancia, en virtud de que el precepto constitucional en su parte antes transcrita, se refiere a las diligencias de averiguación previa y no cuando el acusado ya ha sido consignado ante el juez, en donde el propio artículo citado establece otras reglas.

PRECEDENTE:

Amparo Directo 5770/74 Ignacio García Coronado. 9 de abril de 1975 5 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Seminario Judicial de la Federación
Epoca : 7A
Volumen : 24
Página : 27

RUBRO: DEFENSA, INSTITUCION DE LA.

TEXTO: Constituye una violación substancial al procedimiento, no tomar en consideración la designación del defensor particular hecha en primera instancia por el acusado, para que atienda también la segunda, porque la garantía constitucional contenida en la fracción IX del artículo 20, da el derecho al acusado de ser oído en su defensa, por sí o por persona de su confianza o ambos, según su voluntad.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL PRIMER CIRCUITO EN MATERIA PENAL.

PRECEDENTE:

Amparo Directo 251/69 José López González, Unanimidad de votos.
Ponente: Fernando Castellanos Tena.

Nota: Enviada sin mención de la fecha del fallo a la Dirección del Seminario Judicial de la Federación.

Instancia: Primera Sala
Fuente : Seminario Judicial de la Federación
Epoca : 5A
Volumen : LXXXIII
Página : 2390

RUBRO: DEFENSA, FALTA DE.

TEXTO: Si el reo designó defensor particular, señalando su domicilio, y el Juez del proceso descuido hacer la notificación respectiva al defensor, no obstante la cual, continuo la instrucción del proceso, esto produjo un estado de indefensión de dicho reo, que amerita la reposición del procedimiento.

PRECEDENTE:

Tomo LXXXIII, Pág. 3390.- Escamilla José.- 2 de marzo de 1943.- Cuatro votos.

CAPITULO CUARTO

LA GARANTIA DE DEFENSA EN LA FASE DE AVERIGUACION PREVIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO

III. 1 La función persecutoria.

La Averiguación Previa o etapa preparatoria del ejercicio de la acción penal como la denomina Colín Sánchez⁴⁹, o instrucción administrativa como la llama García Ramírez⁵⁰, es la primera fase del procedimiento penal, para definirla nos apoyaremos primero en los conceptos que de ella han dado prominentes juristas mexicanos.

Al hablar de la Averiguación Previa, García Ramírez indica:

"La Averiguación Previa de la que generalmente se sostiene su naturaleza administrativa, seguida ante las autoridades del Ministerio Público y de la Policía Judicial, tiene como objetivo directo preparar la determinación del Ministerio Público, entendida ésta en amplio sentido, por igual comprensivo del ejercicio de la acción penal o del no ejercicio, que se traduce en el sobressimiento administrativo, denominado regularmente archivo"⁵¹.

Por su parte Colín Sánchez afirma que: "La preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la AVERIGUACIÓN Previa, etapa procedimental en la que el Ministerio Público en

⁴⁹ Colín Sánchez Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Ed. Porrúa, S.A., México, 1970, pág. 232.

⁵⁰ Gracia Rmírez Sergio, "Derecho Procesal Penal". Ed. Porrúa, S.A., 2a. Edición. México, 1980, Pág. 58.

⁵¹ García Ramírez Sergio. Opus cit., 1984.

ejercicio de la facultad de policía judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permiten estar en plenitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar para estos fines el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad⁵².

Juan José González Bustamante dice: "El Código Federal de Procedimientos, divide el procedimiento penal en cuatro fases: la primera es de la Averiguación Previa a la Consignación a los Tribunales, llamada también Fase Preprocesal, que tiene por objeto investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal.

Es en otros términos, el medio preparatorio al ejercicio de la acción⁵³.

Fernando Arilla Bas, sostiene: "El período de preparación del ejercicio de la acción penal, que las leyes del procedimiento acostumbra a denominar Averiguación Previa, tiene por objeto como su mismo nombre lo indica reunir los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución General de la República, para el ejercicio de la acción penal. El desarrollo de este período compete al Ministerio Público⁵⁴.

⁵² Colín Sanchez Guillermo, Opus cit., Pág. 232.

⁵³ González Bustamante, Juan José, "Derecho Procesal Penal Mexicano", Ed. Porrúa, S.A. México, 1971, Pág. 123.

⁵⁴ Arcilla Bas Fernando, "El Procedimiento Penal en México". Ed. Mexicanos Unidos, S.A., México, 5a. Edición, Pág. 57.

La Averiguación Previa, considerando las opiniones de los tratadistas, es la primera etapa del Procedimiento Penal Mexicano, que se efectúa ante la autoridad administrativa denominada Ministerio Público y es en la que se reúnen en forma secreta los elementos de prueba que sirven no sólo, para integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado para ejercitar o no la acción penal, sino también como pruebas plenas en el período del juicio (a pesar de no haber sido presenciados por el Juez) para fundamentar con ellos total o parcialmente la sentencia definitiva.

La Averiguación Previa principia con cualquiera de los dos siguientes actos:

- a) Denuncia
- b) Querrela

La denuncia es el acto por el que cualquier persona puede informar a la autoridad investigadora la comisión de un hecho que pueda constituir un delito. El hecho denunciado puede ser realizado en perjuicio del denunciante o de otra persona.

La querrela es la facultad exclusiva del ofendido por un probable delito, que tiene por objeto informar de su realización a la autoridad investigadora y consentir en su persecución.

Ambos deben realizarse ante el Ministerio Público. la relación de actos debe ser hecha al órgano investigador. En efecto, teniendo por objeto la denuncia que el Representante Social se entere del quebranto sufrido por la sociedad, con la comisión del delito, es obvio que la relación de actos debe ser llevada a cabo ante el propio Representante Social.

La relación de actos delictuosos hecha ante cualquier autoridad que no sea la investigadora, constituirá una denuncia desde el punto de vista general, más no la denuncia jurídico-procesal que, como ya expresamos, siendo un medio para hacer conocer al Ministerio Público la comisión de un hecho, debe presentarse ante éste⁶⁵.

Como anteriormente ya se había señalado, la etapa de Averiguación Previa en el Procedimiento Penal, consiste en la preparación y ejercicio de la acción penal que realiza el Ministerio Público a fin de comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado.

La acción penal tiene como origen, como dice López Leyva:

"Al delito, y compete al Ministerio Público por disposición constitucional, el ejercicio de la acción penal cuando tenga conocimiento de un ilícito, ya sea que ese conocimiento, llegue por denuncia, querrela, excitativa o delito flagrante, etc."⁶⁶

Anteriormente ya definimos los conceptos de denuncia y de querrela, por lo que en cuanto a la flagrancia Rafael de Pina dice lo siguiente: " Flagrante delito. Considérese que el delito es flagrante cuando es descubierto en el momento de su ejecución, o en aquél en que el autor es sorprendido cuando lo acaba de cometer"⁶⁷

⁶⁵ Rivera Silva Manuel, "El Procedimiento Penal". Ed. Porrúa, S.A., México, 1970, Pág. 110,111.

⁶⁶ López Leyva Jesús. "La defensa en la Averiguación Previa", Anuario Jurídico, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Tomo XII, México, 1985. Pág. 452.

⁶⁷ De Pina, Rafael, "Diccionario de Derecho", Ed. Porrúa, S.A., 17a Edición, 1991. Pág. 291.

IV.1.1 La actividad investigadora.

Como hemos expresado, el artículo 21 constitucional establece que:

"La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél".

