

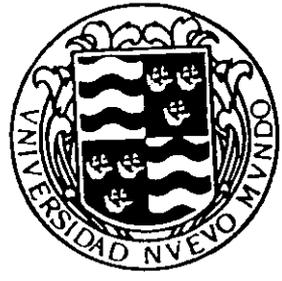
878509

UNIVERSIDAD NUEVO MUNDO

7

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



LA NECESIDAD DE HACER REAL LA PARTICIPACION
DEL DEFENSOR DE OFICIO EN LA ETAPA
DE AVERIGUACION PREVIA.

T E S I S

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

DIRECTOR DE TESIS: LIC. ARMANDO SANCHEZ ROSALES

MEXICO, D. F.

279495

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

EXPOSICION DE MOTIVOS

La razón que me motiva a escribir esta tesis, es que nos damos cuenta que a nivel Averiguación Previa el Defensor de Oficio ejerce una función muy similar a la de una figura decorativa, ya que si bien es cierto que el Defensor de Oficio está previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, su función se reduce a presentarse ante el probable responsable cuando le están tomando su declaración, pero generalmente no ofrece prueba alguna, argumentando estar saturado de trabajo como ocurre generalmente, lo que nos permite determinar que es necesario se aumente el número de Defensores de Oficio a nivel Averiguación Previa, con el fin de que el probable responsable esté verdaderamente defendido y la defensa a ese nivel deje de ser como tantas figuras jurídicas en México, una mera letra muerta.

CLAUDIA ANGUIANO

INDICE

PAG.

CAPITULO I. LA DEFENSA

- A. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA DEFENSA 1
- B. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA DEFENSA
EN MEXICO 11

CAPITULO II. LA AVERIGUACION PREVIA

- A. LA AVERIGUACION PREVIA Y SUS GENERALIDADES 21
- B. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD 25

CAPITULO III. ASPECTOS JURÍDICO PROCESALES DE LA DEFENSA EN AVERIGUACION PREVIA

- A. LA DEFENSA COMO GARANTIA INDIVIDUAL 46
- B. EL DEFENSOR PARTICULAR 51
- C. EL DEFENSOR DE OFICIO 54

CAPITULO IV. ESPECIE DE DEFENSA EN AVERIGUACION PREVIA

A. LA DEFENSA EN EL FUERO COMUN	57
B. LA DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA CONFORME A LAS REFORMAS DE 1993 Y 1994	78
CONCLUSIONES	89
BIBLIOGRAFIA	93

CAPITULO I

LA DEFENSA

A. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA DEFENSA

Etimológicamente de acuerdo con su significado la palabra o vocablo 'defensa' deriva del latín "defensa", que pasa al español como tal, y no es otra cosa sino la acción o efecto de defender o defenderse. (1) 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 del probable responsable, para finalizar acatando que también implica la connotación de "amparo, protección, socorro". (2) Jurídicamente, según Guarneri, (3) el concepto de defensa es correlativo al de la acusación y constituye, en la dialéctica procesal de los contrarios, el momento de la antítesis. Como quiera que sea, igual que la acusación, la defensa representa en el proceso penal una institución del Estado, pues el legislador la considera indispensable para la consecución de la verdad.

(1) Diccionario Enciclopédico Bruguera, Ed. Bruguera Mexicana de Ediciones. S.A., México, 1952, 16 vols. T. II. p. 48.

(2) Idem.

(3) Guarneri, José. Las Partes del Proceso Penal. Ed. José Ma. Cajica Jr., Puebla. México, 1952 p. 328.

Es oportuno acatar desde el punto de vista jurídico se puede decir que la defensa es el derecho de toda persona a exigir justicia, constituyendo una de las principales funciones del abogado en el ejercicio de su profesión dando protección o tutela, salvaguardando los intereses jurídicos del individuo ante la sociedad.

Por otra parte, la Enciclopedia Jurídica Omeba expone diferentes clases de defensa, las cuales sólo serán nombrados en virtud de que no constituyen el motivo principal de la teleología del presente trabajo. A mayor abundamiento, dicha Enciclopedia consigna que existen tantas acepciones, clases o modalidades de defensa, cuantas ramas de la ciencia o del arte existen; a manera de ejemplo; se puede considerar la defensa Agrícola, la defensa Civil, la defensa Colectiva, la Continental, la defensa Propia o Autodefensa, la defensa Putativa, la defensa Social, la defensa de Confianza, la defensa de Menores, Incapacitados y Ausentes, la defensa de pobres y defensa de Oficio, entre otras, sin poder llegar a la consideración de que no existan otros tipos de defensa.(4)

A.1. Grecia.

Es precisamente donde nace el procedimiento penal, como resultado de las costumbres de los atenienses, siendo esto una consecuencia general de los usos y conocimientos que transmitían los padres a sus hijos y los maestros a sus discípulos.

(4) Enciclopedia Jurídica OMEBA, Ed. Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires, Argentina, T. VI. VI., 1957, PP. 21 a 96.

Rey, el Consejo de Ancianos y la Asamblea del Pueblo, ocasionalmente sancionaba a las personas que contravenían las costumbres que imperaban en esa época, llevando a cabo juicios orales de carácter público.

El propio ofendido tenía que sostener de viva voz sus pretensiones, las cuales las hacía ante el Magistrado a quien se le confió el gobierno de Atenas después de la muerte del Codro, (5) el cual, en delitos públicos y de acuerdo al caso concreto, se encargaba de convocar a los tribunales, los que podrían ser el de los Ephetas, el de los Heliastas o el de Areópago. Presentado el caso ante los tribunales, el acusado comparecería ejerciendo su defensa por sí mismo; posteriormente se le permitió a éste auxiliarse por algún eminente orador con la finalidad de convencer con el don de la palabra a los integrantes del tribunal. De esa época destaca en forma relevante Demóstenes, quien era muy solicitado entre los oradores de ese tiempo, por su hábil y experta facilidad de palabra. Rápidamente se generalizó el uso de hacerse representar en juicio, con la facultad de invocar hechos e interpretar leyes a nombre del acusado; de donde surgieron desde principios de la civilización los primeros abogados y es así como la institución de la defensa alcanza su relieve. (6)

A.2. Roma.

El Imperio Romano adquirió las instituciones jurídicas griegas tras la conquista de Grecia, realizada por el Cónsul Flaminio, y, al decir de González

(5) Diccionario Enciclopédico Universal, Ed. CREDSA, Barcelona, España, 10 Vls. T. 1, 1972.

(6) Idem.

Bustamante, "El Foro Romano adquirió la brillantez y el esplendor de las instituciones Helénicas, perfeccionadas por el espíritu latino". (7)

Perfeccionando los antecedentes del derecho griego, el romano supera ampliamente a éste, 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 (8).

El Derecho Romano instituyó el "patronato", que imponía los patricios (en el Imperio Romano los que constituían la clase social más alta) la obligación de ejercer actos de defensa, de aplicar la Ley a sus patrocinadores.

Posteriormente, cuando el conocimiento del Derecho se hace accesible a los plebeyos (personas que no eran notables), surge el procedimiento formula-

(7) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Mexicano, Ed. Porrúa, S.A., México, 8a. Ed. 1985, P. 10.

(8) Se sugiere consultar a Tácit, Cornelio, Anales, Trad. Carlos Coloma, Ed. Porrúa, S.A., Colec. Sepan Cuántos, No. 291. Méx. 1975, pp. 147 y ss; Livio Tito, Historia romana, Primera Década, Ed. Porrúa, S.A., Colecc. Sepan Cuántos No. 304, Méx. 1976, p. 107; Coulanges Fustel, La Ciudad Antigua, versión directa de la edición original por José Manuel Villalaz, Ed. Porrúa, S.A. Colecc. Sepan Cuántos No. 181 Méx. 1974 pp. 62 a la 65.

rio, publicado por Gneo Flavio de Claudio, siendo Tiberio Coruncano, el primero en obtener el pontificado, según Briseño Sierra, (9) nacieron dos clases de abogados, el "Patronus" o abogado informante, o defensor orador, elocuente conocedor del arte de la oratoria y el "advocatus", abogado consultante o jurisperito, experto en el conocimiento de la jurisprudencia y adiestrado en los aspectos forenses, mismo que asesoraba al abogado informante, unificándose estas dos clases en una sola persona posteriormente.

El Colegio u Orden de abogados fue creado por el emperador Justiniano, al cual tenían que pertenecer todos los que se dedicaban a la defensa de los ciudadanos.

Por otra parte, los "Advocatus" constituyeron una profesión especial, mismos que gozaban de grandes privilegios, entre los cuales se elegía con frecuencia a los magistrados o a los altos funcionarios del Estado.(10)

En el Digesto (Colección de las decisiones del Derecho Romano que entró en vigor con fuerza de Ley el treinta de diciembre de quinientos treinta y tres, siendo realizado por encargo de Justiniano y que consta de 50 libros) se regla-

(9) Briseño Sierra, Humberto, Derecho Procesal, Cárdenas Editor y Distribuidor. 1a. ed. T. II. Méx., 1969, p. 448 véase Colin Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, S.A. 5a. Ed. Méx. 1979, pp. 179 y 180.

(10) Idem.

mentaron las funciones de los defensores, en el primer libro, en los títulos denominados "De Postulado" y "De Procuratoribus et Defensoribus".(11)

A.3. Europa.

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, éstas disposiciones eran poco respetadas por no ser tan rigoristas como el sistema inquisitivo.

El Edicto de ocho de mayo de mil setecientos setenta y siete trajo consigo reformas positivas a la ordenanza anteriormente citada, entre las que se pueden anotar la suspensión del tormento o la exigencia para los jueces de motivar sus sentencias, obligándolos a fundar jurídicamente las mismas.

Con base en el Edicto de mil setecientos setenta y siete y debido a la pérdida paulatina de fuerza del sistema inquisitivo, el defensor que teniendo al paso del tiempo intervención, hasta que nuevamente fue suprimida la misma por la Revolución Francesa del mil setecientos ochenta y nueve, restableciéndose la

(11) Diccionario Enciclopédico Bruguera, Ed. Bruguera, Op. cit., p. 665, Vid Petit Eugène, Tratado Elemental de Derecho Romano, Ed. Nacional, Trad. José Fernández González, reimp. Méx. 1971 pp. 628 y ss.

asistencia jurídica con las leyes expedidas por la Asamblea Constituyente de septiembre de mil setecientos noventa y uno, donde se le dieron al acusado de una manera formal algunas garantías, tales como el derecho a la defensa, con obligación por parte del Juez de proporcionársela de forma oficiosa si no lo hubiera designado el propio inculgado.

El Código de Instrucción Criminal de mil ochocientos ocho, se mantuvo vigente en Francia mediante el cual es aceptada la defensa y la hace obligatoria en algunos casos, sufriendo varias reformas pero manteniendo la esencia que se le dio desde la época Napoleónica. (12)

En Alemania, según Alcalá Zamora, (13) la figura típica que prevaleció 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 sangre.

A su vez la competencia, se delimitaba por la asamblea de los hombres libres en quienes radicaba la jurisdicción. Esa asamblea era presidida por el Juez Director de Debates, pero la propuesta del fallo recaía en el Juez permanente, en los jurisperitos o en los urteilsfinder. (14)

(12) Colin Sánchez, G., op. cit., pp. 20 y 21 y González Bustamante, J.J. op cit., p. 14 y 15.

