

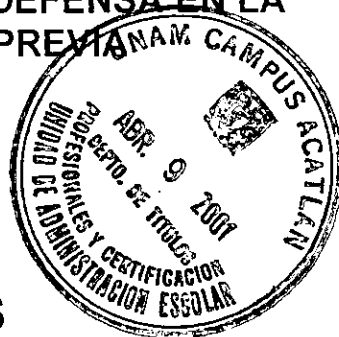


216
UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLÁN"

291922

LA IMPORTANCIA DE LA DEFENSA EN LA
AVERIGUACIÓN PREVIA



TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

IRMA PATRICIA MARTÍNEZ DÍAZ DE LEÓN

ASESOR: LIC. ENRIQUE RAMÍREZ HERNÁNDEZ



ABRIL, 2001



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Si existo es gracias a ese alguien que no tiene cuerpo, pero que es espíritu divino de dios todo poderoso que brinda el premio mas grande del mundo que es la vida misma; gracias Dios.

A la Universidad por darme la oportunidad de iniciar y concluir una profesión que es un privilegio que a la fecha muchos quisieran tener.

Gracias a esas personas que siempre están conmigo de manera incondicional y que pese a mis errores y defectos me siguen apoyando en todo momento, gracias padres.

Así también hago un reconocimiento a la familia Guerrero y al doctor Cuauhtemoc por todo su apoyo que tuvieron para conmigo.

A mi asesor de tesis Lic. Enrique Ramírez, a quien le debo parte de mi realización como profesionista, porque con sus consejos encaminaron a que se hiciera posible el presente trabajo.

A mis sínodos, que con su espíritu de lucha y servicio ocuparon parte de su valioso tiempo para revisar y criticar el trabajo que nos ocupa.

A mi novio Armando le doy el pleno reconocimiento por su incondicional apoyo.

LA IMPORTANCIA DE LA DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DEFENSOR

1.1.- El Defensor en el Derecho Romano	5
1.2.- El Defensor en el Derecho Español	9
1.3.- El Defensor en el Derecho Francés	12
1.4.- El Defensor en México	16
1.4.1.- En la Epoca Prehispánica	18
1.4.2.- En la Constitución de 1857	22
1.4.3.- En la Constitución de 1917	24

CAPITULO SEGUNDO

EL DEFENSOR

2.1.- Concepto de Defensor	28
2.2.- La defensa en sentido Lato Sensu	29
2.3.- La defensa en sentido Estricto Sensu	33
2.4.- Fundamentos constitucionales para el	37

nombramiento del Defensor	37
2.5.- Naturaleza jurídica del Defensor	41
2.6.- La función del Defensor en la Averiguación Previa	43
2.7.- La defensa por sí o por persona de confianza en la Averiguación Previa	50
2.8.- El Defensor de Oficio en la Averiguación Previa	52
2.9.- La prueba en la Averiguación Previa	55

CAPITULO TERCERO

ASPECTOS GENERALES DE LA AVERIGUACION PREVIA

3.1.- Concepto de Averiguación Previa	64
3.2.- Denuncia, Acusación y Querrela	67
3.3.- Base Constitucional de la Averiguación Previa	77
3.4.- Determinaciones del Ministerio Público en la Averiguación Previa	80
3.5.- Requisitos constitucionales para el ejercicio de la Acción Penal	90
3.6.- El Ministerio Público como titular de la Acción Penal	92

CAPITULO CUARTO

GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES

4.1.- Garantías Constitucionales del indiciado a nivel Averiguación Previa	104
4.2.- Garantías Procesales a nivel Averiguación Previa	109
4.3.- La Libertad Provisional bajo caución en la Averiguación Previa	114
Conclusiones	119
Bibliografía	122

I N T R O D U C I O N

Al realizar el estudio del presente trabajo, comenzamos a desarrollar la figura de la defensa desde sus primeros orígenes como es el caso en el Imperio Romano, en donde podemos observar que en esta etapa era casi imposible ejercitar la defensa, ya que la mayoría de la ciudadanía estaba totalmente restringida y solo gente muy seleccionada podía gozar de este derecho de defensa como lo eran los pater familias y los patricios.

Así también, durante este período histórico de la defensa, en el Derecho Español, se preocuparon preferentemente de que el inculpado tuviera un defensor para que estuviera presente en todos los actos del proceso.

Dentro del período de la historia, tenemos un gran avance jurídico en el derecho francés, y nos encontramos con que ya

se autoriza al inculpado, nombrar defensor, no así, en el derecho prehispánico que solo existía lo que le llamaban Procurador, que era como el abogado intercesor y mas bien en la época prehispánica no es muy seguro que se hubiera desarrollado una profesión de abogado propiamente dicha.

En el México Colonial, se integró un derecho español basado principalmente en la costumbre y el inculpado en ésta etapa podía contar con el auxilio de un abogado siempre y cuando le fuera realizado un exámen y tener cuatro años de pasantía después de haber cursado el bachillerato.

En el proyecto de la Constitución de 1842, ya se da a conocer el derecho de defensa de los individuos sujetos a proceso, así también, en la Constitución de 1857, ya se reconoce la figura de la defensa, pero que en la practica no se daba, solo en la Constitución de 1917, fue cuando se le dió verdadera importancia al derecho de defensa.

Tenemos también que en el presente trabajo se abordó el concepto de defensa para partir de ahí la diferencia de la defensa en sentido amplio y en sentido restringido, así como cual es su fundamento legal para el nombramiento del defensor y su naturaleza jurídica del mismo.

Realizamos también la función que desempeña el defensor en la etapa de Averiguación Previa y la diferencia entre persona de confianza y el defensor de Oficio, así como las actividades realizadas por este en la indagatoria como lo son, el estar presente al momento en que el indiciado le toman su declaración ministerial y aportar pruebas a favor de este.

En el presente estudio para delimitar nuestro tema titulado la importancia de la defensa en la Averiguación Previa del cual desarrollamos varios conceptos definidos por diferentes autores, así también, desarrollamos el concepto de denuncia, acusación y querrela y sus diferentes clases, tanto de la denuncia, como de la querrela para tener un concepto claro respecto a estos conceptos, así como su base constitucional a nivel Averiguación Previa.

Otro de los factores importantes que se desarrollan en el estudio que nos ocupa fue precisamente cuales son las decisiones tomadas por el Ministerio Público Investigador cuando cumple con el requisito de procedibilidad como lo es la denuncia y la querrela y de allí tomar una resolución en base a los elementos aportados en la investigación y cuales son a la vez sus fundamentos legales para determinar una resolución final.

Otro de los puntos que tratamos fue las garantías Constitucionales que se contemplan en la Averiguación Previa del cual tiene derecho una persona que se encuentra sujeta a una situación de carácter penal, así como las garantías procesales en esta etapa, con la finalidad de procurar que las mismas, no le sean violadas en ninguna etapa procesal, así también se le haga saber al indiciado al momento de ser detenido si tiene derecho de obtener su libertad provisional bajo caución, tomando como base la gravedad del delito por el cual se le acusa.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DEFENSOR

1.1.- El Defensor en el Derecho Romano

Antes de entrar a analizar la figura de la defensa, tenemos que hacer un breve preámbulo sobre sus antecedentes históricos y debemos tomar en cuenta que dicha figura, ya se contemplaba desde las más antiguas legislaciones y con respecto a estos antecedentes, González Bustamante menciona al respecto:

"En el Viejo Testamento, se expresa que Isaías y Job, dieron normas a los defensores para que su intervención, tuvieran éxito las gestiones en favor de los mentecatos, de los ignorantes, de los menores, de las viudas y de los pobres, cuando sus derechos hubiesen sido quebrantados." ¹

¹ GONZALEZ Bustamante, Juan José. Derecho Procesal Mexicano, Ed. Botas, 2da. ed. Méx. 1945 pp. 88,139.