La función persecutoria, "consiste en perseguir los delitos o lo que es lo mismo, buscar y reunir los elementos necesarios y hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley".⁵⁸

De esta definición se desprenden dos aspectos, el primero es un contenido de "realizar las actividades necesarias para que el autor de un delito no evada la acción de la justicia". Y lo segundo es una finalidad que consiste en "que se aplique a los delincuentes las consecuencias fijadas por la Ley".⁵⁹

De la función persecutoria se desprenden dos aspectos:

- a) La actividad Investigadora.
- b) El ejercicio de la Acción Penal.

La primera de estas dos circunstancias que impone la función persecutoria, es decir, la actividad investigadora, consiste en la búsqueda constante de las pruebas que acrediten la existencia de los delitos y la responsabilidad de quien en ellos participaron, constituye un presupuesto forzoso de la acción penal, ya que excita a

⁵⁸ Rivera Silva Manuel, Opus cit., Pág 41.

⁵⁹ Ibidem, Pág 41.

los Tribunales a la aplicación de la ley al caso concreto; en la actividad investigadora y en general, en toda la persecución de los delitos, se actúa atendiendo a los intereses sociales, es decir, teniendo en cuenta el orden normativo establecido.

IV.1.1.1. Principios que la rigen.

A) Iniciación.- Para comenzar con la investigación no se deja a la iniciativa del órgano de Representación Social, sino que se requiere la reunión de elementos exigidos por la Ley.

B) Oficiocidad.- El órgano encargado de la investigación no necesita la solicitud de parte para iniciar la búsqueda de pruebas, inclusive en los delitos que se persiguen por querrela necesaria.

C) Legalidad.- Es decir, el órgano investigador pese a que para la búsqueda de pruebas actúa de oficio, no queda a su arbitrio llevar a cabo la investigación, sino que debe acatar las disposiciones legales establecidas.

IV.1.2. El ejercicio de la acción penal.

Es la segunda función que realiza la actividad persecutoria, es parte de la base de que cometió el hecho delictuoso, surge el derecho obligación del Estado, derecho en cuanto a que no queda a su arbitrio ejercitarla, sino que debe hacerlo forzosamente. Para que el estado pueda actuar debe tener conocimiento del hecho y ya investigado, llegar a la conclusión de que es delictuoso, para acudir ante la autoridad judicial, reclamando la aplicación de la ley al caso concreto.

El Estado tiene en abstracto la función persecutoria, la cual es permanente e indeclinable; cuando se comete un delito el derecho abstracto del Estado se concreta surgiendo la obligación de actuar, es decir, aparece la acción penal constituida por el derecho concreto de acudir al órgano jurisdiccional para la aplicación de la ley; previa verificación de la existencia del delito, es necesario que el órgano encargado de la exigencia del derecho persecutorio, prepare idóneamente su petición, cerciorándose tanto de la existencia del delito, como se apuntó anteriormente, como de los autores del mismo.

Agotada la averiguación y cerciorándose el Ministerio Público de la existencia de una conducta típica, se prepara el ejercicio de la acción penal. En base a la certeza de lo anteriormente expresado, nace entonces, el ejercicio de la acción penal (la consignación) con la necesidad de excitar al órgano jurisdiccional para que se aplique la ley al caso concreto. Terminando en este momento la etapa de preparación de ejercicio de la acción penal e iniciado el ejercicio de ella.

IV.1.3 La Acción Penal y la Acción Procesal Penal.

IV.1.3.1 La Acción Penal.

La acción penal es la facultad, el derecho y el deber que tiene el Ministerio Público de pedir una pena en el proceso penal.

La acción penal es obligación constitucional impuesta por el artículo 21 al Ministerio Público, el que actúa con calidad de autoridad y exclusividad para que conforme a los requisitos indicados en las leyes reglamentarias ejerza la acción penal; precisando

técnicamente el delito refiriéndose a hecho, circunstancias de derecho y determinando. Así provoca la actuación del órgano jurisdiccional constituyéndolo para que aplique la pena adecuada a la conducta ilícita enmarcada.

La acción penal tiene las siguientes características:

A) Obligatoria.- por estar regida por el principio de legalidad a contrario sensu del sistema dispositivo. Para el ejercicio de la acción penal se deben encontrar satisfechos los elementos del artículo 16 constitucional.

B) Pública.- Interesa al Estado para guardar la paz y seguridad social, elementos sin los cuales no puede realizar el progreso.

C) Atractiva.- Porque provoca la acumulación de los delitos cometidos por el inculcado.

La acción penal corresponde originariamente a la sociedad, y se ejercita como ha habíamos mencionado, por medio de los órganos del Estado. Los órganos que ejercitan la acción, pueden ser mediatos o inmediatos, y para promoverla deben tenerse en cuenta dos principios: el principio oficial y el principio dispositivo. La acción se pone en movimiento a impulso del principio oficial, cuando se inicia de mutuo propio por los órganos del Estado creados con ese objeto, de esa manera, es evidente que si la acción penal tiene un carácter público, debe regirse por un principio oficial, sin que esto signifique que se desconozca la actuación del principio dispositivo que tiene un carácter subsidiario.

En el ejercicio de la acción penal existe además dos principios directrices: el principio de legalidad y el principio de la oportunidad.

El principio de Legalidad se funda en que, invariablemente, debe ejercitarse la acción penal siempre que se encuentren satisfechas las condiciones mínimas o presupuestos generales y cualquiera que sea la persona contra quien se intente. El órgano de acusación se encuentra subordinado a la ley misma, tiene el deber de ejercitar la acción, tan luego como las condiciones legales se encuentren satisfechas; en consecuencia, el ejercicio de la acción es obligatorio.

El principio de oportunidad consiste en que la acción penal no debe ejercitarse cuando así convenga a las razones del Estado, porque se perturbe la paz social o se quebranten intereses o de utilidad pública.

El ejercicio de la acción penal constituye un deber para los órganos del Estado, cuando se encuentren los requisitos legales satisfechos para que sea promovida.

Las principales características de la acción penal son las siguientes: pública, única, indivisible, irrevocable e intrascendente; las que se detallan a continuación:

A) Pública.- Porque persigue la aplicación de la ley penal frente al sujeto, a quien se le imputa el delito.

B) Única.- Porque envuelve en su conjunto a los delitos que se hubieren cometido.

C) Indivisible.- Porque comprende a todas las personas que han participado en la comisión del delito. Este concepto se funda en un principio de utilidad práctica, con el objeto de evitar que los que hubieren participado en la comisión del delito se sustraigan a la acción de la justicia.

D) Irrevocable.- Una vez que interviene la jurisdicción, el órgano que la ejercita no está facultado para desistirse de ella, como si fuera un derecho propio.

E) Intrascendente.- Está limitada a la persona responsable del delito y no debe de alcanzar a sus parientes ni allegados.

Para el normal ejercicio de la acción, es indispensable que se satisfagan determinados requisitos expresamente señalados en las leyes que son las condiciones mínimas para que la acción se promueva, en el procedimiento mexicano, los presupuestos generales están en el artículo 16 de la Constitución Política de la Estados Unidos Mexicanos y consisten en:

a.- La existencia de un hecho u omisión que defina la ley penal como delito.

b.- Que el hecho se atribuye a una persona física, ya que no se puede juzgar ni enjuiciar a personas morales.

c.- Que el hecho u omisión llegue al conocimiento de la autoridad por medio de denuncia o querrela.

d.- Que el delito imputado merezca pena corporal, y;

e.- Que la afirmación del denunciante o querellante esté apoyada por declaración de persona digna de fe, o por otros elementos de prueba que hagan presumir la responsabilidad del

inculpado.