(13) Citado por García Ramírez Sergio, op. cit., p. 74; cfr. Alcalá Zamora y Castillo Niceot, y Levene hijo, Ricardo, Derecho Procesal Penal, Ed. Guillermo Kraft. Ltd, Buenos Aires, Argentina. T. I., 1945, p. 62.

(14) García Ramírez Sergio. Op. cit. p. 75.

Como se puede observar y como ya quedó anotado, el procedimiento tenía las características de oral, público e independiente de que se llevaba a cabo un estricto formalismo. Por ello, desde la antigüedad se convirtió en costumbre hacerse representar el 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 ritualista.

Progresivamente fue adquiriendo un verdadero carácter de defensor. La Constitución Carolina de mil quinientos treinta y dos contiene una 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 era al "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 Oralias y el Juramento Purgatorio. (15)

En España, el Fuero Juzgo, que fue una compilación de Leyes establecidas por los Reyes Godos, en una de sus partes menciona a los defensores y "Mandadores" (Libro II, Título III, Ley I), diciendo que los mandadores eran los encargados de buscar la verdad como perseguidores de un delito, y los defenso-

(15) Briseño Sierra H., op. cit., p. 449. Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, S.A., 5a. ed. México 1982, pp. 49 a la 56, el cual habla ampliamente sobre la venganza divina, privada o pública.

res, representantes técnicos del acusado, con la limitación de que hubiera una igualdad socioeconómica de la ciudadanía, esto es, que entre los contendientes no existiera ninguna ventaja, ya que estaban impedidas las partes a nombrar representantes de mayor fortuna que la de su adversario.

También se le da a los Jueces atribuciones para apremiar a los abogados del foro y a los profesores de Derecho, obligándolos a ceder una parte de su tiempo, cuando sus derechos fueran quebrantados. Posteriormente, en la Ley de enjuiciamiento criminal, de catorce de septiembre de mil ochocientos ochenta y dos, se estableció para los integrantes de 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 el derecho de excusa, sino únicamente por motivo 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 correspondía desempeñar su función.

En España se reconoció el beneficio de pobreza, llamándoseles defensores de pobres a los que desempeñaban esta actividad, en la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal antes citada se establecía que los procesados tenían que ser representados por un procurador y defendidos por Letrado, los que podrían designarlo desde el momento en que se les notificaba el auto de formal procesamiento, teniendo el derecho de nombrar a un defensor gratuito y si no lo hicieran habiéndoseles requerido para ello, se les asignaba de oficio.

Existieron en España otras leyes importantes como el Fuero Real, en el que se restaura la Unidad Jurídica, después de la reconquista de Alfonso X, y las

siete Partidas, ordenadas en igual forma y por el Rey Alfonso X, las que fueron el resultado de la influencia Romanista y Canonista en España. En esta Ley a los defensores se les llamó "voceros" y "procuradores", teniendo éstos escasa participación 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 había en la legislación. En la Constitución de Cádiz de mil ochocientos doce, 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. (16)

Según Briseño Sierra, se declaró libre de función de la abogacía el ocho de junio de mil ochocientos veintitrés, sin obligación de inscribirse en Corporación o Colegio Especial, señala también que los antecedentes del Estatuto General de la Abogacía de veintiocho de junio de mil novecientos cuarenta y siete, el cual fue ratificado el diecinueve de junio y veintiocho de noviembre del mismo año, fueron los estatutos para el régimen de los Colegios del veintiocho de mayo de mil ochocientos treinta y tres, la Ley Orgánica de mil ochocientos setenta , así como la adicional de mil ochocientos ochenta y dos. (17)

(16) Briseño Sierra H., op. cit., p. 448 y T. I., pp. 147 a 166; Colin Sánchez Guillermo, Op. Cit. pp. 21 a 23 y 180; González Bustamante J.J., Op. Cit. pp. 87 y 88.

(17) idem, T. II., p. 449.

B. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA DEFENSA EN MEXICO

B.1. Epoca Prehispánica.

Las dos culturas que más sobresalieron en México fueron la AZTECA y MAYA, las dos con una sorprendente organización jurídica y un derecho de tipo consuetudinario, el cual era transmitido de padres a hijos y de ancianos a jóvenes. El pueblo Azteca, según los historiadores, inició un largo peregrinar, guiados por el sacerdote Tenoch, hasta llegar, según la profecía, al islote del gran lado donde encontrarían un águila posada sobre un nopal devorando una serpiente, señal esta donde debería establecer su ciudad.

Señala J. Kohler, (18) que en el Derecho de los Aztecas el procedimiento penal se seguía de oficio y se iniciaba con el rumor público de que se había cometido un hecho ilícito, para iniciarse la persecución.

En el pueblo Azteca, dice Lucio Mendieta y Núñez (19), 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, como es que el sistema jurídico, así como el mecanismo judicial, era completamente accesible al pueblo debido a su simplicidad y sencillez. Sin embargo,

(18) Kohler J., El Derecho de los Aztecas, Trad. del Alemán por el Lic. Carlos Robalo y Fernández, Fd. Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, Méx., 1924, p. 75.

(19) Mendieta y Núñez Lucio, El Derecho Precolonial, Ed. Porrúa, S.A., México 4a. ed. 1981, p. 144.

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 Enciclopedia México a Través de los Siglos, (20) 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 los leves, la pena consistía normalmente en azotes, golpes con palos o piedras, exhibiciones públicas, o sea primordialmente penas corporales, y los graves consistían en esclavitud, la pena del tali6n o la muerte.

El l6mite para resolver los litigios era de 80 d6as como m6ximo y se dice que obraban como tribunal colegiado, consistiendo 6ste de cuatro jueces los que discut6an la suerte que seguir6a el acusado, dictando la sentencia por mayor6a de votos o por unanimidad.

El Derecho Maya, se rigi6 en forma similar al de los Aztecas, con algunas particularidades, como que se caracterizaba por ser extremadamente r6gido en las sanciones que impon6an, castigando al que atentara contra las buenas costumbres, la paz y la tranquilidad social, no existiendo ning6n recurso en contra de las sanciones o sentencias que se pronunciaban. (21)

(20) Riva Palacio D. Vicente y otros, *M6xico a trav6s de los Siglos*. Ed. Cumbres, S.A., M6xico, 8 vol6menes, T. II, 17a. ed. 1981, pp. 202 y 203.

(21) *Idem*.

B.2 Época Colonial.

México en esta época tenía una gran influencia española, debido a la Conquista; paulatinamente el Derecho Peninsular fue desplazando al sistema jurídico de las culturas indígenas de la Nueva España. Los primeros antecedentes de la introducción del Derecho Hispano en México fueron las ordenanzas que expidió Hernán Cortés, las cuales fueron un pequeño Código.

En los inicios de la organización y administración del poder en todos sus aspectos y formas fue depositado 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 nueve de octubre de mil quinientos cuarenta y nueve, 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 cuanto a la asistencia jurídica por parte de abogados de México, es completamente similar a la de España y que ya se trató con anterioridad al hablar de Derecho Hispano. El sistema jurídico en la Nueva España se llevó a cabo al introducir la mayoría de las leyes, que regulaban el Derecho Peninsular, en cada una de las épocas.

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 o que la confesión se consideró la reina de las pruebas, pues era arrancada por medio del tormento, la incomunicación y la privación indefinida de la libertad. (22)

B.3 México independiente

Al proclamarse la independencia en México, se carecía totalmente de ordenamientos propios, por lo que fue necesario que continuaran rigiendo provisionalmente las normas y procedimientos que habían implantado los españoles; el sistema inquisitorio siguió rigiendo, hasta que la Constitución de Cádiz de mil ochocientos doce, así como las ideas renovadas de la Revolución Francesa, transformaron el pensamiento, las leyes y el procedimiento tanto en España como en México. Lo anterior tuvo como resultado que se promulgara en México "El Decreto Constitucional Para la Libertad de la América Mexicana" el día 22 de octubre de 1814, el que no llegó a tener vigencia, pero que se considera de gran importancia por ser el antecedente de las Constituciones de 1824, 1857 y 1917. El Constituyente de Apatzingán recogió lo más próspero de las bases jurídicas y 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.

(22) Idem.

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 1836, 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 del General Antonio López de Santa Ana.

En esta Carta Magna, es donde se consagran los derechos del hombre, considerando por primera vez en la República Mexicana, garantías que tuvo notorias deficiencias, por no estar debidamente especificadas cuáles eran sus facultades, finalidades y competencias.

En esta Constitución, es donde nace la Defensoría de Oficio, resultado de una madurez humana y jurídica: Después de haber sufrido las injusticias más grandes, el pueblo de México ya no imploraba justicia, sino que la exigía. En la Constitución de 1857, se aprueban las iniciativas que todo acusado tenía 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; este derecho estaba establecido en la fracción V del artículo 20.

Asimismo, en esta Constitución se cambia el nombre de "PRISIONERO" al de "DEFENSOR", en tanto que se consagran otras garantías en el artículo 20.

El acusado tenía 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 ponía 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 contaran en el proceso, para la preparación de su defensa. (23)

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 duró en el poder desde el año de 1876 hasta 1911.

En nuestra Ley Suprema se consagran diversas garantías, pero las que se analizarán, por ser motivo del presente trabajo, son las contenidas en el artículo 20 constitucional, en sus diez fracciones y que se detallan a continuación:

"Artículo 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías".

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de deli-

(23) Briseño Sierra Humberto, Op. Cit., T. I., pp. 225 y ss. Colín Sánchez Guillermo, Op. Cit., pp. 42 a 54 García Ramírez Sergio, Op. Cit., pp. 81 a 83; González Bustamante J.J. Op. Cit. pp. 18 a 25.

tos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad de inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

II. No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto.

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

IV. Será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa.

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

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

VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que contengan en el proceso.

VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se trata de delito cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediera de este tiempo.

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 quién lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el Juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite.

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

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

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.(24)

Como puede verse, dicho Artículo consagra las garantías a que toda persona, sea nacional o extranjera tiene derecho en las causas penales al serle imputado un delito. Al hacer el estudio sobre las violaciones a este Artículo, José R. Padilla nos dice:

Violación a las Fracciones primera, octava y décima del Artículo 20 constitucional.- Procede del amparo indirecto ante el Juez de Distrito por violación a esas Fracciones referente a la libertad caucional, el término para ser juzgado y la prolongación de la prisión. Y "VIOLACION DE LAS DEMAS FRACCIONES DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL". En estos casos procede atacar la sentencia en amparo directo ante la Suprema Corte o el Tribunal Colegiado de Circuito procediendo de acuerdo al Artículo 160 de la Ley de Amparo. (25)

(24) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Porrúa, S.A., México 1996. cfr. Pérez Palma Rafael, Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1980, p. 39, Martínez Lavín José, Constitución Política Concordada, Esc. Nacional de Artes Gráficas, México 1a. edición, 1974, p. 25 y ss. Montiel Duarte Isidro, Estudio Sobre Garantías Individuales, Ed. Porrúa, S.A., México 2a. edición 1972. pp. 418 a 420.

(25) Padilla José R., Sinopsis de Amparo, Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 2a. Edición 1978, pp. 154 y 155.

La diferencia que existe entre la Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete y la vigente de mil novecientos diecisiete, en lo que respecta a la garantía de la defensa, es que mientras la primera se concretaba únicamente a enunciar que el acusado tenía el derecho de defenderse por sí o por persona de su confianza, o por ambos, y en el supuesto caso de no contar con defensor, pudiera elegir uno de oficio; la segunda impone al Juez la obligación de nombrarle un defensor de oficio al acusado que se niegue a hacerlo y a tener el derecho de nombrar defensor desde que sea aprehendido, aunque en la práctica sea esto último letra muerta.