Volviendo con los antecedentes del defensor en el Derecho Romano, en esta etapa tenemos que la libertad estaba totalmente restringida para la mayoría de la ciudadanía, y los que sí podían contar con una absoluta libertad, eran los pater familias, dejando a los siervos una condición jurídica inferior basado en la carencia del status y libertis, tratándose de relaciones políticas, el hombre no tenía ningún derecho oponible al poder público, y respetaba la libertad; esto era solo de hecho, pero sin estar consagrado en ningún código de defensa para sus siervos.

Tenemos también que los que tenían el pleno ejercicio de la libertad civil, eran los patricios en la Monarquía, en cambio, los plebeyos solo gozaban de la libertad de hecho más no de derecho.

A medida que avanza el Imperio Romano, y con la introducción de fuertes elementos inquisitivos en la primera parte del proceso, éste impidió que en ese momento interviniera el imputado en forma real para hacer valer sus derechos, siendo imposible que ejercitara la defensa tanto por sí mismo, como por un tercero; ante esta situación el defensor solo aparece cuando el trámite procesal le permite introducirse al lado del acusado.

Podemos apreciar también, que en el Derecho Romano Primitivo, el acusado es atendido por un asesor. El Colegio de Pontífices designaba anualmente a un sacerdote para responder a los plebeyos que demandaban la reparación de algún derecho ante el Magistrado, pero tenían que tener cuidado de no revelar los fundamentos del Consejo en virtud de que el secreto de la doctrina jurídica, era para el patriciado, arma política que garantizaba la supremacía.

En el siglo V de la fundación de Roma, se rompen con los velos del derecho tradicional y esotérico; ya que en esta etapa, es más accesible para los plebeyos preparar su propia defensa y con el procedimiento formulario, aparece la Institución del Patronato.

Por otra parte, González Bustamante dice al respecto: "La costumbre admitió que en el proceso penal, pudiera presentarse un orador que defendiera los intereses de su cliente, era el "patronus o causidicus" experto en el arte de la oratoria aunque debe ser instruido en sus recursos legales, por verdadero "advocatus", el perito en jurisprudencia y habitado al razonamiento forense." ²

² Ob. cit. pp. 140.

Así mismo, el maestro Lic. Guillermo Colín Sánchez, en relación al tema de estudio manifiesta:

"Posteriormente, el defensor se transformó en consultor, en un verdadero advocatus; por sus conocimientos en Jurisprudencia, se hacía cargo del patrocinio del procesado, no se conformó únicamente con la pronunciación del discurso, conjugó la técnica y la oratoria." ³

Concluyendo, tenemos que el primer antecedente de la asesoría de la defensa, que nombra un Colegio de Pontífices, através de una lista de sacerdotes, se da en la Roma Primitiva, para la reparación de los derechos de los plebeyos los cuales habían sido lesionados ante los Magistrados.

Tenemos también, que apareció la Institución del Patronato para que defendiera los intereses de su cliente; dándose en esta etapa el cambio de un simple orador por un verdadero perito en derecho.

³ COLIN Sánchez, Guillermo. El Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, ed. 13a pp. 199.

1.2.- El Defensor en el Derecho Español

En esta etapa de la historia, las leyes españolas se preocuparon preferentemente que el inculpado tuviera un defensor para que estuviese presente en todos los actos del proceso, y por consiguiente regían diferentes tipos de ordenamientos: como el Fuero Juzgo y la Nueva y Novísima Recopilación, las Siete Partidas, y la Real Ordenanza de Intendentes expedida por Carlos III en el año de 1786, así como la Recopilación de las Leyes de Indias, que tendían a subsanar las naturales omisiones y deficiencias que se apreciaban en la aplicación, en la Colonia, de las Leyes netamente españolas, y al respecto el Lic. Guillermo Sánchez Colín comenta:

"En el Viejo Derecho Español también existió la defensa: El Fuero Juzgo, la Novísima Recopilación y otros cuerpos legales señalaron que el procesado debería estar asistido por un defensor, e inclusive la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del 14 de septiembre de 1882, impuso a los abogados integrantes de los Colegios, la obligación de avocarse a la defensa de aquellas personas carentes de recursos para pagar el patrocinio de un defensor particular".⁴

⁴ Ob. cit. 199.

Volviendo con esta Ley de Enjuiciamiento Criminal, también contenía disposiciones de aquellos abogados que les correspondía la defensa de los pobres, y no podían excusarse sin ningún motivo personal y justo que fuera calificado así por los Decanos de los Colegios donde los hubiese o en su defecto, el juez o tribunal en que hubiera de desempeñar su cometido y por lo tanto, las organizaciones y Colegios de Abogados tenían la obligación de nombrar o señalar a cualquiera de sus miembros para que ocupasen de la asistencia gratuita de los menesterosos; desde entonces se les llamó defensores de los pobres y se reconoció el beneficio de pobreza, señalándose el procedimiento para obtenerlo.

Esta ley de Enjuiciamiento Criminal, fue sumamente criticada por emplearse el término derecho de defensa, siendo esto, que mas bien era una garantía que tenían todos los procesados a defenderse por sí mismos o por terceros, hasta el extremo de no poder renunciar a ser oídos y de que si no designaren procurador o letrado, se les nombra al de oficio.

Siguiendo con la evolución histórica del pueblo español y en relación al comentario de la Ley Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 118 se establecía:

"Los procesados deberán ser representados por procurador y defendido por letrado que puedan nombrar desde que se les

notifique el auto de formal procesamiento y si no nombrasen por sí mismo o no tuvieran actitud legal para verificarlo, se le designará al de oficio cuando lo solicitaren. En el caso en que el procesado no hubiere designado procurador o letrado, se le requerirá para que lo verifique o se le nombran de oficio, si el requerido no los nombrase cuando la causa llegue al estado en que se necesite el concurso que hiciera indispensable su intervención." ⁵

Así tenemos que en la Ley Española, se consagra el principio de que nadie debe ser condenado sin ser oído antes, pero se permitía que en los juicios por faltas, así como en los delitos de contrabando y defraudación, se continuara con la secuela del proceso y fallarlo en rebeldía.

Al analizar el Fuero Viejo de Castilla el Lic.. Juan José González Bustamante comenta al respecto:

"En el Fuero Viejo de Castilla, se permitía a los litigantes elegir abogados en el Fuero Real se da el nombre de Boceros a los abogados y a los procuradores el de personeros cuya intervención es indispensable en el proceso, teniendo a su cargo en las leyes de Partida, la categoría de una función pública que sólo se veda a las mujeres". ⁶

⁵ GONZALEZ Bustamante Juan José. Derecho Procesal Mexicano, Ed. Botas, 2da. ed., Méx. 1945 pp. 140.

⁶ Ob. Cit. pp. 142

Como nos podemos dar cuenta, que en esta etapa del derecho de defensa del pueblo español, es uno de los más evolucionados en su historia ya que todo individuo que era acusado de algún delito, era representado por un procurador o Letrado y que posteriormente se le dio el nombre de Boceros a los abogados Procuradores.