García Ramírez cita lo que Garraud define como acción penal, señalándola como: "el recurso ante la autoridad judicial ejercitado en nombre y en interés de la sociedad para llegar a la comprobación del hecho punible, de la culpabilidad del delincuente y a la aplicación de las penas establecidas por la ley".⁶⁰

Por último, la Suprema Corte de Justicia ha dictado diversas Jurisprudencias en relación a la acción penal, sobresaliendo las siguientes:

"Basta con la consignación de que del reo haga el Ministerio Público Federal, para que se entienda que este funcionario ha ejercido la acción penal, pues justamente es la consignación lo que caracteriza el ejercicio de dicha acción a reserva de que después ya como parte dentro de la controversia penal, el Ministerio Público promueva y pide todo lo que a su representación corresponda".

Quinta Epoca, Tomo XVII. Pág. Martínez Inocente.

De igual forma nuestro más alto Tribunal ha establecido:

"Ninguna ley establece una solemnidad especial para formular la acción penal, basta con que el Ministerio Público promueva la incoacción de un proceso para que se tenga por ejercitada la acción penal relativa, tanto más cuanto el exceso de trabajo en los Tribunales penales no aconsejaría ni permitiría juzgar con un criterio muy riguroso la forma de esa promoción bastando para los fines de un procedimiento regular con que exista el pedimento respectivo".

Quinta Epoca, Tomo XXX, Pág. 1402, Carrasco García Marina

"El ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público ocurre ante el Juez y le solicita que se avoque al conocimiento del caso y la marcha de esa acción pasa durante el proceso por tres etapas; investigación, persecución y acusación. La primera: tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción que se fundará en las pruebas obtenidas; en la persecución hay

⁶⁰ García Ramírez Sergio, "Derecho Procesal Penal". Ed. Porrúa, S.A., 2a Edición, México, 1977, Pág. 159

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

Sexta Epoca, Segunda Parte, Volumen XXXIV, Pág. 9 A.D. Luis Castro Malpica.

IV. 1.3.2 La Acción Procesal Penal

Es la facultad que tiene el Ministerio Público de evitar al órgano jurisdiccional para que éste declare el derecho.

Rivera Silva en "El Procedimiento Penal" define la acción procesal diciendo que "es 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 estima delictuoso, ... la acción procesal penal se inicia cuando cesan esas actividades, es decir, refiriéndose a nuestro procedimiento legal y, a un caso en que no se interrumpe la secuencia normal del procedimiento, la acción procesal penal principia con la consignación y termina con el acto realizado por el Ministerio Público que procede a la sentencia firme.⁶¹

La acción procesal penal lógicamente reclama como presupuesto la existencia de un delito. Por razones lógicas, debe de existir una independencia entre la acción procesal penal; la primera, nace con el delito; y la segunda, se inicia cuando principian las actividades ante el órgano jurisdiccional.

Rivera Silva, Manuel. Opus cit., Pág

Las características de la acción penal son las siguientes:

A. Pública.- Tanto el fin como su objeto son públicos por lo tanto, queda excluida de los ámbitos en los que se agitan únicamente intereses privados.

B. Indivisible.- En tanto el derecho de castigar como el ejercicio de aquél, alcanza a todos los que han cometido un delito sin distinción de persona.

IV.1.3.2.1 Finalidades de la Acción Procesal Penal

La acción procesal penal tiene diversas finalidades sobresaliendo las siguientes:

a) Lograr que el órgano jurisdiccional actúe, es decir, que la maquinaria judicial se ponga en movimiento. Esta finalidad persigue que el juzgador decida sobre determinada situación que se le plantea, convirtiendo en su caso el delito real en delito jurídico, y en consecuencia, lograr la aplicación de la norma penal; el Ministerio Público al perfeccionar el ejercicio de su acción procesal penal, fija al Tribunal los extremos que él estima se deben enlazar, por una parte el hecho concepto, y por otra los preceptos jurídicos aplicables.

b) Hacer efectiva la relación entre un hecho y unos preceptos legales, es decir, obtener un enlace entre el mundo fáctico y el mundo normativo.

c) Lleva en sí misma el poder de obligar al órgano jurisdiccional a que decida sobre una situación concreta que se le plantea. Por ello, quien tiene la acción penal, tiene el poder de echar a andar la maquinaria judicial.

IV.1.3.2.2 Presupuestos lógicos de la acción procesal penal.

Los presupuestos lógicos que dan origen a la acción procesal penal son también los motivos que engendran la acción procesal y pueden ser mediatos o inmediatos:

Los mediatos son:

- La comisión de un hecho delictuoso, con lo que surge el derecho persecutorio en concreto (la acción penal).
- Que un acto sea dado a conocer por denuncia o por querrela a la autoridad investigadora, y;
- Que la autoridad investigadora averigüe las características del acto y la imputación que del mismo pueda hacer a una persona, así como la culpabilidad de éstas.

Los inmediatos son:

- El suceso que directamente motiva el ejercicio de la acción penal.
- La creencia del Ministerio Público de poseer el derecho para exigir la aplicación de una sanción en virtud de que basado en la Averiguación Previa estima que existe un delito real.

Por todo lo anterior, la acción procesal penal nace con la actividad que el Representante Social realiza ante el órgano jurisdiccional para que éste aplique la ley al caso concreto.

IV.2 Órgano facultado para la preparación y ejercicio de la acción procesal penal.

IV.2.1. El Ministerio Público

El Ministerio Público es una institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo) que actúa en representación del interés social con el ejercicio de la acción penal y de la tutela social, en

todos aquellos casos que le asignan las leyes⁶².

Pieza fundamental del proceso penal moderno. en los más de los países, es el Ministerio Público o Ministerio Fiscal o Fiscalía, acusador del estado cuya aparición en el panorama del enjuiciamiento apareja uno de los caracteres relevantes de todo sistema mixto. Hoy día, el Ministerio Público constituye particularmente, en México un instrumento toral del procedimiento; así en la importantísima fase averiguatoria previa, verdadera instrucción parajudicial o administrativa, como en el caso del proceso judicial donde el Ministerio Público asume, monopolísticamente o no, el ejercicio de la acción penal en nombre del Estado⁶³.

Fenech define al Ministerio Fiscal como "una parte acusadora necesaria, de carácter público, encargada por el Estado, a quien representa, de pedir la actuación de la pretensión punitiva y de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal⁶⁴.

IV.2.2 Naturaleza Jurídica del Ministerio Público.

En la doctrina jurídica se ha dado diversos puntos de vista con respecto a la naturaleza jurídica del Ministerio Público, se la ha considerado:

⁶² Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Ed. Porrúa, S.A. 10a. edición, México, 1986, Pág 87

⁶³ García Ramírez Sergio, "Derecho Procesal Penal". Ed. Porrúa, S.A., 3a. edición, México, 1980, Pág 227.

⁶⁴ Citado por García Ramírez Sergio, Opus Cit., Pág 229.

IV.2.2.1 Representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales.

Esta postura se fundamenta en el hecho de que el Estado al instituir la autoridad da el derecho para ejercer la tutela jurídica general, con el efecto de que judicialmente se persiga a aquél que atenta contra la seguridad de las sociedad.

Al respecto Francesco Carrara apunta:

Aunque la potestad para la persecución de delitos emanan de la ley social que crea las formas y facilita los modos de esta persecución, y hace más seguros sus resultados, no crea el derecho que tiene un origen anterior a la sociedad civil, y es más bien, la razón única de la esencia del cambio de la asociación natural en sociedad civil, ya que la constitución de la autoridad en el Estado es un medio necesario para la tutela jurídica".⁶⁵

Por su parte Rafael de Pina considera que el Ministerio Público: "ampara en todo momento el interés general implícito en el mantenimiento de la legalidad".⁶⁶

Es decir, de las anteriores opiniones se concluye que el interés general que corresponde originariamente a la sociedad se le delega al Estado, para que este mantenga la legalidad a través de sus diversos órgano, entre ellos el Ministerio Público.