CAPITULO II

LA AVERIGUACION PREVIA

A. LA AVERIGUACION PREVIA Y SUS GENERALIDADES

Dentro del Procedimiento Penal existen, entre otras, actividades de investigación denominada de averiguación previa (fuero federal) o diligencias de policía judicial (fuero común del D.F.). Una vez que se presenta la condición de procedibilidad, se está en aptitud de iniciar los primeros actos procedimentales.

La averiguación previa se inicia con una resolución de apertura de la misma y supone que se ha satisfecho el requisito de procedibilidad correspondiente (denuncia, querrela excitativa y autorización).

Se señala como únicos los requisitos que hemos apuntado, esto ofrece como reverso el destierro total en nuestro Derecho, a la incoación oficiosa, a la delación anónima y secreta, y a la pesquisa particular y general.

Este periodo se inicia con la noticia del hecho posiblemente delictivo que se aporta a la autoridad por medio de los requisitos de procedibilidad y corre la investigación a cargo de averiguar dice Rafael Márquez Piñero, proviene de *ad*, a y verificarse, *verum*, verdadero; y *facere*, hacer, cuyo significado sería el de indagar la verdad hasta conseguir descubrirla.

La averiguación previa tiene como objeto preparar la determinación del

M.P. (como autoridad) sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal; para esto el Organo de la Acusación debe acreditar los elementos que lo conducirán en su momento, a las resoluciones mencionadas.

Dentro de la averiguación previa se deben comprobar los elementos siguientes:

- a) Establecer los elementos de tipo penal;
- b) acreditar la probable responsabilidad del inculpado.

Las diligencias que ante el M.P. se practiquen, ajustadas a la ley procesal, poseen valor probatorio pleno.

En el periodo de averiguación previa la actividad del M.P. puede desembocar en el ejercicio de la acción penal, bajo el acto denominado de consignación, o en el no ejercicio de la acción penal, mediante la denominada consulta, ya sea de archivo provisional (reserva) o de archivo definitivo.

La averiguación previa ha recibido diversos nombres, y para ello se ha considerado su naturaleza jurídica, o las especiales concepciones de sus autores como son las siguientes:

- Instrucción administrativa -Sergio García Ramírez.
- Preparación de la acción procesal -Manuel Rivera Silva.
- Preproceso -Juan José González Bustamante.
- Fase Indagatoria -Humberto Briseño Sierra.

- Procedimiento preparatorio gubernativo -Niceto Alcalá Zamora y Castillo.
 - Diligencias de policía judicial -C.P.P.D.F. (título segundo, segunda secc.).
- También recibe el sinónimo de preparación del ejercicio de la acción penal.

Resumiendo la averiguación previa es el periodo procedimental durante el cual se practican diligencias por y ante el M.P. (como autoridad), tendientes a acreditar los elementos de tipo penal y determinar la probable responsabilidad del inculcado para determinar en su caso el ejercicio o no ejercicio de la acción penal.

Durante la averiguación previa el M.P. actuando como autoridad realiza tres actividades esenciales, a saber:

- 1.- Recepción de denuncias y querellas como requisitos de procedibilidad.
- 2.- Práctica de diligencias de averiguación previa, también llamadas de policía judicial tendientes a comprobar los elementos del tipo penal y acreditar la probable responsabilidad.
- 3.- Determinar el ejercicio o no ejercicio de la acción penal.

En la práctica estas tres actividades competen concretamente a la Dirección General de Averiguaciones Previas a través de sus agentes del M.P.

- Investigadores
- Jefes de mesa de Investigadores
- Consignadores

Una vez consignados los hechos ante el Organismo Jurisdiccional, a la Dirección General de Control de Procesos compete sostener el ejercicio de la acción penal mediante la intervención del agente del M.P. adscrito a juzgados y tribunales penales.

La función persecutoria se realiza tanto en el Fuero Federal, Fuero Común del D.F., Estatal y Fuero Militar.

Constitucionalmente la persecución de los delitos la lleva a cabo el Ministerio Público, según lo dispuesto en el artículo 21 constitucional que a la letra dice:

La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.

De este texto se desprende que el Ministerio Público es el titular único de la acción penal, toda vez que a esta institución compete la investigación y persecución de los delitos.

Si bien es cierto que el texto constitucional en ninguna parte afirma que el periodo de la averiguación previa debe estar bajo la dirección del Ministerio Público, también es cierto que éste Organismo de la Acusación tiene a su cargo la función persecutoria de los delitos, la cual involucra la investigación y la persecución; esto se reafirma en la ley secundaria la cual establece que la averiguación previa incumbe al Ministerio Público.

B. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

Los requisitos de procedibilidad dependen del orden jurídico imperante en un país.

Todo procedimiento supone un inicio, el penal no escapa de ello. El comienzo del Procedimiento Penal supone que su inicio está sujeto a los preceptos legales, es decir, supone el cumplimiento con ciertos requisitos o condiciones previas que resultan necesarios para su apertura.

Como ya se ha anotado, en México el ejercicio de la función persecutoria de los delitos se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de procedibilidad exigidos por la ley, esto es el Ministerio Público, no puede iniciar una averiguación previa sin que previamente medie formal denuncia, acusación o querrela.

Los requisitos de procedibilidad son las condiciones o supuestos que es preciso llenar para que se inicia jurídicamente el procedimiento penal.

Nuestro Derecho Positivo, así como la doctrina y la jurisprudencia excluyen como forma de inicio del Procedimiento Penal en forma general a la incoación particular y general; reconociendo en cambio como condiciones para el legal inicio del Procedimiento Penal a:

1. La denuncia
2. La querrela
3. La excitativa y
4. La autorización.

Antes de pasar a la explicación de los requisitos de procedibilidad con los cuales se inicia legalmente el Procedimiento Penal, daremos una semblanza de la inocación oficiosa, de la delación anónima y secreta y de la pesquisa general y particular.

INOCACIÓN OFICIOSA

Por inocación se entiende iniciación, esto es, proceder de oficio o proceder oficialmente, es decir, en razón de la propia autoridad de que está investido el Ministerio Público de acuerdo con el artículo 21 constitucional, pero para que el Ministerio Público proceda oficiosamente se requiere que medie o proceda una denuncia, acusación o querrela como lo señala el artículo 16 constitucional.

La iniciación de oficio, autorizada por los artículos 113 del C.F.P.P. y 262 del C.P.P.D.F., son violatorios del artículo 16 de la Carta Magna, toda vez que de acuerdo con este precepto legal la averiguación previa solamente se inicia previa denuncia, acusación o querrela.

DELACION ANONIMA SECRETA

La delación consiste en informar a la autoridad encargada de averiguar un delito, de la existencia del mismo, y de quien es el responsable, diferenciándose de otras condiciones de procedibilidad, puesto que en la delación se oculta o se desconoce quién es la persona que da la información.

La delación se clasifica en anónima y secreta.

DELACION ANONIMA

Se desconoce quién es el autor de la información.

DELACION SECRETA

Sólo la autoridad investigadora conoce el nombre del informante, mas no así el del delincuente.

PESQUISA PARTICULAR Y GENERAL

La pesquisa está inspirada en el principio inquisitivo, quienes implementaron los tribunales de la inquisición para averiguar la existencia de delitos, en particular los de herejía.

La palabra pesquisa proviene del latín *perquisus* que significa buscar.

La autoridad busca y averigua a un delincuente o a un delito (basándose en el sistema inquisitorio).

La pesquisa se clasifica en particular y general:

PESQUISA PARTICULAR

Se dirige a la averiguación de un delito y delincuente determinado. Encontramos aquí los casos frecuentes en que la policía que va en busca de un delito o de un delincuente en especial, se permite molestar a todo un vecindario, rompiendo puertas y allanando moradas y con esto da lugar al abuso de autoridad.

PESQUISA GENERAL

Se hace inquiriendo generalmente sobre todos los delitos sin individualizar crimen ni delincuente, es decir, consiste en una indagación sobre toda una población o vecindario entero, no principalmente para castigar un delito ya conocido, sino para averiguar quién o quiénes lo habían cometido.

A continuación explicaremos los requisitos de procedibilidad de inicio legal del Procedimiento Penal.

B.1. Denuncia

Es la transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa que cualquier persona realiza ante la autoridad competente (Ministerio Público).

Es la comunicación formal de un hecho con apariencia delictuosa que cualquier persona realiza al Ministerio Público o sus auxiliares.

LA DENUNCIA OPERA EN LOS DELITOS PERSEGUIBLES DE OFICIO

Son delitos perseguibles de oficio aquellos en los cuales el Ministerio Público debe actuar en virtud del poder público de que está investido como órgano del Estado constitucionalmente facultado para realizar la función persecutoria, prevaleciendo el interés general de la sociedad de que se investigue y castigue el delito, sobre el interés particular.

En esta clase de delito el perdón o consentimiento del particular ofendido

carece de relevancia jurídica.

Por lo que respecta a este requisito de procedibilidad resulta oportuno señalar que en el C.P.P.D.F. no existe una disposición que de manera expresa señale la obligación que tiene toda persona, ya se trate de un particular o servidor público de denunciar, esto es, de poner en conocimiento del Ministerio Público la existencia de un hecho con apariencia delictuosa perseguible de oficio; en cambio el C.F.P.P. en sus artículos 116 y 117 respectivamente establecen de manera categórica que:

Artículo 116. "Toda persona que tenga conocimiento de la Comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público, y en caso de urgencia, ante cualquier funcionario ó agente de policía".

Artículo 117. "Toda persona que en ejercicio de sus funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligado a participarlo inmediatamente al Ministerio Público, transmitiéndole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición, desde luego a los inculcados, si hubieren sido detenidos".

El artículo 30 de la L.O.P.G.R. establece que:

"Los auxiliares del Ministerio Público Federal deberán dar aviso inmediato a éste, en todos los casos, sobre los asuntos en que intervengan con ese carácter.

NATURALEZA JURIDICA

Como se anotó en renglones posteriores los Códigos de Procedimientos Penales en materia Federal y del D.F., no señalan ninguna sanción para quien no denuncie los delitos, sólo establece la obligatoriedad de denunciarlo (sólo en el Fuero Federal).

Manuel Rivera Silva afirma que:

Si el legislador quiere que se denuncien los hechos delictivos de los cuales se tiene conocimiento, debe de fijar una sanción para cuando no se ejecuta este acto, o sea, para cuando no se hace la denuncia y considera que la obligatoriedad de la presentación de ésta es parcial y no absoluta.

Tal aseveración se basa en los siguientes razonamientos:

- a) El derecho para hacer obligatorio un acto, utiliza la sanción.
- b) El legislador debe fijar una sanción para cuando no se ejecute este acto.
- c) El Código Federal establece la obligación de presentar denuncia (Artículos 116 y 117) pero no señala sanción a falta de cumplimiento. Por lo tanto, la obligación encerrada en los artículos citados se aleja del campo jurídico, por no fijarse pena a la contravención de la obligatoriedad impuesta.

El Código del D.F. no tiene ningún precepto relacionado con la resentación de la denuncia, pudiéndose concluir, en términos generales, que no existe obligación legal de presentarla.

- d) El artículo 400 del Código Penal del Distrito Federal fija una sanción al que no procure por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo salvo que tenga la obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables.