Concluyendo con este tema, tenemos también que en esta época, los menesterosos contaban con organizaciones y Colegios de Abogados, de los cuales tenían la obligación de nombrar a cualquiera de ellos para que dieran asistencia gratuita.

1.3.- El Defensor en el Derecho Francés.

Continuando con nuestros antecedentes históricos, en el derecho francés hay un avance jurídico, y así nos encontramos que se autoriza al imputado a nombrar defensor o a pedir que se le nombre uno de oficio, llegándose hasta autorizar que uno de los escabinos se desempeñase como tal; el defensor, desde el primer momento podía comunicarse con el imputado para la formulación de pruebas, cuya recepción podía presenciar. Así mismo en el proceso formulaba conclusiones oralmente o por escrito, pero si el propio imputado confesaba sumisión, se reducía a solicitar el indulto.

En relación con los antecedentes históricos del defensor, el profesor Jorge A. Claria Olmedo refiere:

"El rigorismo del sistema inquisitivo eliminó toda posibilidad de continuar con estas manifestaciones de la defensa, la Ordenanza francesa de 1670, cumbre del sistema inquisitivo prohibió en una forma general, que el procesado se asista por defensor en los procesos aún después de la confrontación. De esta manera, y el mérito al rigor de dicha ordenanza se aplicó, se cortó de raíz con las practicas y usos cumplidos al márgen de la ley, pues no obstante que las normas vigentes con anterioridad, limitaron enormemente en Francia como en casi toda Europa, las posibilidades de intervención del defensor, esas disposiciones poco se respetaban. Es curioso observar que las excepciones previstas para permitir la defensa técnica por la ordenanza de 1670, contemplaban que no eran reprimidos con pena capital o encerramiento perpetuo". ⁷

Por su parte. García Ramírez Sergio, al respecto comenta: "La Revolución Francesa trajo consigo la Supresión de la abogacía en 1790, en 1791, las partes pudieron apoyarse de defensores oficiosos. Napoleón reestableció la abogacía. El código de 1808 admitió la defensa y la hizo obligatoria tratándose de los crímenes sancionados con pena aflictiva después de lamise en la acusación". ⁸

⁷ CLARIA Olmedo, Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III, Ed. Ediar, ed. 1963 pp. 132.

⁸ GARCIA Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal. Ed. Porrúa, ed. México 1979, pp. 229.

Como se puede notar, la Institución de la defensa, tuvo un gran avance en su evolución, misma que alcanzó su plenitud cuando se formuló y proclamó la famosa declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, la cual vino a ser uno de los documentos jurídicos más importantes entre otros.

El mencionado documento establece entre otros derechos:

- a).- la libertad ilimitada en la expresión de la defensa
- b).- la obligación impuesta a los jueces para proveer al acusado de un defensor, en caso de rehusarse a designarlo
- c).- la obligación impuesta a los profesores de derecho y abogados para dedicar parte de sus horas de trabajo a la atención de la defensa de los pobres
- d).- la prohibición absoluta a las autoridades judiciales para compeler de algún modo a los acusados a declarar en su contra
- e).- el derecho reconocido al inculcado para la designación de defensor desde el momento en que es detenido.
- f).- el derecho del defensor para estar presente en todos los actos procesales, sin que pueda vedarse el conocimiento de las actuaciones practicadas a partir de la iniciación del procedimiento
- g).- la obligación impuesta a las autoridades judiciales a recibir las pruebas que ofrezca el acusado dentro de los términos señalados para su admisión, estableciéndose como excepciones que las pruebas confesional, documental y la inspección judicial y reconstrucción de los hechos, pueden

rendirse hasta la audiencia que precede al fallo, siempre que concurren causas bastantes que demuestren que las pruebas no fueron presentadas en el período de sumario por causas ajenas a la voluntad del promovente.

h).- la obligación de las autoridades de auxiliar al inculpado para obtener la declaración de personas cuyo examen solicite. El Juez debe prever el nombramiento de defensor si el inculpado se muestra renuente a designarlo, tan luego como haya rendido su declaración preparatoria".⁹

En síntesis podemos decir al respecto, que ya en la época moderna en octubre de 1946 y aprobada por un referendun popular, se expide la Constitución vigente en la República Francesa, misma que se organiza a raíz de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, conteniéndose el mencionado documento; en el que se reafirma el contenido de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789.

⁹ PORRUA Miguel Angel. Derechos del Pueblo Mexicano a traves de sus Constituciones. Ed. Purrúa. ed. 1982, pp. 8,9,20.

1.4.- El Defensor en la Época Prehispánica.

Durante esta época, es muy difícil poder encontrar antecedentes que nos hablen de las garantías individuales del hombre y principalmente del derecho a la defensa; sin embargo, tenemos que uno de los pueblos más adelantados culturalmente en México, eran los aztecas que dentro de su forma de administrar justicia era un poco arbitraria, pero ya se conocía la figura de la defensa como intercesor o abogado prehispánico, su nombre era tepantlato, de tepan: sobre algunos, y tlatoa: hablar; tlatoa tepanni: abogar o rogar por otro. Respecto al abogado prehispánico, el Código Florentino Libro décimo, capítulo IX nos comenta lo siguiente:

"El procurador favorece a una banda de pleiteantes, por quien es su negocio, vuelve mucho y apela, teniendo poder y llevando salario para ello, el buen procurador es vivo, y muy solícito, osado, diligente, sino que alega de su derecho: apela, tacha los testigos ni se cansa hasta vencer la parte contraria y triunfar en ella". ¹⁰

Como nos podemos dar cuenta en la presente cita, el procurador era considerado como aquel que tenía el poder o la facultad del que otro ejecuta en su nombre una cosa y el que

¹⁰ SCHOEDER Cordero, Francisco. El Abogado Mexicano Historia e Imagen. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. ed. 1ra. 1992. pp. 42.

con la necesaria habilitación legal, ejerce ante los tribunales la presentación de cada interesado en su juicio.

Continuando con la evolución de la defensa, en la época prehispanicá, podemos observar que las partes contaban con representantes y patronos en los procesos y de orden criminal, pero dicha defensa era limitada, en caso de los delitos graves.

En esta etapa, también los procedimientos consistían en la relación de las partes y la rendición de las pruebas; y podían aquellos ser confrontados para una explicación mutua; así como haber un careo en que no podía intervenir ningún patrono.

Cuando se trataba de delitos graves, eran inmediatamente sentenciados después de la rendición de pruebas, no permitiéndose ningún discurso de defensa.

Las pruebas que se rendían eran racionales, en general, se buscaban los medios de conocer la verdad y como tales encontramos principalmente el testimonio, la confesión y los indicios.

En el caso de la confesión, los aztecas desempeñaban un gran papel y en particular, en el caso del adulterio en que

podía forzarse la confesión por medio de la tortura. Tratándose de los testigos, eran interrogados por el juez bajo juramento que presentaban usualmente poniendo el dedo sobre la tierra y llevándoselo a la boca. Se hacía también uso frecuente del careo, siendo interrogados los testigos con severidad y detenimiento acerca de los diversos puntos de prueba.

Respecto a este punto de análisis, nos podemos dar cuenta que, en esta etapa de la historia del derecho prehispánico, era sumamente rígido su sistema, en donde imperaba principalmente el derecho consuetudinario, y las costumbres en los casos concretos, siempre quedaba a discreción del monarca, a quien encomendaban la función de administrar justicia.