⁶⁵ Citado por Colín Sánchez Guillermo, *Opus cit.*, Pág. 90.

⁶⁶ Cometarios al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales, Ed. Herrero, México 1961, Pág. 31.

IV.2.2.2 Órgano Administrativo.

En la doctrina principalmente, hay autores que hacen la aseveración de que Ministerio Público es un órgano administrativo. Entre ellos contamos a Guarneri, Manzini, Massari, etc.

Al respecto Guarneri señala: "como el Ministerio Público no decide controversias judiciales, no es posible considerarsele como órgano jurisdiccional, sino más bien administrativo, derivándose de esto su carácter de parte, puesto que la represión penaria pertenece a la sociedad y al Estado, personificación de la misma, para que la Ley no quede violada, persigue el delito y al sujetarse las funciones estatales en "Estado-Legislación, Estado-Administración, pidiendo la actuación del derecho pero sin actuarlo él".⁶⁷

Asimismo, Guarneri considera que los actos del Ministerio Público son de naturaleza administrativa, tan es así que estos actos pueden ser revocables, comprendiéndose también la modificación y sustitución de los mismos.

Con lo anterior, podemos concluir que el Ministerio Público actúa parte haciendo valer la pretensión punitiva, ejerciendo poderes de carácter indagatorio, preparatorio y coercitivo.

⁶⁷ Guarneri José, "Las Partes en el Proceso Penal". Traducción de Constancio Bernaldo de Quiroz. Ed. José M. Casica Jr., México, 1952, Pág 169-170.

IV.2.2.3 Organo Judicial

Esta postura está encabezada por Giuseppe Sabatini y Giuleano Vassalli, y se establece que el Ministerio Público tiene el carácter de órgano jurisdiccional, o bien, perteneciente a la judicatura.

Se apoyan en el hecho de que si la potestad judicial tiene por objeto el mantenimiento y actuación del orden jurídico, como esta última abarca el poder judicial y éste a su vez, a las otras actividades no jurisdiccionales comprendidas en el objeto indicado, el Ministerio Público es entonces un órgano judicial pero no administrativa.

En el Derecho Mexicano no se le considera al Ministerio Público con tal carácter, es decir, como órgano jurisdiccional, toda vez que la aplicación de la Ley es una atribución exclusiva del Juez. Nuestra Constitución señala en su artículo 21:

"La imposición de las penas es propia y exclusiva de las autoridades judiciales..." "La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial

En base a lo anterior, nuestra Carta Magna concentra la facultad de aplicar el Derecho a los órganos jurisdiccionales y al Ministerio Público la persecución de los delitos, por lo que no se puede considerar en nuestra legislación que la Representación Social tenga carácter de órgano judicial.

IV.2.2.4 Colaborador de la función jurisdiccional

Esta posición encuentra su apoyo en el hecho de que el Ministerio Público realiza actos encaminados a un fin último: la aplicación de la ley al caso concreto.

A través de sus funciones específicas colabora con la actividad jurisdiccional, el Estado encomienda deberes a sus diversos órganos para que en colaboración plena y coordinada se mantenga el orden y la legalidad; el Ministerio Público lo mismo persigue delitos que hace cesar toda lesión jurídica en contra de los particulares, comprendido así en auxiliar de la función jurisdiccional.

IV.2.2.5 Posición Sui Generis.

Esta postura encuentra fundamentada en argumentos de notables juristas como Colín Sánchez quien afirma:

"Actualmente, al Ministerio Público corresponde una esfera muy variada de atribuciones, debido a la evolución de las instituciones sociales, las que para cumplir sus fines, han considerado indispensable otorgarle injerencia en asuntos civiles y mercantiles como Representante del Estado, y en algunas otras actividades de carácter legal.

Consecuentemente. Ministerio Público tiene una actividad polifacética; actúa como autoridad administrativa durante la fase preparatoria del ejercicio de la acción penal, como sujeto procesal, como auxiliar de la función jurisdiccional, ejerce tutela general sobre menores e incapacitados, y representa al Estado protegiendo sus intereses, etc.⁶⁶.

⁶⁶ Colín Sánchez Guillermo, Opus cit., Pág 95.

IV.3 La defensa en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dentro de la Averiguación Previa.

IV.3.1 Análisis del artículo 134 Bis párrafo cuarto.

El artículo en comento anteriormente a la reforma del 10 de enero de 1994, establecía:

Art. 134 Bis.- "En los lugares de detención dependientes del Ministerio Público no existirán rejas y con las seguridades debidas funcionarán salas de espera.

Las personas que se encuentren en el 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.

El Ministerio Público evitará que el Presunto responsable sea incomunicado. En los lugares de detención del M.P. 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 una u otro el Ministerio Público le nombrará uno de oficio.

Como puede observarse éste párrafo no era otra cosa sino una repetición de la primera parte del la fracción IX del artículo 20 constitucional (desde luego anterior a la reforma de él, pero insistimos de nueva cuenta que el desafortunado término de aprehensión, se debía de comprender conceptualmente en su sentido más amplio, es decir, como palabra sinónimo de detención, lo que sin estar literalmente establecido, nos ubicada procesalmente en la fase de la Averiguación Previa como ya lo hemos expresado anteriormente.

El hoy reformado artículo 134 bis, por virtud del Decreto del 10 de Enero de 1994, establece:

El Ministerio Público evitará que el probable responsable sea incomunicado, intimidado o torturado. En los lugares de detención del Ministerio Público estará instalado un

aparato telefónico para que los detenidos puedan comunicarse con quien lo estimen convenientes.

Los indiciados desde la averiguación previa podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de uno u otro, el Ministerio Público nombrará uno de oficio".

Es decir, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de acuerdo a lo que prescribe el ordenamiento constitucional, establece claramente el derecho a la defensa en la misma averiguación previa, eliminando toda duda respecto al momento del nombramiento del defensor.

IV.3.1.1 El derecho de defensa del Presunto responsable en la averiguación previa.

A lo largo de la presente tesis se ha venido apuntando reiteradamente la facultad que tiene el detenido de ser asistido por un defensor tanto en términos constitucionales como en los términos procedimentales, ya que de no ser así el Ministerio Público obtendría una declaración viciada afectada de nulidad.

El espíritu de las reformas que hoy nos ocupan consiste en posibilitar una defensa más adecuada y exitosa de la persona.

IV.3.1.2 La obligación del Ministerio Público de designar defensor en la averiguación previa.

La única limitante legal para que una persona defienda a otra en materia penal, se encuentra en el siguiente artículo del Código Federal de Procedimientos Penales que establece:

Art. 160.- No pueden ser defensores los que se hallen presos ni los que estén procesados. Tampoco podrán serlo los que hayan sido condenados por algunos de los delitos señalados en el capítulo II, título decimosegundo, del libro II del Código Penal, ni los ausentes que por el lugar en que se encuentran no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber

su nombramiento a todo defensor..."

IV.3.2 Análisis de los artículos 69 y 270 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Para la mejor comprensión del análisis de los artículos anteriormente mencionados transcribo el contenido de los mismos de acuerdo a como se encontraban redactados antes de su reciente reforma del 3 de septiembre de 1993.

Art. 69.- En todas las audiencias el acusado podrá defenderse por sí mismo o por las personas que nombre libremente.

El nombramiento del defensor no excluye el derecho de defenderse por sí mismo,

El juez o presidente de la audiencia preguntará siempre al acusado, antes de cerrar el debate, si quiere hacer uso de la palabra, concediéndosela en caso afirmativo. Si algún acusado tuviere varios defensores, se oirá más que a uno en la defensa y al mismo o a otro en la réplica.