En estos casos existe obligación de presentar la denuncia.

Concluye Rivera Silva de los tres casos citados, que una de las formas lícitas de impedir la consumación de un delito que se va a cometer o de los delitos que se están cometiendo (si no hay la detención por flagrancia) es la denuncia en el tercer caso, al aludirse al requerimiento de las autoridades, deben establecerse dos hipótesis.

- 1.- No hay denuncia: estas autoridades deben ser distintas del Organismo Investigador, en cuyo caso hay obligación de presentar la denuncia, so pena de incurrir en el delito de encubrimiento, y
- 2.- Si ya existe denuncia: la hipótesis se desvincula del problema de la obligatoriedad de presentarla desembocándose en otra situación típicamente de encubrimiento, ajena al tema que se está tratando (obligación de presentar la denuncia).

Por estas razones concluye Rivera Silva que:

"No en todos los casos existe obligación jurídica de presentar la denuncia, la obligatoriedad de la presentación es parcial y no absoluta".(26)

Consideramos que la denuncia de los delitos es una obligación y un deber, ya que si bien es cierto el C.F.P.P. establece la obligatoriedad de hacerlo y el C.P.P.D.F. no establece nada al respecto, también es bien cierto que el Código Penal en su artículo 400 tipifica el encubrimiento, entre otras circunstancias al que:

- a) No impide por los medios lícitos y sin riesgo de su persona la comisión de un delito que se va a efectuar.
- b) No impida los delitos que se están cometiendo, y
- c) Cuando sea requerido por las autoridades no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes.

Resulta obvio que un medio lícito para evitar un delito o lograr la detención del presunto delincuente es por medio de la denuncia y si no se hace ésta se está encubriendo al posible autor del delito.

(26) Rivera Silva. Op. Cit. P. 58

La denuncia también es un deber de toda persona ya que su justificación está en el interés general para conservar uno de los fines del derecho que es la paz social.

B.2. La Querrela.

-Es la transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa que únicamente puede realizar la persona legitimada para ello.

-Es la comunicación formal de un hecho con apariencia delictuosa que únicamente realiza al Ministerio Público la persona legitimada.

Son delitos perseguibles a instancia de parte ofendida aquellos en los que el M.P. debe actuar en virtud de la manifestación expresa de voluntad del ofendido o de su legítimo representante, de que se persiga un delito determinado, predominando el interés particular sobre el general de la sociedad. Aquí el perdón del ofendido o de la persona legitimada para otorgarlo es causa extintiva de la acción penal y de la pena.

El fundamento lo encontramos en el Artículo 93 del Código Penal del Distrito Federal, que a la letra dice:

"El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen de querrela siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón éste no podrá revocarse".

La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio cuando se trate de delitos en donde solamente pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado o cuando la ley exija algún requisito previo, y éste no se oponga a su otorgamiento...".

En el procedimiento Penal Mexicano las personas legitimadas, esto es, que tienen la capacidad legal para actuar dentro del procedimiento, para presentar o formular querellas son:

- El ofendido.
- El legítimo representante tratándose de querellas formuladas en representación de menores de edad e incapaces, y
- El apoderado general para pleitos y cobranzas (con cláusula especial para presentar o formular querellas cuando se trate de querellas presentadas en representación de personas morales).

Debe decirse que la querrela entraña siempre una manifestación expresa de voluntad de que se persiga un delito determinado.+

EFECTOS DE LA QUERELLA.

La presentación o formulación de la querella tiene el efecto principal de satisfacer el requisito exigido por el Artículo 16 constitucional para la iniciación formal del Procedimiento Penal. La no formulación de este requisito de procedibilidad, así como la falta de legitimación del querellante origina tres situaciones:

- 1.- El no inicio o la no iniciación de la averiguación previa como primera etapa del procedimiento.
- 2.- El no ejercicio de la acción penal correspondiente.
- 3.- En su caso la suspensión del procedimiento.

SINONIMOS DE QUERELLA

En la práctica del Procedimiento Penal Mexicano a la querella se le identifica con los siguientes sinónimos:

- 1.- Acusación.
- 2.- Querella necesaria.
- 3.- A petición de parte.
- 4.- Queja del ofendido.
- 5.- A instancia de la parte ofendida.
- 6.- A instancia del agraviado.
- 7.- Por queja del ofendido.

El artículo 114 del C.F.P.P. con una acertada técnica legislativa establece que:

"Es necesario la querrela del ofendido, solamente en los casos en que así lo determinen el Código Penal u otra ley".

Este artículo supera el notorio casuismo y operancia reducida del artículo 263 del C.P.P.D.F.

DISPOSICIONES COMUNES PARA LA DENUNCIA Y QUERRELLA

En todo caso, las denuncias y querellas:

- a) Se contraerán a describir los hechos supuestamente delictuosos sin calificarlos jurídicamente y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición (artículo 8 constitucional).
- b) Deben ser presentados ante el Ministerio Público.
- c) Pueden formularse verbalmente o por escrito, en el primer caso se hará constar en el acto mediante declaración en el segundo caso el Ministerio Público que reciba el escrito iniciará la averiguación previa, pudiendo citar al denunciante o querellante para que acredite su personalidad, ratifique y/o amplíe su contenido de denuncia y exhiba documentación relacionada con los hechos.
- d) Las formuladas en representación de personas morales requieren que quien las presente posea un poder general para pleitos y cobranzas,

exigiéndosele cláusula especial para formular querellas. Es recomendable que el apoderado esté expresamente facultado para otorgar perdón y no simplemente para desistirse, toda vez que el desistimiento no está contemplado por la ley de la materia (Código Penal) como una causa extintiva de la acción penal y de la pena (Título quinto del Código Penal).

e) Debe contener el nombre, domicilio y firma o dactilograma (huella digital) de quien la presenta o formula.

En materia federal por disposición expresa del artículo 120 del Código Federal de Procedimientos Penales no se admite la intervención del apoderado, tratándose de denuncias formuladas en representación de personas físicas.

B.3 La excitativa y la autorización.

La excitativa como requisito de procedibilidad es la petición o solicitud formal que realiza el representante de un país extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha proferido una ofensa al gobierno que representa o de sus agentes diplomáticos.

El único caso en el Código Penal en que se prevé la excitativa lo encontramos en el artículo 360 fracción II de dicho ordenamiento que expresa:

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

Cuando la ofensa sea contra la nación mexicana o contra una nación o gobierno extranjero, o contra sus agentes diplomáticos en este país. En el primer caso, corresponderá hacer la acusación al Ministerio Público, pero será necesario excitativa en los demás casos .

La excitativa es en esencia una querrela respecto de la cual la ley señala expresamente quién debe representar a los ofendidos para los efectos de su formulación, ésta debe presentarse por la vía diplomática a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores ante la Procuraduría General de la República siendo necesariamente de la competencia del fuero federal su conocimiento.

Su fundamento es el artículo 51 fracción I incisos a) y d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal que expresa:

"Los jueces de Distrito en materia penal conocerán:

I. De los delitos del orden federal.

Son delitos del orden federal:

- a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados.
- b) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras".

LA AUTORIZACION

La autorización como requisito de procedibilidad es el permiso o ausencia que la autoridad expresamente señalada en la ley otorga al órgano persecutorio o al jurisdiccional así como a sus auxiliares, para proceder penalmente en contra de un funcionario que la misma ley señala.

Los casos en los que se requiere la autorización como requisitos de procedibilidad son:

Fuero común del D.F.

Arts. 134.2 y 672 del C.P.P.D.F. y artículo 31 de la L.O.P.G.J. D.F.

Fuero Federal

Artículo 204 del C.F.P.P.; artículo 7 fracción I párrafo segundo y artículo 31 de la L.O.P.G.R.

Para finalizar con los requisitos de procedibilidad señalaremos:

¿Qué es la flagrancia?

La palabra flagrancia proviene del latín flagrancia, flagrans, cuyo significado es que actualmente se está ejecutando.

En el campo del derecho significa en el momento de estarse cometiendo un delito, sino que el autor haya tenido tiempo u ocasión de huir.

Nuestra Constitución permite que un gobernado sea privado de la libertad al momento de sorprenderse en flagrante delito. Así, la flagrancia da lugar a la aprehensión del delincuente y de sus cómplices con la salvedad de que sin demora se les pondrá a disposición de la autoridad inmediata y de esta manera se da inicio al procedimiento.

B.4 El escrito de denuncia de hechos.

Es el documento formal en el que de manera gráfica y descriptiva se hace del conocimiento de la autoridad competente (M.P.) hechos probablemente constitutivos de delitos (perseguidos de oficio o por querrela) con la finalidad de iniciar la averiguación previa respectiva.

Constituye ante todo, al igual que la denuncia de hechos verbal, un acto de iniciativa procedimental.

La obligación impuesta por la ley procesal al ofendido, a partir de las reformas de 1984, de contraer la denuncia o querrela a una descripción de hechos supuestamente delictivos sin calificarlos jurídicamente so pena de prevención, para que la modifique inclina en la práctica a no hablar de "escrito de denuncia" o "escrito de querrela" propiamente dicho, sino genéricamente hablando, de "escrito de denuncia de hechos", toda vez que corresponderá, exclusivamente al Agente del M.P. investigador o Jefe de Mesa, realizar la clasificación jurídica de los hechos o clasificación provisional de la descripción típica legal aplicable a los hechos materia de denuncia (artículos 276 C.P., P.P.D.F. y 118 C.F.P.P.).

El escrito de denuncia de hechos, ya sea en su modalidad de formal denuncia o querrela debe contener los siguientes elementos:

- a) Autoridad ante quien se presenta el escrito
- b) Proemio
- c) Capítulo de antecedentes
- d) Capítulo de hechos
- e) Capítulo de documentos
- f) Capítulo de derecho
- g) Puntos petitorios
- h) Protesta de ley
- i) Lugar, fecha y firma del denunciante o querellante.

A) Autoridad ante quien se presente el escrito.

La designación de la autoridad competente para conocer de los hechos supuestamente delictuosos es el primer elemento que debe contener todo escrito de denuncia de hechos.

Por regla general debe dirigirse al C. Procurador como titular de la dependencia del Poder Ejecutivo (Federal o Local) en la que se integra la institución del M.P., debiéndose tener presente que aquél funcionario está legalmente facultado para intervenir por sí o por conducto de Agentes del M.P. en el ejercicio de sus atribuciones.

Autoridades para recibir el escrito de denuncia de hechos.

-Procurador General de la República, en delitos del fuero federal (artículos 21 y 102 constitucionales).

-Procurador General de Justicia del Distrito Federal en delitos del fuero común en el D.F. (artículos 21 y 73 fracción VI base 6a. constitucional).

-Procurador General de Justicia Estatal, en delitos del fuero común local en las Entidades Federativas (artículo 21 constitucional).

-Procurador General de Justicia Militar, en delitos del fuero militar (artículo 13 constitucional).

B) Proemio.

Es el segundo elemento que contiene todo escrito de denuncia de hechos y se forma de los siguientes datos:

1.- Nombre, personalidad (legitimación en su caso) así como el domicilio (real, legal o convencional).

2.- Mención de que se realiza denuncia de hechos posiblemente constitutivos de delito.

3.- Señalamiento del presunto responsable así como todos los datos para su identificación y localización.

4.- Señalamiento del monto del daño patrimonial en su caso (esto se da en los delitos patrimoniales).