1.4.1.- El Defensor en México.

En el régimen Colonial en la Nueva España, el derecho Colonial, se integró con el derecho español propiamente dicho en su forma consuetudinaria y legal y por las costumbres indígenas principalmente.

Al consumarse la conquista en México y al iniciarse la colonización de las tierras recién nominadas, la penetración jurídica española se encontró con un conjunto de hechos y

prácticas sociales autóctonas, las cuales, lejos de desaparecer y quedar eliminadas por el derecho peninsular, fueron consolidadas por diversas disposiciones reales y posteriormente, por la recopilación de Leyes de Indias de 1681 cuyo artículo 4o.. autorizaba su validez en todo aquello que no fuesen incompatibles con los principios morales y religiosos que se informaban en el derecho español.

Tras la conquista de México, como ya se ha señalado, los europeos trasladaron hacia estas tierras sus costumbres y sus Instituciones. Entre las más destacadas estructuras españolas figuraban sistema jurídico que vino a sustituir el régimen legal indígena.

Por otra parte, los acusados de algún crimen podían presentar las pruebas, tanto documentales como testimoniales, para ello elaboraban su defensa. De igual manera podían contar con el auxilio de un abogado. Este, para ejercer su profesión, debía ser examinado por la Audiencia, máximo organismo judicial en la Colonia, para ser admitido a examen el aspirante necesitaba tener cuatro años de pasantía, después de haber cursado el bachillerato.

La Revolución de España de 1808, dió ocasión a la instalación de Cortes Extraordinarias de Cádiz de 1811 que disueltas en 1814, fueron establecidas en 1820 y las leyes

expidieron desde la fecha de su instalación, hasta el 27 de septiembre de 1821, quedó consumada la Independencia de México que rigieron la vida de nuestro país, pero consideramos importante aclarar que la colección de decretos de cortes de España, comprendían leyes que no podían tener aplicación en México, pero no obstante ello una vez consumada la independencia del país, se aplicó en un sólo tomo, una colección de los decretos y leyes expedidas por dichas cortes, para que tuvieran vigencia en el México independiente desde el año de 1521, hasta el año de 1824, México dependió de España, así tenemos que la legislación del siglo XVI, tuvo aplicación en nuestro país, y el 27 de Septiembre de 1821, se emancipó México de su antigua Metrópoli, ejerciendo su soberanía.

Debemos tener en cuenta que en el año de 1810, antes de que México alcanzara su independencia, encontramos el bando que promulgó en Guadalajara don Miguel Hidalgo y Costilla, consistente en un programa social, y que dicho contenido nos parece demasiado pobre en lo que respecta al derecho de defensa.

El primer antecedente que existe sobre la garantía de protección al delincente data en la Constitución de Apatzingan de fecha 22 de Octubre de 1814. Su artículo 30 dejó claramente establecido que "Todo ciudadano se reputa inocente mientras no se declare culpado", aclarando, que no cuenta en

nuestra historia legislativa por que no fue ley, ni estuvo vigente, este documento contenía algunas garantías para los procesados y una formula de organización política, pero no contemplaba precepto alguno que mencionara la institución de la defensa o derecho de los ciudadanos, esta misma línea fue seguida por la constitución de 1824 y por las Leyes Constitucionales de 1836.

En el artículo 13, del segundo proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechada el 2 de Noviembre de 1842, que en su fracción XVIII da a conocer el derecho de defensa de los individuos sujetos a proceso criminal y que a la letra dice: "En los procesos criminales ninguna constancia será secreta para el reo; ninguna Ley quitará a los acusados el derecho de defensa ni los restringirá a ciertas pruebas, a determinados alegatos, ni a la elección de tales personas". 11

En síntesis, podemos decir que en México, durante la época colonial, se adoptaron las prescripciones que las leyes españolas señalaron y como primer antecedente histórico escrito sobre el defensor, lo encontramos en el año de 1856, fecha que fue elaborado el Proyecto de Constitución de 1857, misma que fue emanada del Plan de Ayutla durante la guerra de reforma.

11 PORRUA Miguel Angel. Derechos del Pueblo Mexicano a través de sus Constituciones. Ed. Purrúa. ed. 1982, pp. 7,20.

1.4.2. El defensor en la Constitución de 1857

En 1856, ante la nula vigencia de las leyes y la anarquía reinante, se convocó a un Congreso Constituyente que daría forma a la Constitución de 1857, en este documento en el que se hace pleno reconocimiento de todas las garantías individuales de los ciudadanos, que fue la finalidad principal de la valiente lucha desarrollada, por la independencia y libertad absoluta de México.

El proyecto presentado, a los derechos que un acusado debería tener, constó en su artículo 24 las siguientes propuestas: Que todo acusado fuera juzgado breve, públicamente; que se le oyera en defensa por sí o por un "Personero"; que el reo supiera la naturaleza del delito, la causa de la acusación y el nombre de su acusador, y que se le enfrentará con los testigos que depusieran en su contra. Esta Constitución se contempla por primera vez como garantía constitucional la defensa como una institución, de esta manera su artículo 20 establece:

"I.- Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere".

"II.- Que se le tome su declaración preparatoria dentro de las 48 horas contadas desde que esté a disposición del juez".

"II.- Que se le tome su declaración preparatoria dentro de las 48 horas contadas desde que esté a disposición del juez".

"III.- Que se caree con los testigos que depongan en su contra".

"IV.- A que se le faciliten los datos que necesite y que consten en el proceso para preparar sus descargos".

"V.- Que se le oiga en defensa por sí o por personas de su confianza o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija al que, o los que le convengan". ¹²

En el artículo 20 de la Constitución del 57 fue, aprobado, otorgando básicamente las mismas prerrogativas que el proyecto, no sin antes ocasionar largos debates, sobre todo en relación en la conformación del jurado que originariamente se proponía, fuera imparcial y que estuviera compuesto de vecinos honrados del Estado y distrito en donde el crimen había sido cometido.

Esta legislación se mantuvo intacta hasta 1916, cuando la revolución armada de 1910 orilló al país a una serie de procesos de definición y de organización en todos los niveles, se convocó a un Congreso Constituyente que redactaría una nueva

¹² Ob. Cit. pp. 8,9,20.

mismo año efectuó Venustiano Carranza, puso muy en claro las definiciones que la Constitución de 1857 presentaba.

Si bien es cierto, que en la Constitución de 1857 señalaba las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal, pero en la practica han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, a lado de ellas se han seguido practicas verdaderamente inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los vicios.

En síntesis, podemos decir, que en la primera Constitución de 1857, se reconocieron los derechos de todo acusado en un juicio criminal, pero en la practica dichos beneficios no se los concedieron ya que seguían con sus mismas practicas inquisitoriales y como dicha Constitución no se cumplía, estalla la revolución mexicana en 1910 con el ánimo de que se respetaran los derechos del pueblo en general.

1.4.3.- El defensor en la Constitución de 1917

Pasando al estudio de dicha Constitución, tenemos que en el proyecto de Constitución de Don Venustiano Carranza, fechado en la ciudad de Querétaro, el primero de diciembre de

1916, se argumentaban algunas críticas con respecto a la Constitución de 1857, ya que se considera que el procedimiento criminal en México, ha sido hasta nuestros tiempos con ligerísimas variantes, exactamente el mismo que implantó la denominación española, sin que se haya llegado a templar en lo más mínimo su dureza, pues esa parte de la legislación mexicana, ha quedado enteramente atrasada sin que se haya nadie preocupado en mejorarla.