Art. 270.- Antes de trasladar al presunto responsable a la cárcel preventiva, se le tomarán sus generales y se le identificará debidamente. El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor aporten durante la averiguación previa...

Actualmente establecen:

Artículo 69 En todas las audiencias el inculpado podrá defenderse por sí mismo o por las personas que nombre libremente.

El nombramiento de defensor no excluye el derecho de defenderse por sí mismo.

El juez o presidente de la audiencia, o el Ministerio Público, según el caso, preguntarán siempre al inculpado, antes de cerrar la misma, si quiere hacer uso de la palabra, concediéndosela en caso afirmativo.

Si algún inculpado tuviere varios defensores, no se oirá más que a uno en la defensa y al mismo o a otro en la réplica.

Respecto al artículo 270 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal tenemos que establece:

Artículo 270.- Antes de trasladar al probable responsable al reclusorio preventivo, se le identificará debidamente.

Parece que es en el artículo 269 donde se especifican los derechos del indiciado en la fase de averiguación y la labor del defensor.

Artículo 269.- Cuando el inculpado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

I. Se hará constar por quien haya realizado la detención o ante quien aquel haya comparecido el día, la hora y el lugar de detención o de comparecencia, así como en su caso el nombre y cargo de quien la haya ordenado, cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad no dependiente del Ministerio Público, se asentará o se agregará, en su caso, la información circunstanciada suscrita por quien haya realizado o haya recibido al detenido;

II. Se le hará saber la imputación que exista en su contra y el nombre del denunciante, acusador o querellante.

III. Será informado de los derechos que en averiguación previa consigna en su favor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dichos Derechos, son:

a) No declarar si así lo desea.

b) Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza o si no quisiera o no pudiere designar defensor se le designará desde luego un defensor de oficio;

c) Ser asistido por su defensor cuando declare.

d) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación, y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

e) Que se le faciliten todos los datos que solicita su defensa y que consten en averiguación previa, para lo cual se permitirá a él y a su defensor consultar en la oficina

del Ministerio Público y en presencia del personal. el acta de averiguación previa:

f) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca las cuales se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda concediendo, el tiempo necesario para su desahogo, siempre que no se traduzca en dilación de la averiguación previa y las personas cuyos testimonios ofrezcan se encuentren presentes en la oficina del Ministerio Público.

Quando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculcado y su defensor, el juzgador resolverá en su oportunidad, sobre la admisión y práctica de las mismas; y

g) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal y en los términos del artículo 566 de este código.

Para los efectos de los incisos b), c) y d) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de que se disponga, o personalmente si se hallaren presentes; y

IV. Cuando el indiciado fuere un indígena o extranjero que no habla o entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere este artículo. Si se tratará de un extranjero la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda.

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

Estos artículos coinciden en señalar que el indiciado tiene el derecho inalienable de nombrar defensor para su persona, rigiéndose igualmente al mismo sentido y esencia del artículo 20 constitucional, fracción IX; estos dos artículos enriquecen y fortalecen la cláusula constitucional invocada reforzando el derecho y actividad de la defensa, incluyéndose los conceptos de autodefensa y persona de confianza.

IV.3.3 Análisis del Acuerdo A/56/81 de fecha 8 de octubre de 1981, emitido por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Bajo el Gobierno del Señor Licenciado José López Portillo (1976-1982), la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal a través de su titular Licenciado Agustín Alanís Fuentes, en base a una nueva filosofía del Ministerio Público y con el propósito de llevar a la ciudadanía mexicana el beneficio de la Leyes "con un profundo sentido humano". emitió una serie de disposiciones internas de gran trascendencia en la procuración y administración de justicia mediante la expedición de circulares y acuerdos, los cuales, en algunos casos, sirvieron de guía y orientación al legislador para convertirlas en actuales disposiciones de observancia general.

Dentro de estas disposiciones, por su contenido, importancia y trascendencia dentro del ámbito del período procedimental denominado Averiguación Previa, destaca el Acuerdo A/56/81 expedido el 8 de octubre de 1981 precisamente por el entonces Procurador Licenciado Agustín Alanís Fuentes, y ratificada su vigencia mediante la circular C/006/83, de fecha 22 de Abril de 1983, emitida por la Licenciada Victoria Adato de Ibarra en su calidad de Procuradora General de Justicia del Distrito Federal.

Tres fueron las razones fundamentales esgrimidas para la elaboración del presente Acuerdo, a saber:

1.- Nuestra Carta Fundamental orienta un procedimiento Penal humano, por corresponder a un régimen de libertades que tienden a evitar diligencias secretas y procedimientos ocultos, para no restringir el derecho a la defensa por sí mismo o por medio de otro,

y que el inculpado pueda ofrecer pruebas y asistir a su recepción, puesto que son actos que le afectan.

2.- Si las sociedades por medio del Ministerio Público tiene completa libertad para formular todos los datos que haya contra el inculpado, es gran injusticia que a este se le pongan trabas para su defensa.

3. La práctica constante, indica que quien es acusado y se encuentra en libertad puede ofrecer todas las pruebas y argumentos de que dispone en un término más o menos largo y no resulta lógico que quien está detenido no tenga ese derecho, cuando además la sola privación y de la libertad lo coloca en una situación muy desventajosa respecto a su acusador, por lo que debe introducirse formalmente un derecho a nombrar defensor desde el inicio de la Averiguación Previa, cumpliendo con el espíritu de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El acuerdo en comento está conformado por cuatro artículos principales y tres transitorios, en los siguientes términos:

Artículo Primero.- El inculpado podrá nombrar defensor desde el momento en que detenido y puesto a disposición del Ministerio Público, en los casos de flagrante delito, o sin estar detenido, desde el inicio de la Averiguación Previa y tendrá derecho a que se halle presente en todos los actos del procedimiento.

Este primer Artículo contiene, en primer término, un reconocimiento expreso del derecho de defensa, consagrado como garantía individual que posee todo inculpado dentro del procedimiento penal mexicano plasmado en la Fracción IX del Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por otra parte, este primer Artículo prevee dos situaciones distintas, la primera, el derecho de designar defensor por parte del indiciado cuando es presentado al Ministerio Público como órgano constitucionalmente facultado para investigar y perseguir los delitos y debe quedar en calidad de detenido en los casos de flagrante delito y la segunda, el mismo derecho de defensa, cuando el indiciado aún estando sujeto a una averiguación previa, en virtud de una denuncia o querrela formulada en su contra, no puede ser privado de su libertad personal; por lo que respecta a la primera hipótesis, se apuntarse en relación a los casos de flagrante delito a que se refiere el Artículo a estudio, que debe entenderse que es inculcado es aprehendido en flagrante delito no sólo es detenido en el momento mismo de estarlo cometiendo, sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso es perseguido materialmente, o cuando, en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundamentalmente su participación en los hechos delictuosos, distinguiéndose así doctrinariamente la flagrancia y la cuasiflagrancia, señalando el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su número 267 literalmente lo siguiente:

Art. 267.- Se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito: no sólo cuando es arrestado en el momento de estarlo cometiendo, sino también cuando después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido.

Resulta oportuno señalar en relación a esta primera hipótesis que una persona presentada ante el Agente del Ministerio Público relacionada a una Averiguación Previa únicamente puede ser

detenido cuando el delito que le es imputado tiene señalada una pena privativa de libertad (prisión) o una sanción cumulativa (prisión y multa, prisión y suspensión de derechos, etc.); esta primera hipótesis se presenta en la práctica generalmente en las agencias investigadoras del Ministerio Público o agencias centrales de Averiguaciones Previas.