C) Capítulo de Antecedentes.

Son los datos que preceden a los hechos, aquí se debe mencionar todos los datos y circunstancias que en su conjunto constituyan el presupuesto necesario de la realización de los hechos materia de denuncia y sin los cuales estos últimos no hubieran tenido existencia en el mundo fáctico y del derecho.

Debe hacerse referencia a la calidad de las personas ofendidas y del sujeto activo del delito, los vínculos derivados de relaciones personales, familiares, laborales o de confianza, así como la existencia, objeto y ubicación de sociedades civiles o mercantiles.

d) Capítulo de Hechos.

La esencia de este capítulo radica en la exposición de la verdad histórica de los hechos, se refieren a la descripción de la conducta o hecho delictuoso sin calificarlo jurídicamente, esta narración debe hacerse en forma cronológica, concatenada y relacionada a los elementos probatorios que se aporten a fin de lograr en su caso y en su momento la declaración de certeza en relación a los mismos.

e) Capítulo de Documentos.

Este capítulo está constituido por los instrumentos públicos y privados relacionados de manera directa o indirecta a los hechos materia de denuncia.

Es recomendable que la documentación que se anexe para tal fin esté integrada por copias simples fotostáticas, en el número requerido por cada caso en particular, las cuales pueden, en su momento y previo cotejo con los originales certificarse por el funcionario que conozca de la averiguación.

f) Capítulo de Derecho.

Está constituido este capítulo por la fundamentación legal del escrito de denuncia de hechos, se debe tener en consideración el orden jerárquico de las normas imperantes en el sistema jurídico nacional, el cual es el siguiente:

- Constitución Federal
- Leyes Federales y Tratados Internacionales
- Leyes Orgánicas y Reglamentarias
- Acuerdos, Circulares, etc.

En la práctica no es una obligación legalmente exigible al denunciante o querellante que genere improcedencia, desechamiento o prevención alguna, habida cuenta que la carga de fundar y motivar recae por mandato constitucional (artículo 16 constitucional) en los órganos del Estado encargados de la procuración y administración de justicia.

g) Puntos Petitorios.

Una vez expuestos los hechos así como las consideraciones de derecho, procede fijar en puntos concretos las peticiones del promovente al C. Procurador o funcionario que legalmente lo represente.

En la práctica estos puntos petitorios se reducen a lo siguiente:

- 1.- Solicitud de que se tenga por presentado al promovente con la personalidad que ostenta en su caso, realizando denuncia de hechos probablemente constitutivos de delito, en su agravio o agravio de terceros.
- 2.- Solicitud de que se señale fecha y hora para la ratificación del escrito así como para la exhibición y presentación de documentos originales y testigos relacionados con los hechos materia de denuncia.

- 3.- Solicitud de que se ordene el inicio de la averiguación previa respectiva, practicándose las diligencias necesarias para su debida integración, perfeccionamiento y resolución final.
- 4.- Solicitud de que se determine en su oportunidad, el ejercicio de la acción penal correspondiente en contra del probable responsable y de quien o quienes resulten responsables.

Es aconsejable mencionar que el promovente en caso de así requerirlo la ley, formule o presente formal querrela en contra de persona determinada.

h) Protesta de ley.

Es la forma que se dice para conducirse con verdad.

El escrito de denuncia de hechos es realizado en términos del artículo 8 constitucional, es decir, por escrito, de manera pacífica y respetuosa.

i) Lugar, Fecha y Firma del Denunciante o Querellante.

CAPITULO III

ASPECTOS JURIDICO PROCESALES DE LA DEFENSA EN AVERIGUACION PREVIA

A. LA DEFENSA COMO GARANTIA INDIVIDUAL

La Defensa como Garantía Individual y a la vez constitucional de nuestro Derecho Procesal Penal Mexicano, se encuentra reglamentado 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 por el 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 título 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 contiene la garantía de defensa en favor de la persona acusada 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 en 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 defensa y el tratamiento humano de las personas sometidas a juicios penales.

Con este concepto legal antes expresado, consideramos prudente recalcar lo que a nuestro tema corresponde, que el antes citado Artículo 20 de nuestra Ley Fundamental, es el que nos sirve de fundamento en la Ley Procesal en lo referente a la defensa del sujeto acusado.

Este Artículo 20 tiende a garantizar el derecho de defensa según nos lo indica en su fracción IX, protegiendo así al acusado contra la arbitrariedad y crueldad de los Jueces, asegurando que toda persona al ser juzgada, haga uso de sus derechos defendiéndose legalmente. En esta forma la Constitución siempre ha velado por poner al alcance del individuo mismo, todos los medios para su defensa contra los abusos de la autoridad, que puede degenerar en despotismo, ya sea por parte del Ejecutivo, ya del Legislativo o del Judicial.

En algunas épocas de la historia de nuestra República y cuando recorremos el pasado, recordamos los periodos tristísimos de la desorganización nacional en que legislaturas y jueces perdieron toda idea de lo que era Ley y Justicia. Es cuando más debemos apreciar y bendecir la obra misericordiosa de los constituyentes que pusieron límites precisos a los poderes arbitrarios del gobierno y en consecuencia, a los servidores directos de éste, cortando de un solo tajo la injus-

ticia de los jueces y la ignominia que laceraba la conciencia de los individuos que anhelaban garantías o protección, tanto en sus derechos como en su persona.

En nuestra República germinó, con gran beneplácito de los nacionales, la semilla sembrada con sangre, naciendo de ella los ideales y pensamientos sanos tendientes a alcanzar una entera libertad del individuo. Así es como tenemos que en nuestra Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete se instituyó expresamente una de todas estas garantías, que comprendía el derecho que tenía el acusado de defenderse diciéndonos al respecto en su Artículo 20 Fracción V, (que se le oiga en defensa, por sí o por persona de su confianza o por ambos según su voluntad).

En este caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de defensores de oficio para que elija el o los que le convengan.

Encontramos en nuestra Constitución de mil novecientos diecisiete, misma que sustituyó a la de mil ochocientos cincuenta y siete, el enfocamiento con más vigor del problema del derecho de defensa, dándole al mismo el carácter de garantía constitucional. Antes de esta reglamentación, la figura del defensor no tenía la importancia que ahora se le concede, tal vez a ellos se debe que el Artículo 7o. del Código de Procedimientos Penales de mil ochocientos noventa y cuatro, 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, mismo que dice: "En

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

Fracción IX.- "Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que a 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 la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera..."(26)

La tendencia a esta disposición legal, es la de que en toda averiguación criminal se le da al acusado el derecho de defensa, facultándolo para hacerlo por sí o por persona de su confianza. Este derecho se elevó a la categoría de garantía constitucional, por considerar la sociedad, como parte de sus obligaciones, cuidar de los intereses del acusado, poniendo a su alcance los medios mínimos para que la justicia logre sus fines más preciados, como se dice: esta garantía se creó para titular invariablemente cualquier infracción penal cometida, concediendo correlativamente el derecho que tiene el acusado para defenderse, esto mismo llevó a decir a Ortolán: "Sin este derecho de defensa ejercido amplia y libremente, la justicia penal no es justicia, es opresión".

(26) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Editorial Porrúa, S.A., México, 1996.

Interpretando estas palabras las comprendemos dentro del proceso penal, como el medio eficaz de encontrar la verdad histórica, obteniendo el mayor conocimiento posible de la realidad de los hechos delictuosos, sin llegar en estas circunstancias a presionar por medios indebidos al acusado para que se declare culpable.

Para poder aplicar la sanción del Código Penal en su caso concreto se necesita que en el proceso penal quede evidenciado el hecho antijurídico y comprobada la responsabilidad del acusado, consiguiéndose tal objeto con la intervención de todas las partes en el proceso.

Presentándonos en esta forma los intereses opuestos: Primero el Estado representado por el Ministerio Público y segundo el delito que comprenda al acusado y su defensor, cuyas aspiraciones del Ministerio Público son: La comprobación del delito y la aplicación de la Ley, por lo que respecta al acusado y su defensor, concierne el interés de demostrar la impunidad e inocencia del mismo.

Ultimando el interés de este capítulo, expresaremos que es la Fracción IX del Artículo citado, en donde se impone la necesidad de que surja con mayor relevancia en el proceso penal, la presencia del defensor, a quien está encomendada la protección del acusado, por medio de la concreta interpretación y aplicación del conjunto de Leyes preestablecidas para tal fin.

B. EL DEFENSOR PARTICULAR

Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener persona que lo defienda tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, o 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 nombrará un defensor de oficio.

Es necesario mencionar los antecedentes del proceso criminal y se encuentran enmarcados dentro de un triángulo en el cual en uno de los vértices se encuentra el órgano jurisdiccional, que se encarga de la regulación del procedimiento; en otro el Ministerio Público que lleva la acusación, rodeada de su capacidad técnica, de su experiencia, apoyadas sobre un cuerpo numeroso de peritos, de laboratorios, de archivos y de policías; y finalmente el imputado cuya personalidad se ve fuertemente afectada psíquica y moralmente, por la detención, por el encarcelamiento, por el ejercicio de la acción penal y por sus problemas económicos, y al que habrá de prestar 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 el régimen político imperante determina finalmente la posibilidad de defensa o la negativa de ese derecho, en que van de por medio la libertad personal.

En la antigua Grecia o Roma, la defensa constituía un derecho indiscutible del imputado.

Entre las clases de defensas, Miguel Fenech nos habla de la defensa genérica y de la defensa específica o procesal.

Argumenta que: La defensa genérica es aquella que lleva a cabo la propia parte por si 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 halla 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.

Refiriéndose a la defensa específica o procesal, que también suele llamársele profesional, expone que debe entenderse como tal: La que lleva a cabo ya no la parte misma, sino por personas que tienen como profesión el ejercicio de esta función técnico-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 en orden a la consecución de los fines que cada parte persigue y, en definitiva, facilitar los fines del mismo. (27)

(27) Miguel Fenech, ob. cit. p. 359, t.1.

El autor a que nos hemos referido, nos habla de dos tipos de defensa, siendo estos, la defensa en sentido lato y la defensa en sentido estricto.

A la defensa en sentido lato la define como sigue: "Es 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 de resarcimiento en su caso, o para impedirla".

Como defensa en sentido estricto debemos entender, 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.

Dentro de la defensa en sentido estricto, Miguel Fenech 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 negaciones provistas o acomodadas o no de pruebas, de las afirmaciones o alegaciones efectuadas por las partes acusadoras. En tanto que por 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 y pruebas de las partes acusadoras. (28)

(28) Miguel Fenech, ob. cit. p. 359, T. I.

C. EL DEFENSOR DE OFICIO

Si la defensa, dentro del proceso es obligatoria, el procesado siempre será "oído por si 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 defienda, mas si el procesado no procede a ello, quede obligado el Juez le nombrará 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 del 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 aún 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 del nueve de febrero de mil novecientos veintidós y por el Reglamento de la Defensoría de Oficio de 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" (Artículo 514). (29)

(29) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ed. Porrúa, S.A. México, 1993.

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 son necesarios sus servicios.

En los Estados de la República, el Ejecutivo designa al jefe de la defensoría de oficio y a los integrantes de ésta. Regularmente existe un defensor adscrito a cada uno de los Juzgados de Primera Instancia y otro adscrito al Tribunal Superior de Justicia.

EN EL FUERO COMUN

La defensoría de oficio en el Fuero Común en el Distrito Federal, fue creada el veintinueve de junio de mil novecientos cuarenta.