Diligencias secretas y procedimientos ocultos de que el reo no debía tener conocimiento, como si no se tratase de su libertad o de su vida; restricciones en el derecho de defensa, impidiendo al mismo reo y a su defensor asistir a la recepción de pruebas en su contra y dejar a la suerte de los reos casi siempre entregada a las maquinaciones fraudulentas de los escribientes, alterando sus propias declaraciones, los testigos que deponían en su contra, y aún los que se presentaban a declarar en su favor.

En este proyecto de Constitución de 1916, la fracción IX del artículo 20 Constitucional, contempla un espacio mucho más estructurado de la Constitución de 1857.

Por lo que respecta a la Constitución vigente, Ignacio Burgoa, en su Obra "El Juicio de Amparo", nos comenta:

"La Constitución vigente se aparta ya de la doctrina individualista, pues a diferencia de la de 1857, esta no considera a los derechos del hombre como base y objeto de las instituciones sociales, sino que la reputa como un conjunto de garantías individuales que el Estado concede u otorga a los habitantes de su territorio".¹³

Corroborando los criterios expuestos, Colín Sánchez comenta:

"En México, durante la época Colonial se adoptaron las prescripciones que en esta orden señalaron las leyes españolas, y aunque en los múltiples ordenamientos vigentes después de consumada la independencia, se dictaron algunas disposiciones, no fue sino hasta la Constitución de 1917, cuando se le dio la verdadera importancia a esta cuestión".¹⁴

Para concluir tenemos que al promulgarse la Carta Magna de la República Mexicana el 5 de febrero de 1917, al triunfo de la revolución constitucionalista acaudillada por Don Venustiano Carranza, quedaron realmente estructuradas las garantías del hombre y principalmente las que nos ocupan en este estudio, la fracción IX del artículo 20 Constitucional para quedar de la siguiente manera: " Desde el inicio de su

¹³ BURGOA, Ignacio. El Juicio de Amparo. Ed. Porrúa 1969, pp.93.

¹⁴ COLIN Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ed. Porrúa 5ta. ed. México 1979. pp. 180.

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 este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

CAPITULO II

EL DEFENSOR

2.1.- Concepto de defensor

Continuando con el desarrollo del presente estudio respecto a la figura de la defensa, debemos definir claramente su significado y en relación a esto, el Lic. OSSORIO Manuel dice al respecto: "Defensor.- en general es; quien defiende, ampara o protege. El que acude en legítima defensa de un pariente o de un extraño. Abogado que patrocina y defiende en juicio a cualquiera de las partes. Defensa en juicio defensor de confianza".¹

Por otra parte y respecto a esta definición, el Diccionario Jurídico define:

¹ OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, ed Argentina, 1992. Pag. 206.

"Defensa.- proviene del latín defensa, que a su vez, proviene de defendere, el cual significa precisamente defender, desviar un golpe, rechazar una acusación o una injusticia."²

Podemos decir que la defensa, es aquel ente que patrocina y defiende a favor de cualquiera que lo solicite, de modo que también es considerada como una Institución, que comprende al imputado y al defensor, el primero como elemento individual y el segundo, como elemento social, mismos que en la defensa del derecho constituyen la Institución.

2.2.- La defensa en sentido de lato sensu

Para algunos autores, la defensa es un poder innato, primario, absoluto y natural del ser humano, que al ingresar el hombre a un ordenamiento jurídico, se racionaliza en cuanto la defensa pasa a ser un derecho objetivo inserto en la estructura normativa, y si es o no un derecho natural; el autor VILLALBA Seco José Armando refiere lo siguiente:

"La caracterización de el derecho fundamental que brinda la Constitución al derecho de defensa, significa que el individuo tiene, en principio, un derecho de defensa subjetivamente ilimitado, pero limitado como expresión de poder jurídico

² DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa, ed. novena 1991. Pág. 854.

objetivo. Se dice que es, en principio, un derecho subjetivamente ilimitado, porque al racionalizarse para aparecer bajo el reconocimiento de un derecho objetivo, mantiene en principio su condición original de poder subjetivo ilimitado y absoluto. Es ilimitado como expresión de poder jurídico objetivo, por cuanto al individuo debe sujetar en general su capacidad real de defensa a los límites y a los medios arbitrados por la ley para la protección de la persona y la tutela de los derechos."³

En la actualidad, no se discute si el derecho de defensa es o no un derecho natural y en nuestra época lo que más importa, es tratar de definir que es la defensa, en base a esto, Ovalle Favela comenta al respecto:

"Defensa, proviene de defenderé, el rechazar un enemigo, una acusación o una injusticia."⁴

Dos son cuando menos las acepciones que la palabra defensa tiene en el derecho procesal; en primer lugar, como actitud del demandado a oponerse a los hechos invocados por el actor, actitud consistente en oponer hechos impeditivos, modificativos o extintivos, y en segundo lugar, como cualquier

³ SECO Villalva, José Armando. El Derecho de Defensa. Ed. Palma 1947. Pag. 29-30.

⁴ OVALLE Favela, José. Defensoría de Oficio, Diccionario Jurídico Mexicano. ed. porrúa. Pag. 195.

actitud legal tendiente a sostener un derecho de libertad; referente a ello, SILVA, Silva Jorge Alberto, comenta:

"En este amplísimo sentido, la defensa del imputado como reacción, tiende a interrumpir la seriación, a contrapretender, anular, modificar o aclarar hechos, incluso a oponerse a las razones legales."⁵

Para González Bustamante, la defensa la define de la forma siguiente:

"La función encaminada a destruir las pruebas de cargo existentes, de tal manera que la resolución judicial que se pronuncie, la traduzca en una exculpación o, al menos en una mejoría de la situación jurídico procesal que guarda el inculpado."⁶

Según Herrera Lasso, la defensa es: "El derecho de probar contra las pruebas, el derecho de demostrar que la autoridad probó errónea o insuficientemente, incluso más adelante se agrega, aprovechar la oportunidad de desequilibrio que en el proceso se presente, este desequilibrio no debe propiciarlo el acusado o el defensor, aunque ello se traduzca en una resolución de inculpabilidad del culpable, o de la

⁵ SILVA Silva, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, Editorial Harla. Ed. 1990. Pág. 140.

⁶ GONZALEZ Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. Pag. 140.

culpabilidad atenuada del que tuvo mayor." ⁷

Por lo tanto, la actividad de la defensa, debe llevar consigo la legalidad y tratar de impedir que el funcionario se extralimite en sus funciones.

En sentido todavía mas amplio, la defensa no sólo se concreta a una actividad de los órganos de defensa, así también dentro de la defensa el indiciado puede proporcionar ciertos datos que le pudieran perjudicar, apoyado por aquellos textos legales que conceden al indiciado el derecho a callar o a no declarar en su contra. Como se puede observar, este beneficio se encuentra contemplado en la fracción II del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice: no podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.

También la defensa comprende el derecho de enterarse del motivo de la acusación, así como también, de actos procesales que ha de practicarse. Tal es el caso cuando el indiciado es

⁷ HERRERA Lasso, Eduardo. Garantías Constitucionales en Mat. Penal. Pag. 94-98.

consignado ante el órgano jurisdiccional al tomarsele su declaración preparatoria en el que se le informa quien y porque delito se le acusa, y si tiene o no derecho a obtener su libertad provisional.