Por lo que respecta a la segunda hipótesis, esto es, al derecho de defensa existente cuando el inculcado no debe ser detenido, debe anotarse que cuando el delito que le es atribuido ni inculcado tiene señalada una pena que no sea la de prisión o una sanción alternativa, el indiciado sujeto a una averiguación previa no podrá ser privado de su libertad personal por así enseñarlo de manera categórica el artículo 16 Constitucional.

Artículo Segundo.- Los inculcados podrán valerse de los servicios de orientación legal con que cuenta la institución para el disfrute de todos los beneficios que se han creado a favor de la ciudadanía, en el marco de la nueva procuración de justicia con profundo sentido humanitario.

Este segundo Artículo, reviste una vital importancia ya que de su contenido se puede esbozar el génesis de la institución de la defensoría de oficio dentro de la Averiguación Previa, ya que se habla como un derecho de todo inculcado sujeto a investigación ante el Ministerio Público de valerse de los servicios de orientación legal con el objeto principal de darle a conocer el alcance y disfrute de los beneficios otorgados a la ciudadanía por parte de la Procuraduría de Justicia Capitalina.

En ese entonces:

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 15 de diciembre de 1977, en su Capítulo Décimo Primero, proveía la existencia de los servicios de orientación legal brindados por la Institución a través del Departamento de Orientación Legal de la Dirección General de Servicios Sociales (ahora Dirección General de Servicios a la Comunidad) estableciendo como una de sus atribuciones brindar en general a todas las personas orientación y asistencia legal, instruyéndolas acerca de los derechos y obligaciones de todo ciudadano frente a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Del contenido de estos dos Artículos, así como del Acuerdo A/56/81 a estudio, surge la figura del "Orientados Legal", adscrito a las diversas agencias investigadoras del Ministerio Público en el Distrito Federal como antecedente del defensor de oficio en la Averiguación Previa como anteriormente estaba señalado dichos ordenamientos debían cubrir durante las 24 horas las veinticuatro horas del día precisamente los servicios de orientación legal en las distintas agencias investigadoras del Ministerio Público aunque en la práctica lamentablemente era frecuente su ausencia, debiéndose hacer notar que tan importante y trascendente función se encontrara generalmente encomendada a personas de buena voluntad pero carentes de la experiencia y práctica necesaria, como pasantes de la carrera de derecho y meritorios.

Artículo Tercero.- El defensor podrá, previa propuesta que otorgue ante el Ministerio Público, entrar al desempeño de su cometido; el inculcado tendrá la obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite.

Artículo Cuarto.- Al inculcado se le tomarán sus generales y se le identificará debidamente atendiendo al acuerdo A/35/78, de cuatro de julio de mil novecientos setenta y ocho.

El acuerdo anterior que nos ocupa, en el mes de Diciembre de 1981 dejó de tener el carácter de disposición administrativa interna de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, para convertirse en una norma de observancia general y obligatoria, al incorporarse su contenido a nuestra ley adjetiva penal vigente; así, el contenido del Acuerdo A/56/81, materia a estudio, se encuentra actualmente en el artículo 134 bis, párrafo cuarto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, creando o adicionado mediante el Decreto de fecha 26 de Diciembre de 1981, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 del mismo mes y año y que a la letra señala:

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

IV.3.4 El defensor de Oficio en la Averiguación Previa en el Fuero Común.

La Averiguación Previa como parte del proceso penal es indispensable, puesto que los elementos probatorios del cuerpo del delito, por regla general figuran en ella y por que los datos en que se funde el ejercicio de la acción penal, también han de estar comprendidas en sus actuaciones.

Por disposición constitucional, clara y expresa el defensor tiene derecho a encontrarse presente, no solamente en los

actos procesales que tenga lugar ante el órgano jurisdiccional, sino que también podrá estar presente en los actos de averiguación previa que practique el Ministerio Público.

Anteriormente el Ministerio Público en su etapa indagatoria, ante el temor fundado de que el defensor pusiere obstáculos en el período preprocesal penal o bien se enteraré de detalles de la investigación, que por conveniencia de la misma no debían ser revelados y ante la no disposición expresa de nuestro máximo ordenamiento jurídico, no se permitía la intervención de defensor alguno siendo esto en perjuicio de los indiciados, quedando indefensos durante la averiguación previa.

En efecto, el derecho a la defensa que como garantía establece el artículo 20 constitucional, no es un derecho optativo para el indiciado, sino obligatorio, que se traduce en obligación para el Ministerio Público.

IV.4 La defensa en el Código Federal de Procedimientos Penales dentro de la Averiguación Previa.

IV.4 Análisis del artículo 128 del Código de Procedimientos Penales.

A continuación el siguiente cuadro comentado y analizado en el Coloquio "Reformas a la Constitución y Diversos Ordenamientos Legales en Materia Penal" organizado por el Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República en Mayo del presente año⁶⁷, nos permite visualizar de mejor manera la riqueza jurídica del artículo en comento, de una manera clara y precisa:

⁶⁷ Coloquio de "Reformas a la Constitución y Diversos Ordenamientos Legales en Materia Penal", P.S.P. Instituto de Capacitación, Mayo 1994.

TEXTO ANTERIOR.
ARTICULO 128

TEXTO REFORMADO
ARTICULO 128

REFORMA

Quando el inculpado fuere aprehendido, detenido, o se presentare voluntariamente, se procederá de inmediato de la siguiente forma:

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

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

a) El de comunicarse inmediatamente con quien estime conveniente;

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

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

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

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

IV. El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de esta, que se tocarán en cuenta, como legalmente corresponda en el acto de consignación o de libertad del detenido, en su caso. Cuando sea posible el desahogo de pruebas ofrecidas por el detenido o su defensor, el juzgador resolverá;

Quando el inculpado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal se procederá de inmediato en la siguiente forma:

I. Se hará constar por quien haya realizado la detención o ante quien aquel haya comparecido el día, hora y lugar de detención o de la comparecencia, así como en su caso el nombre y cargo de quien la haya ordenado, cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad no dependiente del Ministerio Público, se asentará o se agregará, en su caso, la información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o haya recibido al detenido;

II. Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querrelante.

III. Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y particularmente en la Averiguación Previa, de los siguientes casos:

a) No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido de un defensor;

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

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

d) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en averiguación, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del

Quando el inculpado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal se procederá de inmediato en la siguiente forma:

I. Se hará constar por quien haya realizado la detención o ante quien aquel haya comparecido el día, hora y lugar de la detención o de la comparecencia. Así como en su caso el nombre y cargo de quien la haya ordenado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad no dependiente del Ministerio Público, se asentará o se agregará, en su caso, la información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o haya recibido al detenido.

II. Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querrelante.

III. Se le hará saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos y particularmente en la averiguación previa, de los siguientes:

a) No declarar si así lo desea, o en su caso contrario, a declarar asistido por su defensor;

b) Tener una defensa adecuada por sí, por su abogado o por persona de su confianza o si no quisiera o no pudiera designar defensor se le designará desde luego un defensor de oficio;

c) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación.

d) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en averiguación, para lo cual se permitirá a él y a su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en Presencia del Jefe de la oficina, el expediente de la

TEXTO ANTERIOR
ARTICULO 128

sobre la admisión y práctica de las mismas; y)

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

TEXTO REFORMADO
ARTICULO 128

personal, el expediente de la averiguación previa; e) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomaran en cuenta para dictar la resolución que corresponda concediéndosele el tiempo necesario para ello, siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren en el lugar donde aquella se lleva a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas ofrecidas por el inculcado o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas; y

f) Que se le conceda inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución y en los términos del párrafo segundo del artículo 135 de este código. Para los efectos de los incisos b) y c) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer o personalmente, si ellas se hallarán presentes. De la información al inculcado sobre los derechos antes mencionados se dejará constancia en las actuaciones.