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 Corte de Justicia de la Nación y los demás, a los Juzgados del Distrito y a los Tribunales de Circuito.

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 inhabiliten.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no reglamenta esa situación para los defensores particulares; sólo se refiere a los oficios e indica: Los defensores de oficio serán nombrados desde la Suprema por el Ministerio Público, en caso de que el indiciado no nombre abogado o persona de su confianza para que se encargue de su defensa. La Defensoría de Oficio se encuentra regulada por un Reglamento denominado Defensoría del Fuero Común de 7 de mayo de 1940.

CAPITULO IV

ESPECIE DE DEFENSA EN AVERIGUACION PREVIA

A. LA DEFENSA EN EL FUERO COMUN

En aras de la claridad, he juzgado pertinente referirme en una forma más detenida en lo relativo al nombramiento de defensor de oficio en la Averiguación Previa en el Fuero Común esto obedece a que fundamentalmente la persona en quien se deposita tal responsabilidad, no se encuentra capacitada para desarrollar tal ejercicio; en segunda instancia no asume la delicada misión que reviste este nombramiento, tan sólo se concreta a la aceptación y protesta si en verdad desempeña tal cargo no tanto por los múltiples impedimentos que el propio representante social le ofrece, sino también por su raquítica preparación para ejercerla, todo esto constituye la ineficacia jurídica del defensor de oficio en el Fuero Común.

Si bien es cierto que carece de significación en el mundo del derecho procesalmente hablando, el hecho de nombrar a alguna persona para que defienda a un inculpado, también es verdad que dejar al margen el problema lesiona más a nuestro sistema penal.

Si quisiéramos y tuviéramos la voluntad inquebrantable de abatir estas anomalías tendríamos que echar mano de estudios comparativos de otros sistemas

jurídicos vigentes en diversos países, esto además de aumentar el acervo cultural y bases del nuestro propio, posibilitaría la creación formal de un Instituto que fuera respetado en todas sus estructuras por las autoridades investigadoras. Hoy en día confrontamos una problemática que debe resolverse multidisciplinariamente, es decir, la aportación de conocimientos de varias ciencias, como la Sociología, Psicología, etc., traerán como consecuencia la superación de esta situación.

Con la ayuda de la Sociología encontraríamos explicación al comportamiento requicente del personal del Ministerio Público y sus Organos Auxiliares, pues hemos constatado que el Ministerio Público Instructor, y las Policías Judiciales y Preventivas, se muestran hostiles en su intervención cuando detienen a personas involucradas en asuntos del orden penal, siendo del conocimiento de todos que han llegado a extremos de violar suspensiones provisionales de actos reclamados, otorgados por Jueces de Distrito, quedando en la mayoría de los casos estos actos arbitrarios impunes.

La Psicología a la que se hizo alusión líneas antes, no deberán quedar reducidas a pruebas psicométricas, de admisión y selección de personal sino a tratamientos que adapten al aspirante a Ministerio Público o Policía a la comprensión y mística del servicio que van a asumir.

Desgraciadamente, este personal auxiliar es deficiente en su preparación altamente corruptible y por lo demás no han captado la verdadera función encomendada, de tal suerte que los resultados son funestos con las consecuencias tan negativas que arrojan las estadísticas criminales en la comisión de hechos delictuosos.

En suma, el defensor, una vez que ha sido nombrado, que el ha aceptado y se le ha discernido el cargo, éste se concreta a estar de cuerpo presente en la práctica e integración de la Averiguación Previa minimizando su actuación, quedando menospreciada su actividad en el ejercicio de tal cometido, por lo que la ineficacia, debemos aceptarlo, es palpable y triste en la actualidad.

- 1) Análisis del Artículo 134 bis Párrafo Cuarto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y su Exposición de Motivos.- Este párrafo textualmente apunta:

"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 le nombrará uno de oficio".(30)

Como puede observarse este párrafo no es otra cosa sino una parafrasis (repetición) de la primera parte de la Fracción IX del Artículo 20 Constitucional, la cual contiene como su raíz, el término desafortunado de aprehensión, pero de nueva cuenta deberá comprenderse que este término se está utilizando conceptualmente en su sentido más amplio, es decir, palabra sinónima de detención, lo que nos ubica procesalmente en la fase de Averiguación Previa como ya se ha expresado a lo largo de este estudio, en este Artículo Procesal el legislador quiso elevar a rango procedimental la actividad del defensor a nivel de la indagatoria.

(30) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ed. Porrúa, S.A. México, 1993. pág. 36.

La exposición de motivos de creación de esta norma sin duda se construye a la intención del legislador para que el individuo que se encuentra detenido pueda gozar de los derechos que la propia Constitución le concede; incluso en la redacción de este párrafo se nota la deliberada voluntad del legislador de borrar toda interpretación errónea del término aprehensión, en suma, su creación obedeció como espíritu de la Ley al Derecho de Protección y Asesoría Jurídica del Indiciado, desde el momento en que sea privado de su libertad.

1).- La no Existencia de Rejas en los Lugares de detención, dependientes del Ministerio Público.- En el propio Artículo 134 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en primer párrafo se establece la no existencia de rejas en los lugares de detención dependientes del Ministerio Público; este propósito romántico maquillado de un modernismo sin precedentes y atento a una filosofía Alanista (Lic. Agustín Alanís Fuentes, período 1982, régimen López Portillo), perseguía en mi concepto otros fines de naturaleza y brillo políticos, los cuales finalmente no fueron alcanzados por su creador.

Hoy en día se enfrenta una realidad criminógena sin comparación, los altos índices estadísticos de la vida criminal en nuestro país, la multitud y casi nula seguridad que nos gobierna, ha dejado como letra muerta este propósito auténtico de humanización de la justicia; ha caído por su propio peso, en virtud de que la explosión demográfica existente en nuestra ciudad, la idiosincrasia del mexicano, la cultura y costumbres hacen imposible que esta norma ideal se actualice en nuestra realidad forense.

Si bien es cierto que existió como resultados tan funestos (evasión de detenidos) que han obligado a las autoridades correspondientes a dejar al margen esta idea, pudiéndose constatar que en todas las agencias investigadoras del Ministerio Público (Delegaciones de Policía) sin excepción alguna, en todas existen rejas para custodia y vigilancia de los detenidos, pudiéndose observar, en personas involucradas en hechos de tránsito que procede su detención y que se mantengan detenidos en las propias oficinas del Ministerio Público toda vez que en breve recobrarán su libertad mediante la caución correspondiente.

2) La Instalación de un Aparato Telefónico en los Lugares de Detención, dependientes del Ministerio Público.- En el mismo Artículo que se comenta aparece contemplado en su párrafo tercero que deberá instalarse un aparato telefónico para que los detenidos puedan comunicarse, esto aún existe y se respeta con las restricciones humanamente comprensibles del servidor público (Ministerio Público en turno), que se encuentre de guardia, ya que si está de buen humor permitirá el acceso a la comunicación telefónica y si no, el acusado deberá echar mano de todo su poder de persuasión y en el peor de los casos, ganándose la animadversión del funcionario, exigirá el derecho que la propia Ley le concede.

3) El derecho de Defensa del presunto responsable en la Averiguación Previa.- Se ha analizado en forma exhaustiva la facultad que tiene el detenido de ser asistido por un defensor tanto en términos constitucionales como de normas procedimentales, sin embargo en este inciso apunto que el indiciado tiene ese derecho y debe hacerlo valer, ya que en todo caso lo único que obtendrá el Ministerio Público investigador o la Policía Judicial en funciones, será una declaración viciada afectada de nulidad que se deberá hacer valer ante la presencia judicial

precisamente por la violación de la norma aplicable en esta fase lo que posibilitará una defensa más adecuada y exitosa de la persona.

4) La Obligación del Ministerio Público de designar Defensor en la Averiguación Previa.- Es del conocimiento general, que la única limitante legal para que una persona defienda a otra en materia penal, es lo que dispone el Artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales, que establece que no podrán ser defensores los que se hallan presos o los que estén sujetos a proceso, (31) así como tampoco los que hayan sido condenados por alguno de los delitos señalados en el capítulo segundo título décimo segundo del libro segundo del Código Penal en sus Artículos 231, 232 y 233. Los cuales establecen casuísticamente los diferentes supuestos que en el comportamiento profesional pueden incurrir los abogados en el ejercicio de la profesión, haciendo una breve síntesis de los numerales mencionados se concluye lo siguiente:

En el Artículo 231 se hace referencia del indebido ejercicio de la profesión, alegando hechos falsos e invocando Leyes inexistentes y ya derogadas, así como retardar dolosamente la resolución del juicio en el que intervenga.

(31) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ed. Porrúa, S.A. México, 1993. pág. 36.

En el Artículo 232 del ordenamiento legal mencionado, en su Fracción I prevé el prevaricato o defensa de intereses contrapuestos, en su Fracción II el abandono injustificado de una defensa aceptada y en la III que es la más socorrida, práctica común de los vulgarmente conocidos coyotes, que es aquella en la que se concreta a la promoción de la libertad caucional, sin cuidar la secuela posterior al procedimiento penal, como es la presentación de pruebas y preparación de conclusiones; en el último Artículo citado se está contemplado la conducta de los defensores de oficio que incurren en abandono de la defensa del reo.

Si consideramos la actividad raquítica que observa el defensor ante el Agente del Ministerio Público del Fuero Común en la integración de la Averiguación Previa, ya en el presente trabajo se ha analizado el verdadero sentido del Artículo 134 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en este dispositivo se advierte que la labor del defensor debe comenzar desde el inicio de la Averiguación Previa, es decir que todas las prerrogativas de defensa a las que tiene derecho toda persona, el defensor tiene capacidad plena para hacerlas valer en su intervención, aspecto que para mayor claridad se transcribe el párrafo último del Artículo mencionado, que expresa:

"Los detenidos desde el momento de su aprehensión podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa; a falta de uno u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio".(32)

(32) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ed. Porrúa, S.A. México, 1996. pág. 36.

Del contenido del Artículo anterior, se advierte que fue voluntad del legislador contemplar que la actividad del defensor se debe comenzar con el inicio de la Averiguación Previa.

II) Análisis de los Artículos 69 y 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Los Artículos 69 y 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal coinciden en señalar que el detenido tiene el derecho inalienable de nombrar defensor para su persona, rigiéndose igualmente al mismo sentido y esencia del Artículo 20 Constitucional en su Fracción IX; en resumen, estos dos Artículos enriquecen y fortalecen la cláusula constitucional invocada, precisando de manera más amplia el derecho y actividad de la defensa, incluyéndose los conceptos de autodefensa y persona de confianza.

Para mejor comprensión del tema se transcriben los Artículos comentados como sigue:

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 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, no se oirá más que a uno en la defensa y al mismo o a otro en la réplica.(33)

(33) Op. Cit. 23.

Sin duda alguna resulta muy trascendente la labor de los Procuradores Generales de Justicia del Distrito Federal, a partir de la década de los setenta, los cuales con su esfuerzo en pro de la impartición de una real y palpable justicia, con lo cual se dio en hablar de una nueva filosofía del Ministerio Público en México, de la cual gozamos en la época presente.(34)

III.- Análisis del Acuerdo A/56/81 de fecha ocho de octubre de mil novecientos ochenta y uno de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.- Bajo el Gobierno del 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 las 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.

(34) Op. Cit. 23.