2.3.- La defensa en sentido estricto sensu

Al hablar de la defensa en sentido stricto sensu, es analizar con esmero, ya que se deben hacer previamente algunas distinciones. Observamos que no entra dentro de esta idea la noción de Procurador, sin perjuicio de que pueda comprenderla, en efecto, cuando el mandatario procurador, es a su vez abogado, ejercitará conjuntamente la practica y la técnica jurídica en el proceso con respecto a su cliente.

Así tenemos, que en este sentido estricto de la defensa, notamos que los códigos procesales de la materia, permite al imputado hacerse representar por un defensor, por si mismo, por abogado, o por persona de su confianza, no como sucede en materia civil, que sí se requiere necesariamente ser licenciado en derecho con cédula profesional y en legal ejercicio de su profesión.

Para precisar lo antes expuesto, es necesario distinguir en el proceso penal, la figura del defensor, de aquella del

simple patrocinante, o sea el abogado que asesora a la parte o al representante en el cumplimiento de actos procesales, escritos u orales.

En nuestra doctrina, encontramos que cuando se habla de la defensa en sentido estricto, es lógico que lo encuadremos dentro de los ámbitos del derecho procesal penal, íntimamente relacionados con el inculpado y de ninguna manera se debe de unificar el concepto con los patrocinantes en cuestiones de orden civil.

A este respecto Mancini Vincenzo, nos comenta:

"... El defensor, es aquel que interviene en el proceso penal para desplegar en él, una figura y existencia jurídica, en favor de los derechos y demás intereses legítimos de un sujeto procesal en la aplicación de una finalidad de interés público y no solamente el interés particular."⁸

JORGE A. Claria Olmedo, distingue las diferencias mas sobresalientes entre defensor así concebido y el simple patrocinante no mandatario y expresa lo siguiente:

"... El defensor puede actuar en el proceso independientemente de su cliente, cuando la ley no exija la presencia de éste en la realización de los actos, el patrocinante mandatario, en

⁸ MANCINI Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Traducción Santiago Santies. Editorial Edick. Buenos Aires Argentina 1949. Pág. 574.

cambio, en ningún caso ha de desempeñarse como representante y sólo puede asistirlo durante las audiencias o refrendar escritos que presente con firma de su patrocinado. El defensor es permanente, al patrocinante podrá serlo o no, conforme a las circunstancias." ⁹

Continuando con las diferencias entre el defensor y el patrocinante, el mismo autor comenta al respecto:

"En el proceso penal, el imputado debe tener defensor que lo represente y asista durante todo el trámite, para cuya intervención se exige el nombramiento y aceptación del cargo, el querellante, el autor en los juicios civiles y el demandado, tienen patrocinantes, como también lo tienen los representantes de aquellos; cuando estos mandatarios reúnen a su vez, la condición de mandatarios de sus clientes, podría caberles el nombre de defensores si a los fines de armonizar los textos legales, abandonamos el sentido estricto de la expresión." ¹⁰

Estos abogados mandatarios, vienen a reunir en su actividad, la misión de asistentes y representantes de las partes, pero advirtiese que el representado podría asistir a un acto procesal determinado con la asistencia de un

⁹ CLARIA Olmedo, Jorge Antonio. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Editorial Ediar, Ed. Buenos Aires 1963. Pág. 130.

¹⁰ Ob. cit. pág. 130

patrocinante distinto del mandatario; en cambio, el inculpado no podría hacerse asistir por otro abogado si previamente no lo nombra defensor, conjuntamente o en remplazo del defensor que ya tenga.

Al referirse a la defensa en sentido estricto Miguel Fenech dice al respecto:

"Se entiende por defensa en sentido estricto, la actividad de las partes acusadas, imputado responsable civil, encaminada a oponerse a la acción de la pretensión punitiva y de resarcimiento, en su caso que frente a las mismas se hace valer por partes acusadoras."¹¹

Concluyendo con este punto, la defensa en sentido estricto, no se limita a ser un simple asesor o consejero técnico del procesado sino que actúa por cuenta propia, pero siempre a favor del indiciado, pero previamente debe de haber sido nombrado y aceptado el cargo.

¹¹ FENECH Miguel. Derecho Procesal Penal. Vol I. Editorial Labor, Barcelona España. Pág. 358.

2.4.- Fundamentos constitucionales para el nombramiento del defensor.

En cuanto a esta parte en estudio, debemos considerar que en el proyecto del artículo 24 Constitucional, en el Congreso de 1856- 1857, fue dividido en cinco partes, en la sesión del 14 de agosto de 1856, se discutió la primera, que establecía la garantía de que se oyese en defensa del acusado o por personero, o por ambos, y se solicitó se hablase de defensor y no de personero, con lo cual, en la sesión del 18 de agosto, la Comisión presentó la redacción de la que sería la fracción V del artículo 20, que resultó aprobada por unanimidad de votos, esta quedó en los siguientes términos: "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 una lista de los defensores de oficio, para que elija el que, o los que le convengan."

Este derecho subjetivo público de la defensa, se halla consagrado en la fracción IX del artículo 20 Constitucional, que no sólo establece la facultad, sino también la obligatoriedad de la defensa, al instituir la defensoría de oficio e imponerla para el caso de que el inculpado carezca de defensor.

Así las cosas, la defensa puede ser ejercida Constitucionalmente por el inculcado, por personas de confianza de este, sea o no abogado, por uno u otro, o bien, por el defensor de oficio.

Así también tenemos que en nuestra Constitución nos ofrece una amplísima libertad de defensa. Por otro lado, tenemos que en el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales, excluye de ser defensores los que se hayan presos, ni los que hayan sido procesados, ni los que hayan sido condenados por delitos señalados en el capítulo segundo, título décimo segundo del libro segundo de nuestro código Penal, ni a los ausentes que no puedan acudir ante el Tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber su nombramiento a todo defensor.

El párrafo segundo del mismo precepto en cita menciona lo siguiente: "...El inculcado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de Licenciado en derecho o autorización de pasante, conforme a la ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculcado en todo lo concerniente a su adecuada defensa"; y el artículo 170 fracción III del Código de Procedimientos Penales para el

Estado de México señala: "Si la persona designada defensor, no es abogado con título legalmente registrado, se le requerirá para que asigne además a quien lo sea, para que asesore técnicamente al defensor no abogado, quien siempre deberá tener título. De los preceptos ya citados en el apartado anterior se desprende que el legislador con acierto previo que cuando un inculcado designara a una persona de su confianza para que lo defienda o éste no sea abogado con título legalmente registrado, el tribunal o el juez le designará al de oficio, quien obviamente además de tener título deberá tener cédula de Licenciado en Derecho para que oriente al defensor nombrado no abogado y directamente al inculcado en lo que respecta a su defensa.

Después de lo anteriormente manifestado, considero que para proteger a todo inculcado del derecho que le conceden los preceptos a los que nos hemos venido refiriendo, sería conveniente que se reformara la fracción IX del artículo 20 Constitucional, en atención que la aplicabilidad de los numerales citados es durante la instrucción y no en la Averiguación Previa, y si ello estuviese contenido en la reforma que se propone, se aplicaría en la primera etapa del procedimiento penal que es precisamente la indagatoria, por ello, la redacción de la fracción IX del precepto Constitucional citado, debería de reformarse para quedar de la siguiente manera: Fracción IX.- Desde el inicio de su proceso,

será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor después de haber sido requerido para ello, el juez le designará un defensor de oficio; y para el caso de que la designación no recaiga sobre quien no tenga cédula profesional de Licenciado en Derecho o autorización de pasante conforme a la ley que reglamenta el ejercicio de las profesiones, el Ministerio Público y el juez, dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio que oriente al nombrado y directamente al inculcado en todo lo referente a su defensa adecuada. 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.