IV. Cuando el detenido fuera un indígena o extranjero que no habla o entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratará de un extranjero la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda; y

V. En todo caso se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención o reclusión.

REFORMA

averiguación previa; e) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomaran en cuenta para dictar la resolución que corresponda concediéndosele el tiempo necesario para ello, siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonios ofrezcan se encuentren en el lugar donde aquella se lleva a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas ofrecidas por el inculcado o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas; y

f) Que se le conceda inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución y en los términos del párrafo segundo del artículo 135 de este código. Para los efectos de los incisos b) y c) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer o personalmente, si ellas se hallarán presentes. De la información al inculcado sobre los derechos antes mencionados se dejará constancia en las actuaciones.

IV. Cuando el detenido fuera un indígena o extranjero que no habla o entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratará de un extranjero la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda; y

V. En todo caso se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención o reclusión.

IV.4.1.1 La determinación de detención dictada por el Ministerio Público Federal.

Toda determinación del Ministerio Público sea del fuero federal o común, deberá tener por satisfechos los requisitos que marcan los artículos 14, 16, 21 y 192 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Una determinación de esta naturaleza presupone la satisfacción suficiente del binomio jurídico-penal que rige la actuación del Ministerio Público, es decir, deberá estar comprobado el cuerpo del delito, esto de manera indubitable y como rasgo mínimo, indiciariamente la probable responsabilidad del inculpado en la comisión de un ilícito.

Estas resoluciones también tienen presente la flagrancia o inmediatas del hecho delictuoso cometido, los casos de urgencia graves y finalmente los razonamientos de cuasiflagrancia, en los que se puede incluir la gravedad, trascendencia e intervención de personas en un hecho delictuoso.

Sobre el particular el Código Federal de Procedimientos Penales establece reglas muy claras para ordenar la detención de una persona, aspectos regidos por el artículo 123 y siguientes, relativos a las "Reglas especiales para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de policía judicial", así como los artículos que se refieren a la comprobación del delito y la presunta responsabilidad.

IV.4.1.2 Comunicación al detenido de la imputación que obra en su contra.

Anteriormente el artículo 128 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establecía en su último párrafo:

"Desde el momento en que se determine la detención, el Ministerio Público hará saber al detenido la imputación que se le hace..."

Actualmente señala:

Cuando el inculcado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal se procederá de inmediato en la siguiente forma:

II. Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante.

IV.4.1.3 Comunicación al detenido del derecho de defensa que le asiste.

Respecto al momento en el que se le comunica al inculcado el derecho de defensa que le asiste, la Constitución de forma clara y precisa a establecido, como ya lo habíamos anotado, que:

Art. 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías:

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

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

Así el artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales establece:

"Cuando el inculcado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal se procederá de inmediato en la siguiente forma:

II. Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y particularmente en la averiguación previa, de los siguientes casos:

Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza o si no quisiere o no pudiere designar defensor se le designará desde luego un defensor de oficio;..."

IV.4.1.4 Obligación del Ministerio Público de recibir pruebas aportadas por el detenido o su defensor.

El artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales señala:

Cuando el inculcado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal se procederá de inmediato en la siguiente forma:

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

c) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación.

e) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomaran en cuenta para dictar la resolución que corresponda concediéndosele el tiempo necesario para ello, siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación y de las personas cuyos testimonios ofrezcan se encuentren en el lugar donde aquella se lleva a cabo..."

Es decir se establece ante este derecho del indiciado consistente en la aportación de pruebas una obligación correlativa a cargo del Ministerio Público, durante la etapa indagatoria, de recibirlas.

El Ministerio Público, es por su naturaleza, un representante de la sociedad y una institución de buena fe y equidad, que en todo momento, está obligado a desplegar sus acciones con respecto y reestricto a los derechos del inculcado y con apego y solidaridad a los intereses de la sociedad.

IV.4.2 El defensor de oficio en la Averiguación Previa, en el Fuero Federal.

El defensor de oficio federal en la fase indagatoria encuentra su sustento legal en el inciso b) de la fracción III, que dice respecto al inculcado:

"...Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y particularmente en la averiguación previa, de los siguientes casos:

b) Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza o si no quisiere o no pudiere designar defensor se le designará desde luego un defensor de oficio:..."

El espíritu de la ley procesal penal transcrita, al referirse al defensor de oficio, es el de prestar al indiciado una adecuada defensoría desde el inicio de la etapa de averiguación previa.

CAPITULO QUINTO

NUESTRO PUNTO DE VISTA

V.1 Problemática en torno al tema.

El proceso penal mexicano, antes de lograr la fisonomía que actualmente tiene, hubo de transitar durante buen número de años por diferentes fases. La experiencia, y ante todo el desarrollo social fueron determinantes para lograr el diseño del actual procedimiento; por otro lado, muy propio del país, con las singularidades que acusan una compleja realidad es el proceso de cuyo producto del momento político y social de la vida colectiva.⁷⁰

El Ministerio Público, debe ser por su propia naturaleza, un Representante de la Sociedad y Una Institución de buena fe y equidad, que, en todo momento, esté obligado a desplegar sus acciones con respecto irrestricto a los derechos del inculgado y con apoyo y solidaridad a los intereses de la sociedad. Por su parte la defensa, como institución a nivel de Averiguación Previa, debe velar porque el reconocimiento de las garantías de libertad y seguridad jurídicas en el Derecho de no autodiscriminación, sea una realidad constante y permanente del acontecer penal mexicano. En suma, velar porque todo acusado o detenido goce de la verdadera y auténtica garantía de defensa.

Sin embargo, es de sobra conocido por todos los interesados y estudiosos de la materia, el cúmulo de conflictos existentes al interior de la Institución del Ministerio Público, tal

⁷⁰ Madrazo, Carlos. "El Defensor del Indicado en el Período de la Averiguación Previa", Estudios Jurídicos. Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales No. 190. México, 1985, págs 161.

problemática que se identifica esencialmente con fallas técnicas al resolver, impreparaciones por carencia de conocimientos jurídicos profundos, errores de apreciación en los hechos que conocen y una creciente corrupción entre otros; por otra parte, la práctica como también otro problema que debe ser erradicado y que son las actividades equivocadas de inculpados y defensores.

V.1.1. Fallas, impreparación, errores y corrupción del Ministerio Público.

El problema que se plantea obliga a repensar los fines de esta Institución, exigiendo que se erradiquen las prácticas inquisitorias en la mayoría de sus actuaciones y que al investigar los hechos que se ponen en su conocimiento actúe con pleno apego a la Ley, sin entrar en componendas con los denunciantes, siempre con la imparcialidad que la buena fe y equidad exigen. Así, al tomar conocimiento de un hecho, su objetivo debe ser llegar a la verdad histórica, sin prestarse a armar y fabricar delitos y delinquentes, siempre valorando en justicia la realidad del evento antisocial que se le hace saber.

Por la propia naturaleza de su investidura, el Ministerio Público debe tener la preparación suficiente, renovada que haga que sus investigaciones estén siempre apegadas a Derecho, debiendo actuar siempre con sensatez y cuidado, con realismo y justicia. Su conducta no debe lesionar intereses del inculpadado ni quebrantar los de la sociedad; debe en todo caso, profundizar su indagación y agudizar la persecución del delito y delincente, valorando con equilibrio y de un modo justo los hechos, siempre teniendo como marco de actuación el principio de legalidad.

V.1.1 Actitudes equivocadas de inculpados y defensores.