Dentro de estas disposiciones, por su contenido, importancia, trascendencia dentro del ámbito del período procedimental denominado Averiguación Previa, destaca el Acuerdo A/56/81 expedido el día ocho de octubre de mil novecientos ochenta y uno precisamente por el entonces Procurador Licenciado Agustín Alanís Fuentes, y ratificada su vigencia mediante la circular C/006/83, de fecha veintidós de abril de mil novecientos ochenta y tres, 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:

I.- 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 con sus argumentos y, 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 la sociedad, por medio del Ministerio Público tiene completa libertad para acumular todos los datos que haya contra el inculpado, es gran injusticia que a éste se le pongan trabas para su defensa.

3.- La práctica constante, indica que quien es acusado y se encuentra libertad puede ofrecer todas las pruebas y argumentos de que disponen en un término más o menos largo y no resulta lógico que quien está detenido no tenga ese derecho, cuando además la sola privación de la libertad lo coloca en una situa-

ción 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:

ARTICULO PRIMERO.- "EL INCULPADO PODRA NOMBRAR DEFENSOR DESDE EL MOMENTO EN QUE ES DETENIDO Y PUESTO A DISPOSICION DEL MINISTERIO PUBLICO, EN LOS CASOS DE FLAGRANTE DELITO, O SIN ESTAR DETENIDO, DESDE EL INICIO DE LA AVERIGUACION PREVIA Y TENDRA DERECHO A QUE SE HALLE EN TODOS LOS ACTOS DEL PROCEDIMIENTO".(35)

(35) Compendio de Acuerdos y Circulares de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, pág. 111.

Este primer Artículo contiene, en primer término, un reconocimiento expreso del derecho de defensa, consagrado como garantía individual que posee todo inculpado dentro del proceso penal mexicano plasmado en la Fracción IX del Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el sentido de 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", facultad que según criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación concierne única y exclusivamente al inculpado, por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fue detenido esa omisión es imputable a aquél y no al Juez Instructor, no siendo reparable dicha anomalía ni aún mediante el juicio de amparo, resultando por lo mismo un derecho potestativo de todo indiciado sujeto a investigación dentro de la Averiguación Previa.

Por otra parte, este primer artículo prevé 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 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 querella formulada en su contra, no puede ser privado de su libertad personal; por lo que respecta a la primera hipótesis, debe apuntarse en relación a los casos de flagrante delito a que se refiere el Artículo a estudio, que debe entenderse que el inculpado es aprehendido el flagrante delito no sólo cuando 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 cuasi flagrancia, señalando el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su numeral 267 literalmente lo siguiente:

"Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo o bien cuando el inculpado es perseguido después de ejecutado el delito".(36) Para Rivera Silva, existe flagrancia cuando el infractor es sorprendido en el momento en que esté resplandeciendo el delito; por su parte Colín Sánchez, opina que debido a la evolución natural que ha sufrido el derecho penal, el legislador establece que, no solamente debe entenderse por flagrancia el arrestar al delincuente en el momento mismo de estar cometiendo el delito, sino también, cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito.(37)

(36) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Edit. Porrúa, S. A., México, 1993. pág. 60.

(37) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Colín Sánchez Guillermo. Edit. Porrúa, S. A., Octava Ed. México, 1984.

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 acumulativa (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 inculpado no debe ser detenido, debe anotarse que cuando el delito que le es atribuido al inculpado 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 señalarlo de manera categórica el Artículo 16 Constitucional, independientemente de que el diverso Artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en vigor Párrafo Tercero establece expresamente que el Ministerio Público dispondrá la libertad del inculpado, sin necesidad de caución y sin perjuicio de solicitar el arraigo correspondiente, cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad; (38) esta segunda hipótesis se presenta con mayor frecuencia cual práctica en las mesas de trámite de Averiguaciones Previas, ya se trate del sector central o desconcentradas.

(38) Compendio de Acuerdos y Circulares de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, pág. 112.

El derecho concedido en el primer Artículo de este Acuerdo se encuentra sujeto al requisito de la previa protesta otorgada por el defensor designado ante el Ministerio Público a fin de que aquél pueda entrar al desempeño de su cometido, imponiéndose al inculpado la obligación de hacerlo comparecer cuantas veces sea requerido.

ARTICULO SEGUNDO.- "LOS INCULPADOS PODRAN VALERSE DE LOS SERVICIOS DE ORIENTACIÓN LEGAL CON QUE CUENTA LA INSTITUCION PARA EL DISFRUTE DE TODOS LOS BENEFICIOS QUE SE HAN CREADO A FAVOR DE LA CIUDADANIA, EN EL MARCO DE LA NUEVA PROCURACION DE JUSTICIA CON PROFUNDO SENTIDO HUMANITARIO".(39)

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 inculpado 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, debiéndose recordar que por las fechas en que se encontraba vigente el presente Acuerdo se encontraban también en vigor un buen cúmulo de beneficios otorgados a las personas relacionadas a la integración de Averiguación Previa a través de dispositivos internos de carácter administrativo, legalmente denominados Acuerdos y Circulares, expedidos por el Procurador de Justicia en el desempeño de sus atribuciones legales.

(39) idem.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha quince de diciembre de mil novecientos setenta y siete, en su Capítulo Décimo Primero, preveía la existencia de los servicios de orientación legal brindados por la Dirección General de Servicios Sociales estableciendo como una de las atribuciones de dicha Dirección y Departamento el 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.

Artículo 50.- La Dirección General de Servicios Sociales se compondrá de:

- I. Dirección General.
- II. Subdirección General.
- III. Los siguientes Departamentos:
 - a) De Orientación Social.
 - b) De Orientación Familiar.
 - c) De Orientación Legal.

Artículo 51.- Son atribuciones de la Dirección General de Servicios Sociales, dentro de su competencia:

- I.- "Brindar en general a todas las personas orientación, asistencia y canalizarlas, en su caso, a las instituciones o lugares adecuados con propósito tutelar preventivo y educativo, e instruir las acerca de los derechos y obligaciones que tienen frente a la Procuraduría".

Del contenido de estos dos Artículos, así como del Acuerdo A/56/81, a estudio, surge la figura del "Orientador 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 se ha señalado; dichos orientadores debían cubrir durante 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 encontraba generalmente encomendada a personas de buena voluntad pero carentes de la experiencia y práctica necesaria, como pasantes de la carrera de derecho y meritorios.

ARTICULO TERCERO.- "EL DEFENSOR PODRÁ, PREVIA PROTESTA QUE OTORGUE ANTE EL MINISTERIO PUBLICO, ENTRAR AL DESEMPEÑO DE SU COMETIDO; EL INculpADO TENDRÁ OBLIGACION

DE HACERLO COMPARECER CUANTAS VECES SE NECESITE".(40)

ARTICULO CUARTO.- "AL INCULPADO SE LE TOMARAN SUS GENERALES Y SE LE IDENTIFICARA DEBIDAMENTE, ATENDIENDO EL ACUERDO A/35/78, DE CUATRO DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO.(41)

El contenido de estos dos últimos Artículos del Acuerdo A/56/81 que nos ocupa, no requiere de mayores comentarios ya que dichas disposiciones encuentran su fundamento en el numeral 270 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en vigor, el cual de manera expresa señala que antes de trasladar al presunto reo a la cárcel preventiva se le tomarán sus generales y se le identificará debidamente, haciéndole además saber el derecho que le asiste para nombrar defensor, el cual podrá, previa la protesta otorgada ante los funcionarios del Ministerio Público o de la Policía que intervenga, entrar al desempeño de su cometido, resultando oportuno señalar que se menciona la designación e intervención del defensor ante la presencia de la Policía, como órgano auxiliar del Ministerio Público y no únicamente ante este último funcionario.

(40) Op. Cit. pág. 112.

(41) Op. Cit. pág. 112.

El acuerdo anterior que nos ocupa, en el mes de diciembre de mil novecien-

tos ochenta y uno, 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 de 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, creado o adicionado mediante el Decreto de fecha veintiséis de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, publicado en el Diario Oficial de la Federación de veintinueve del mismo mes y año y que a la letra señala:

"Los indiciados, desde la averiguación previa, 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".(42)

III.- El Defensor de Oficio en la Averiguación Previa, en el Fuero Común.- Este mandato constitucional amerita comentarios desde tres puntos de vista:

(42) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial Porrúa. S.A., México, 1993, pág. 36.

Oportunidad para hacer el nombramiento de defensor. De conformidad con el precepto que se estudia, el nombramiento de defensor puede ser hecho desde el momento mismo de la aprehensión.

Sin embargo, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en materia del orden común no parece entender el propósito tal como aparece en el texto constitucional. Después de que el Artículo 266 de este Código dispone que el Ministerio Público y la Policía Judicial están obligados a proceder a la detención de los responsables de un delito, sin necesidad de esperar a recibir la orden de aprehensión, en los casos de flagrante delito y en los de urgencia notoria, el Artículo 269 dispone que al detenido se le reciba su declaración y hasta después de haber sido identificado, pero antes de ser trasladado a la cárcel preventiva se le hará saber el derecho que le asiste para nombrar defensor, quien, ante los funcionarios de ese Ministerio podrá aceptar el cargo, y entrar de inmediato al desempeño del mismo.

Naturalmente, en ese momento el nombramiento de defensor es ya inútil y todos prefieren esperar a estar ante la presencia de un Juez para hacer la designación.

Evidentemente, este Artículo 269 y su relacionado el 270, no se ajustan ni al espíritu ni al espíritu ni a la letra del mandamiento constitucional, que es el de que la designación de defensor se haga desde el momento mismo de la detención o de la aprehensión o sea, antes de tomársele declaración alguna por una autoridad o por un Juez.

Si los responsables de los delitos conocieran la disposición la disposición

constitucional que se comenta con toda razón y justificación, podría negarse a otorgar ante el Ministerio Público su declaración sin la asistencia o la presencia del defensor que tienen derecho a designar.

La Averiguación Previa como parte del proceso penal es indispensable, puesto que los elementos probatorios de los elementos del tipo, por regla general figuran en ella y porque los actos en que se funde el ejercicio de la acción penal, también han de estar comprendidos en sus actuaciones. Consecuentemente, y de acuerdo con la literalidad del mandamiento constitucional, 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.

Sin embargo, el Ministerio Público, en ese momento ante el temor fundado de que el defensor ponga obstáculos en el periodo procesal penal o se entere de detalles de la investigación, que por conveniencia no deben ser revelados, no permite la intervención de defensor alguno, siendo esta actitud de las autoridades antijurídica y en perjuicio de los indiciados que queden indefensos en el periodo de la Averiguación Previa.

En efecto; el derecho a la defensa que como garantía establece el Artículo 20o. de nuestra Ley fundamental, no es un derecho optativo para el indiciado, sino obligatorio, que tiene además la particularidad de que se traduce en la obligación también para el órgano jurisdiccional, de que no se puede practicar diligencia alguna sin la presencia del defensor.

B. LA DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA CONFORME A LAS REFORMAS DE 1993 Y 1994

En el año de 1993, el Ejecutivo Federal tomando en consideración la opinión popular y de los Tribunales encargados de la administración de Justicia, emitió un paquete de reformas que envió el Poder Legislativo, representado por el Congreso de la Unión entre las cuales se encontraban Reformas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como consecuencia a esto el Congreso de la Unión elaboró una exposición de motivos en relación a las antes mencionadas reformas, misma que se transcribe textualmente:

"...CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En el presente Código se propone la reforma de los artículos correspondientes que materializan la reforma constitucional que se encuentra al origen de la actualización legislativa que ahora nos ocupa. La temática y los artículos respectivos son los siguientes:

-Cambio de las expresiones "cuerpo del delito" y "presunta responsabilidad" por "elementos del tipo penal" y "probable responsabilidad", en los artículos 5, 9, 28, 97, 119, 122, 123, 123 bis, 124, 297 fracciones III y VI, 304 bis A y 547 fracciones I y II.