Con la reforma constitucional planteada, se resolvería lo que en la práctica ha sido perjudicial a los inculcados en la Averiguación Previa, ya que con ello, acabaríamos con la inadecuada práctica de que cuando el inculcado nombra una persona de su confianza para que lo defienda o a un abogado que carece de cédula profesional de Licenciado en Derecho, la Representación Social por mandato Constitucional, le nombrará un defensor de oficio para que lo defienda desde esta etapa, acabandose con la costumbre de que hay casos que al inculcado se le nombra como persona de su confianza, a una persona que ni siquiera conoce o en su caso que conozca y que carezca

de los conocimientos jurídicos más elementales para realizar una defensa adecuada.

2.5.- Naturaleza Jurídica del defensor

Colín Sánchez enumera algunas ideas, según las cuales ciertos estudiosos lo consideran un mandatario civil, idea que rechaza, pues el defensor goza de libertad para ejercer su función, sin que sea necesaria la consulta previa para realizarla, ni permiso para impugnar; otros autores lo consideran asesor, pero Colín Sánchez, no lo acepta, porque la actividad del defensor no se reduce a la consulta técnica del procesado, sino a la realización de un conjunto de actividades que no sólo se refieren a aquél, sino también, al juez y al Ministerio Público.

El defensor tiene derechos y deberes que hacer cumplir dentro del proceso, de tal manera que otorgarle un carácter de mero asesor, desvirtuaría su esencia.

Otros autores refieren que tampoco se le puede concebir como auxiliar de la administración de la justicia, porque si fuera de esa manera, estaría en la posibilidad de romper con el secreto profesional y así comunicar todo lo que una persona le ha confiado.

Para saber si el defensor es parte o representante, comencemos por resolverlo y al respecto podemos encontrar dos tesis una positiva y otra negativa:

- a) positiva; esto es, que afirma que sí es parte
- b) negativa; que le niega la calidad de parte.

Gómez Lara, afirma que "... El defensor, sí es parte en el proceso, ya que su posición en el proceso, no es la de un mero mandatario, pues puede llegar a tener atribuciones autónomas e independientes de la voluntad del procesado, a grado tal que la voluntad del procesado puede ser totalmente irrelevante para los fines procesales." ¹²

En sentido opuesto, Alcalá Zamora afirma que el defensor es parte expresa, que aún en el caso de que el defensor pueda realizar actos sin consentimiento del propio inculcado, esto es sólo una consecuencia directa de la función que como representante procesal y patrocinador le incumbe en el proceso.

Por ello, podemos decir que la personalidad del defensor en nuestro derecho mexicano, está ligada al indiciado, al acusado, Etc.. en cuanto a los actos que deberá desarrollar, también lo es, que no actúa con un simple carácter de

¹² GOMEZ Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. Editorial Textos Universitarios. México 1946. Pág. 128.

representante, sino sus actos van encaminados a los principios de legalidad, pero siempre a beneficio de los intereses de su defendido.

Por lo anteriormente manifestado, podemos concluir que el defensor existe solo en función del indiciado, o procesado y no por sí mismo y actúa sólo en representación de él, apartando todos aquellos elementos necesarios para que lleven demostrar la inocencia de su defendido conforme a los principios de legalidad.

2.6.- La función del defensor en la Averiguación Previa

Para entrar al estudio respecto a esta parte, tenemos que dar el marco normativo a nivel Constitucional, a efecto de poder determinar la función del defensor en esta etapa de indagatoria y son precisamente en las fracciones I, V, VII Y IX, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; las que se observan en la Averiguación Previa, por ello vamos a analizar cada una de ellas, procediendo a desarrollarlas de la forma siguiente:

Fracción I. Se ocupa principalmente de las garantías que tiene un inculpado en todo proceso de orden penal; pero específicamente en esta fracción, habla de la libertad provisional bajo caución; ahora bien, dicha fracción ha sido

modificada tres veces desde 1917, y la primera de ellas fue en fecha 1947-1948; la segunda, en 1948- 1985; y la tercera, en 1993.

Originalmente la fracción I, garantizaba al acusado el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución, cuando no excedía de cinco años el límite máximo de la pena aplicable al delito por el que se seguía el proceso, la caución no podía exceder de diez mil pesos.

El presidente Miguel Alemán, presentó a la Cámara de Senadores, una iniciativa de reforma Constitucional el 11 de noviembre de 1947, la encomienda aprobada por el Constituyente, modificó la Ley Suprema, en los siguientes términos:

- a) Procedería la libertad cuando la sanción aplicable al delito, no excediera, en su media aritmética, de cinco años de prisión,
- b) La garantía no sería superior a doscientos cincuenta mil pesos, pero cuando se tratase de un delito del que resultara un beneficio económico para el autor o un daño patrimonial para la víctima, la garantía, sería tres veces mayor, cuando menos, del beneficio obtenido o del daño causado.

A tales circunstancias, la experiencia puso de manifiesto las deficiencias del texto Constitucional y las inequidades de

su aplicación consumada; por ello, el presidente Miguel de la Madrid, promovió una nueva reforma el 5 de diciembre de 1984, que en esencia se trataba de ganar equilibrio entre el derecho individual del inculpado a su libertad provisional y la necesidad de garantizar la seguridad pública, en bien de la víctima y de la sociedad. Así tenemos que en su redacción de la fracción I del artículo 20 Constitucional originariamente decía: "en todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías". Podemos observar que de la reforma de fecha 6 de Septiembre de 1993 se derivó el Texto vigente de la fracción I, en la actualidad ya no habla de juicio de orden criminal sino de todo proceso de orden penal.

En tal virtud, la libertad procede con independencia de la sanción aplicable al delito, a no ser que se trate de los delitos graves, así el juez, se limita a otorgar o negar la libertad en función de la naturaleza grave o no del delito.

Por otra parte, para fijar el monto de la caución, el juez debe de tomar en cuenta, el monto estimado de la reparación del daño y las sanciones pecuniarias, esto último es la multa que pudiera imponersele al inculpado.

Por lo que se refiere al párrafo segundo de la fracción I, señala el monto y forma de caución y que deberán ser asequibles para el inculpado. Esta prevención fue incorporada

en la Ley Suprema para favorecer a personas de escasos recursos económicos.

El tercer párrafo de la fracción I, que nos habla de que en caso de que el inculcado incumpla en forma grave cualquiera de las obligaciones y solo cuando incumpla de forma grave, podrá revocarse su libertad provisional bajo caución.

La fracción V, del precepto en comento ordena recibir al inculcado, los testigos y demás pruebas que ofrezca; para que sea eficaz la promoción probatoria de aquél, se dispone concederle el tiempo que la ley estime necesario a efecto y auxiliarse para obtener su comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite; esta fracción se refiere a la prueba testimonial, pero también menciona las demás pruebas que el acusado ofrezca, por supuesto tanto en la indagatoria como en la instrucción cabe en todos los medios de prueba conducentes para allegarlos al ministerio público y al juez para resolver legalmente la situación jurídica del inculcado, esta fracción consagra un amplísima posibilidad probatoria.