Es de conocimiento común, que algunos defensores tergiversan la verdad histórica, pues en afán de liberar a su cliente de imputaciones, encubren los hechos, corrompen a los Agentes del Ministerio Público y desvían el Derecho; en suma, practican defensas fraudulentas, alteran la realidad jurídica, fabrican testigos, compran peritos y sobornan funcionarios. Es decir, transformar una profesión que deben enaltecer y dignificar, pues se vuelven encubridores y cómplices del delincuente. Se trata de defensores sin escrúpulos ni ética profesional que sólo obstruyen la Administración de Justicia y levantan un obstáculo externo a la lógica del proceso penal.

Por todo ello, se debe rescatar la figura del defensor en la Averiguación Previa, procurando que su actuación sea un factor que coadyube en el conocimiento de la verdad histórica, es decir, de la realidad de los hechos. Es válido, hacer uso de todo, o que beneficia al inculpadado dentro de las propias técnicas jurídicas, más nunca para alterar la verdad de los hechos.

Por todo lo anterior, ambas problemáticas obligan a tales Instituciones, el Ministerio Público y la Defensa, a que no se vean en la Averiguación Previa como enemigos irreconciliables, sino que sean coadyuvantes de un fin último, que siempre debe ser, encontrar la verdad histórica de los hechos que se investigan, dejando de lado prácticas inidóneas que sólo destruyen y violentan el universo jurídico de la indagación penal.

V.2 Consideraciones.

En apego al mandato constitucional tanto el código adjetivo local como el federal, reconocen y aceptan la intervención de la defensa en la Averiguación Previa.

Sin embargo debemos reflexionar en que en torno a dichas disposiciones existe un respeto irrestricto a las garantías de legalidad y seguridad jurídicas, que permiten que sin violentar tales principios en agravio del inculpaado se pueda lograr llegar al conocimiento de los hechos que se investigan. Es decir, obtener la verdad histórica sin conculcar derechos del acusado; esa debe ser la fórmula: justicia y legalidad.

CONCLUSIONES

1. El derecho a la defensa durante la averiguación previa es una garantía consagrada por nuestra Constitución en su artículo 20 penúltimo párrafo, que como tal debe hacerse valer y reconocerse desde el momento en que la persona es aprehendida o detenida.

2. Con la comisión del delito surge la pretensión punitiva, por lo tanto, el derecho a la defensa se da desde el inicio del procedimiento, es decir, desde la indagación de los hechos.

3. Los artículos 134 bis y 27 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así como el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales regulan la garantía de defensa en la Averiguación Previa.

4. La defensa puede aportar al Ministerio Público durante la Averiguación Previa los elementos que estime pertinentes para que pueda en su momento, ejercitar la acción penal, el no ejercicio de la acción, o en su defecto la reserva.

5. La garantía de defensa durante la Averiguación Previa, constituye una seguridad jurídica y un esfuerzo complejo y delicado que no puede ni debe vulnerarse en perjuicio de los intereses de la sociedad.

6. El defensor tiene dos funciones específicas que son: la asistencia y la representación, en la primera se ubica al lado del imputado, ejerciendo actos de defensa conjuntamente apoyando técnicamente a su defensor; en la segunda, como representante, actuando sin la presencia física de su defensor, buscando siempre el

beneficio de éste.

7. Es importante que la defensa de oficio corra a cargo de un Licenciado en Derecho con amplia experiencia jurídica, dado que en la práctica en las Agencias del Ministerio Público del fuero común, la defensa corre a cargo de Pasantes de Licenciado en Derecho, quienes cubren la prestación gratuita del servicio social.

8. Debe buscarse una concertación y amalgama de intereses tanto del Ministerio Público como de la defensa, a fin de que se vean mutuamente como coadyuvantes, aunque con intereses divergentes, con el objeto de que la indagatoria arroje como conclusión la verdad histórica de los hechos.

9. La defensa en la Averiguación Previa ratifica los principios de libertad y seguridad jurídica de que todo gobernado debe gozar plenamente.

BIBLIOGRAFIA

1. Briseño Sierra Humberto, "Derecho Procesal" Cárdenas Editor y Distribuidor, 1a edición, México 1979, tomo II.
2. Carnelutti Francisco, Questiones sobre el Proceso Penal, Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
3. Cervantes de Castillejos Minerva. "La Defensa en la Averiguación Previa". Anuario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1985, Año XII.
4. Claria Olmedo Jorge A., "Tratado de Derecho procesal Penal", Edit. Har, S.A., Buenos Aires Argentina, 1963, Tomo III.
5. Colín Sánchez Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales" Edit. Porrúa, S.A., Quinta Edición, México 1979.
6. Comentarios al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales, Editorial Herrero, México, 1961.
7. De Pina Rafael, Diccionario de Derecho, Edit Porrúa, S.A., 10a edición, México 1983.
8. Fónex Miguel, "Derecho Procesal Penal", Bosch, Barcelona, 1951 Tomo I.
9. García Ramírez Sergio, "Curso de Derecho Procesal Penal", Edit. Porrúa, S.A. México, 1974.
10. González Bustamante Juan José, Derecho Procesal Penal Mexicano, Edit Porrúa, S.A., 10a edición, México 1991.
11. Guarneri, José "las Partes en el Proceso Penal". Edit. José Ma. Cajiga Jr. Puebla, México 1952.
12. Islas Olga y Ramírez Elpidio, El Sistema Procesal Penal en la Constitución, México, Edit. Porrúa, S.A., 1977.
13. Kohler J., "El derecho de los aztecas" trad. del alemán por el Licenciado Carlos Robalo y Fernández, Edit Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México 1924.
14. Leone Giovanni, "Tratado de Derecho Procesal Penal". Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, Tomo V.
15. López Leyva, Jesús "La defensa en la Averiguación Previa", Anuario Jurídico UNAM, año 1985, Tomo XII.

16. Luna Ramos Bernabé, "La defensa en la Averiguación Previa". Anuario Jurídico UNAM, Año 1985, Tomo XII.

17. Madrazo, Carlos, "El defensor del indiciado en el Período de la Averiguación Previa". Estudios Jurídicos. Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales. No. 19, México, 1985.

18. Mendieta y Nuñez Lucio, "El derecho Precolonial". Edit Porrúa, S.A., México, 4a. edición, 1981.

19. Oderigo Mario A., "Derecho Procesal Penal". Edit. Ideas, Buenos Aires, Argentina 1952. Tomo II.

20. Riva Palacio D. Vicente y otros, "México A Través de los Siglos". Edit. Cumbre S.A., México 1981. 17 edición, Tomo II.

21. Rivera Silva. Manuel. "El Procedimiento Penal". Editorial Porrúa. S.A., México. 1970.

22. Zamora-Pierce Jesús, "Garantías y Proceso Penal", Edit. Porrúa, S.A., 4a edición, México 1990, pág. 333

CONFERENCIAS

1. Coloquio "Reformas a la Constitución y Diversos Ordenamientos Legales en Materia Penal. P.G.R. Instituto de Capacitación, Mayo. 1994

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

1. Diccionario Enciclopédico Bruquera, Editorial Bruquera Mexicana de Ediciones, S.A. México 1979, 16 Vols, Tomo II.

2. Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo VI. Edit Francisco Seix, S.A., Barcelona España 1975.

LEGISLACION

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.

2. Código Federal de Procedimientos Penales, en Penal Práctica, Ed. Andrade. México, 1990.

3. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en Penal Práctica, Ed. Andrade, S.A., México, 1990.

4. Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

5. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
6. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
7. Diario Oficial de la Federación, Tomo CDLXXX., No. 3, 3 de septiembre de 1993
8. Diario Oficial de la Federación, Tomo CDLXXX., No. 3, 3 de septiembre de 1993