-Regulación de la orden de aprehensión como mandato exclusivo de la autoridad judicial y de la orden de detención emitida por el Ministerio Público para efecto de la averiguación previa en los casos urgentes: artículos 1, fracción III, 4, 36, 132, 133, 134 y 268.

-Garantías del ofendido en el proceso penal: artículos 9, 35, 36, 70, 80, 183, 206, 271, 487, 569 y 572.

-Modificaciones que actualizan la legislación adjetiva en concordancia con anteriores reformas del Código sustantivo: artículos 10, 264 y derogación del Capítulo III del Título Sexto, relativo a la retención.

-Cambio de la expresión "pena corporal" por "Pena privativa de libertad" o "pena de prisión" en el artículo 11 fracciones II y III.

-Cambio de la expresión "actuación judicial" por "actuación", a efecto de incluir tanto las que se llevan a cabo en la averiguación previa como en el proceso judicial, en el artículo 13.

-Utilización de la palabra "proceso" para referirse al "expediente" que se forma tanto en la averiguación previa como en el proceso propiamente dicho.

-Cambio de la expresión "acto judicial" por "acto procedimental" para abarcar la prohibición del pago de costas desde la averiguación previa.

ESTA TEXIS NO DEBE
SAUR DE LA BIBLIOTECA

-Competencia del Agente Investigador en lugar del Ministerio Público adscrito al juzgado donde se actúa, para llevar a cabo la averiguación en el caso de que surjan nuevos hechos diversos a los consignados, toda vez que aquél actúa con carácter de parte interesada, en el artículo 29.

-Sobreseimiento del procedimiento cuando se ha negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o se ha dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, en el artículo 36.

-Convenios de colaboración entre las entidades federativas, en el Capítulo Quinto del Título Primero.

-Notificación de las resoluciones apelables a la víctima u ofendido, o al coadyuvante del Ministerio Público, según el caso, en el artículo 80.

-Supresión de las denominadas reglas general y especiales para la comprobación de los elementos del tipo.

Ordenes de aprehensión, detención y comparecencia en concordancia con las disposiciones del artículo constitucional, en los artículos 132, 133, 134 de este ordenamiento.

-Averiguación previa con detenido solamente cuando se trate del delito flagrante o de caso urgente, cuando se esté en presencia de la delincuencia organizada.

-Confesión admitida solamente por el Ministerio Público y el juzgador en presencia del defensor del indiciado e imposibilidad legal de consignar cuando el único medio probatorio sea la confesión, en los artículos 136, 137, 249 y demás aplicables.

-Se elimina la expresión "inspección judicial" en los artículos 139 a 150.

-Mejor regulación de las pruebas pericial, médica y testimonial, y supresión de los careos supletorios.

-Establecimiento de los casos de "flagrancia propiamente dicha", "cuasiflagrancia" o "presunción de flagrancia", en el artículo 267.

-Obligación del Ministerio Público de comunicar al indiciado las garantías que lo protegen e intervención del defensor.

-Señalamiento expreso de los delitos respecto de los cuales, por su gravedad, no procede la libertad provisional bajo caución, en el artículo 556.

-Se suprime la expresión relativa al delito de "vagancia y malvivencia" derogada en el Código sustantivo, y

-Reducción de los plazos para el desahogo de pruebas y establecimiento de un procedimiento sumario en el que las conclusiones deben ser formuladas en forma oral, a efecto de agilizar los procedimientos penales...".

Posteriormente a todo esto el 10 de enero de 1994, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación entre otras las Reformas correspondientes al Código Federal de Procedimientos Penales y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, las mismas entraron en vigor a partir del 1o. de febrero del mismo año, dentro de las cuales quedaron comprendidas reformas a los artículos 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, 134, 134-bis y 269 del Código de Procedimientos Penales, mismas que quedaron como sigue:

"...Artículo 128.- Cuando el inculpado fuese 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 aquél 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 querellante;

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

- a) No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor;
- 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;
- 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 la averiguación, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el expediente de la averiguación previa;
- e) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomarán 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 aquélla se lleva a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado 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 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 hallaren presentes.

De la información al inculpado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en las actuaciones:

IV.- Cuando el detenido fuere un indígena o extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que 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; y

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

"...Artículo 134.- Siempre que se lleve a cabo una aprehensión en virtud de orden judicial, quien la hubiere ejecutado deberá poner al aprehendido, sin dilación a disposición del juez respectivo, informando a éste acerca de la fecha, hora

y lugar en que se efectuó y dando a conocer al aprehendido el derecho que tiene para designar defensor.

En el caso de que una detención de una persona exceda de los plazos señalados en el artículo 16 de la Constitución Federal, se presumirá que estuvo incomunicada y las declaraciones que haya emitido el detenido no tendrán validez.

"...Artículo 134 bis.-

.....
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 conveniente.

Los indiciados, desde la averiguación previa 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..."

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 la hora, fecha y lugar de la detención, así como en su caso el nombre y cargo de quien la haya ordenado y ejecutado. Cuando la detención se hubiere practicado por una autoridad diversa al Ministerio Público, se

asentará o se agregará, en su caso, información circunstanciada por quien la haya realizado o recibido al detenido;

II.- Se le hará saber de 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 quisiere 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 previa, y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;
- e) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación previa, para lo cual se permitirá a él y 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 las 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.

Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado 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 del artículo 20 de la Constitución Federal, y en los términos del artículo 556 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 presente; y

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

De la información al indiciado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en el acta de averiguación previa.

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

Las reformas legales antes mencionadas tienen como respaldo constitucional la fracción IX del Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fracción reformada en el mes de septiembre de 1993, que a la letra dice:

"...Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado 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 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..."

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Procedimiento Penal, es la actividad técnica constitucionalmente necesaria para hacer efectiva la Pretensión Punitiva Estatal, vinculando así al ser del delito con el deber de la sanción

SEGUNDA.- La Averiguación Previa es la etapa procedimental durante la cual el Ministerio Público y sus órganos auxiliares directos tienen a su cargo la investigación y persecución de los delitos; iniciándose ésta con la "noticia críminis", mediante la denuncia o querrela de un hecho con apariencia delictuosa hasta las determinaciones sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal.

TERCERA.- El Derecho de Defensa en México se encuentra reconocido y consagrado como una garantía individual de que goza todo gobernado frente a los Organos del Estado encargados de la procuración y administración de justicia: "...Tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado o por persona de su confianza..." (Artículo 20 fracción IX Constitucional). La Ley Adjetiva Penal, en materia federal y del fuero común para el Distrito Federal, reglamenta su ejercicio dentro del procedimiento.

CUARTA.- El Defensor es la persona, generalmente profesional del derecho, que tiene a su cargo la asistencia técnico-jurídica y representación del inculgado durante el desarrollo del procedimiento penal. En la práctica se hace referencia a la defensa particular, de oficio y de confianza.

QUINTA. - Por reformas de Septiembre de 1993 a la Constitución (Artículo 20) y de enero de 1994 a los Códigos de Procedimientos Penales (artículos 269 Fuero Común y 128 Fuero Federal), los derechos que en la Averiguación Previa consigna a favor del inculpado la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son los siguientes:

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

-Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, y si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará uno de oficio.

-Que su defensor se encuentre presente en todos los actos de desahogo de pruebas.

-Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación.

-Que se le reciban los testigos y las demás pruebas que ofrezca.

-Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, en términos de la fracción I del artículo 20 constitucional.

Estas reformas legislativas constituyen, sin duda alguna, un notorio avance en el ámbito de la impartición de justicia y el respeto a los derechos humanos; sin embargo, en la práctica primordialmente vienen a favorecer a las personas que poseen una buena posición económica y social.

SEXTA.- La intervención del defensor en la Averiguación Previa debe iniciarse desde el momento en que el inculcado es aprehendido o presentado por la policía o éste se presenta voluntariamente ante el Ministerio Público. En la práctica, la incomunicación, la detención prolongada y los medios coercitivos para obtener confesiones siguen presentándose en las Agencias Investigadoras y Oficinas de Detenidos de las distintas Procuradurías Generales de Justicia y Procuraduría General de la República, quedando a la figura del defensor relegada por la prepotencia y mala fe de las autoridades así como por la torpeza, temor e ignorancia de familiares y abogados, siendo el amparo el único medio eficaz de control y equilibrio del poder.

SEPTIMA.- En la Averiguación Previa, el defensor tiene el derecho y la obligación de asistir al indiciado durante toda la tramitación e integración de la indagatoria respectiva, aceptando y protestando el cargo conferido; estando presente en los interrogatorios y declaraciones que, en su caso, rinda el inculcado; aportando pruebas y promoviendo todos los recursos y medios de defensa que resulten procedentes. En la práctica, por las razones expuestas en la parte final del punto anterior, el defensor pasa a ser en un buen número de casos una "figura decorativa", pues únicamente se limita al aceptar el cargo y firmar actuaciones, sin que le sea permitido comunicarse con su defenso, el acceso al expediente y en fin una real y efectiva participación.

OCTAVA.- Se propone la creación de un Cuerpo de Defensores de Oficio Especializado desde la etapa procedimental de Averiguación Previa, integrado por Licenciados en Derecho Titulados y con probada experiencia jurídica, con recursos humanos, materiales y económicos apropiados a fin de lograr el rescate y dignificación de esa Institución, así como la optimización del servicio de la defensa gratuita y obligatoria.

NOVENA.- Se propone la estructuración académica a nivel licenciatura de la asignatura "Derechos Humanos y Defensa", a efecto de lograr en el estudiante universitario el conocimiento especial de las garantías individuales, derechos y prerrogativas de que goza toda persona en los Estados Unidos Mexicanos, sujeta a un procedimiento del orden penal, su respeto, su defensa y las consecuencias de su transgresión. Recordemos que las aulas de nuestras universidades representan el semillero de los hombres y mujeres que el día de mañana tendrán en sus manos la difícil tarea de la procuración y administración de justicia, ya sea a través del servicio público en sus distintas ramas como legisladores, jueces y agentes del Ministerio Público o mediante el ejercicio libre de la profesión como abogados y litigantes.



BIBLIOGRAFIA

- Burgoa Orihuela, Ignacio. Las garantías individuales. Editorial Porrúa, México, 1994. 26a. edición.
- Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, México 1995. 15a. edición.
- Cruz Agüero, Lepoldo de 1a. Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1995.
- Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, México, 1994, 4a. edición.
- García Ramírez Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, México, 1995, 10a. edición.
- Proceso Penal y Derechos Humanos. Editorial Porrúa, México, 1994, 4a. edición.
- González Bustamante, Juan José. Principios de Derechos Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1991, 8a. edición.
- González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1993. 2a. edición.

- Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa, Editorial Porrúa, México, 1994, 7a. edición.
- Polo Bernal, Efraín. Breviario de Garantías Constitucionales. Editorial Porrúa, México, 1993.
- Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa, México, 1994. 25a. edición.

LEGISLACION CONSULTADA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal para el Distrito Federal.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.