Por ello, es importante que la prueba sea legalmente admisible y que haya sido obtenida por los medios legítimos, ya que muchas de las veces, en la actualidad no sucede tal cosa, por ejemplo, en la practica se da en nuestro procedimiento penal mexicano, que se emplean muchas cosas para ejercer presión por medio de la fuerza física o moral, para

que el indiciado acepte haber participado en algún delito; por ello la obtención de una verdad arrancada con lujo de violencia, no justifica el empleo de procedimientos ilícitos.

Cabe hacer mención que en la fracción II del artículo 20 constitucional previó con acierto esta situación, y en el caso de que una confesión de una persona rendida ante cualquier autoridad distinta del ministerio público o del juez, o ante estos, sin la asistencia de defensor carecerá de todo valor probatorio. En relación a la confesión debemos decir que el Código Penal para el Estado de México, antes de ser abrogado en su artículo 60 párrafo segundo, concedía a los inculpados un beneficio en el sentido de que si el inculpado confiesa espontáneamente los hechos que se le imputan, o en ese mismo acto ratifica la rendida en indagatoria, o la formula con posterioridad hasta antes de la audiencia final de juicio, el juez podrá reducir hasta un tercio de la pena que le corresponda. El nuevo código del 20 de marzo del 2000 este beneficio se sigue concediendo, siempre y cuando no se trate de un delito grave, así calificado por la ley, tal como lo dispone en de artículo 58 párrafo segundo del Código Penal para el Estado de México.

En relación al numeral 60 citado en el párrafo anterior consideramos que este beneficio hasta antes de su abrogación se consideraba un gran avance, en el sentido de que se evitaba

la sobrepoblación de los centros preventivos, además de que cada interno representa para el Estado un alto costo económico.

Fracción VII.- en torno a la prueba, también esta fracción dispone que "Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso."

A medida que se desarrolla el procedimiento penal, los actos que lo integran se documentan en un expediente; este reúne las constancias de las diligencias practicadas por el órgano investigador, a fin de determinar si ejercita o no, la acción penal; es pertinente mencionar que al defensor en la indagatoria, muchas de las veces no le permiten ni siquiera ver el expediente, y la intervención de la defensa, se reduce a sólo estar presente en el momento en que le van a tomar su declaración ministerial, cumpliendo así el Agente Investigador, el requisito constitucional de ser asistido de un abogado o persona de su confianza, cuando la defensa no se reduce a eso, sino de presentar todos los medios probatorios necesarios para que en base ello el Ministerio Público valore, si ejercita o no la acción penal.

Fracción IX.- como ya se ha hablado anteriormente, y respecto a esta fracción en especial, tenemos que tras la reforma de 1993, la citada fracción otorga al inculcado el

derecho a una defensa adecuada, criterio que guiará la calificación de la defensa para establecer si el proceso se ha desarrollado debidamente o si existe causa para anular actuaciones, en virtud de que el inculpado no contó con la defensa adecuada, que la Constitución estipula.

Esta defensa, sigue diciendo el precepto, se ejercerá por sí, es decir, por el propio inculpado, por abogado o por persona de su confianza, he aquí la libre interpretación de nuestra Constitución del principio de libre defensa, pero como ya lo hemos mencionado, consideramos que si bien es cierto que nuestra Constitución es muy amplia para que el procesado cuente con una defensa por sí mismo, por abogado o por persona de su confianza; consideramos que para que el indiciado nombre como su defensor a una persona de su confianza; esta debe de cumplir con cierto perfil o en su defecto que desde esta etapa de la indagatoria, y en el caso de que el indiciado haya nombrado persona de confianza, sea asistida por el defensor de oficio adscrito, porque en esta etapa de Averiguación Previa, se dan los casos de que el indiciado nombra a persona de su confianza y el defensor adscrito no interviene para nada, luego entonces cual sería la función que desempeñaría la persona de confianza nombrada como tal y como nuestra Constitución lo refiere, sino exige ningún requisito para hacerlo, luego entonces, podrá ser cualquier persona que incluso, carezca de los conocimientos jurídicos más elementales, o se

trate de una persona que ni siquiera sepa leer o escribir; por ello sería conveniente que fuera asistida por el defensor de oficio, tal como se da en la Instrucción, por ello sería conveniente que para darle el debido cumplimiento a este precepto constitucional sería necesario que se reformará el mismo, con la finalidad de que el indiciado cuente con una adecuada defensa como lo dice la constitución.

2.7.- Defensa por sí o por persona de confianza

El texto de la fracción IX del artículo 20 Constitucional, establece que debería oírse al inculpado en defensa, "por sí o por persona de su confianza"; al analizar detenidamente esta parte, dado los términos tan amplios a esto, si bien es cierto, es un derecho del inculpado defenderse por sí o por persona de su confianza, ello nada impediría que él incluso nombrara a cualquier persona de confianza, por tal circunstancia, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 160 ha tratado de remediar esta situación, disponiendo que no puede ser defensores los que se hallen presos ni los que estén procesados, ni los abogados que hayan sido condenados por delitos cometidos en el ejercicio profesional, ni los ausentes que por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el Tribunal dentro de las

veinticuatro horas que debe hacerse el nombramiento de todo defensor.

Por ello, queremos hacer mención, que la finalidad del presente trabajo no es limitar la defensa, sino que la persona nombrada como de confianza, cumpla con el verdadero fin al que fue propuesto, ya que esta figura persona de confianza, lejos de beneficiarle, le perjudicaría a la persona que la haya nombrado como tal y sería muy perjudicial dado que si es cualquier persona, y si éste carece de los conocimientos jurídicos más elementales, no cumple con la función de defensor.

Ahora bien, la propuesta al presente trabajo, es la reforma de la fracción IX del artículo 20 Constitucional, en el sentido de que si una persona fue nombrada como de confianza en la etapa de averiguación previa, sea asistida del defensor de oficio adscrito; tal y como lo establecen los artículos 160, párrafo segundo del Código Federal de Procedimientos Penales; y el artículo 170 fracción III Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

Por ello consideramos que si es muy necesaria, ya que se aplicaría en la primera etapa del procedimiento penal que es precisamente la indagatoria.

Ahora bien, por lo que respecta a la autodefensa, ésta es inadecuada, incluso en caso de que el indiciado sea un experto en Derecho Penal, en primer lugar porque involucrado personalmente en el problema que trata de resolver y teniendo en juego la libertad, el honor y el patrimonio propios, el procesado carece de la tranquilidad necesaria para actuar como su propio defensor, en segundo lugar porque, privado de su libertad por las medidas de prisión preventivas, el procesado carece de la movilidad indispensable para allegarse los medios probatorios necesarios para obtener un resultado favorable.

2.8.- El defensor de oficio en la Averiguación Previa

Antes de entrar a este tema, debemos mencionar que hablar de defensor de oficio, es hablar del servidor público que posee tal designación, y que tiene a su cargo la asistencia jurídica de aquellas personas que no cuentan con un defensor particular porque carecen de recursos económicos.

La finalidad de un sistema de defensa jurídica gratuita para quien la requiera, es evitar precisamente que la condición socioeconómica de una persona, se traduzca a una situación de indefensión o de desventaja, cuando ésta se halle ante la posibilidad de formar parte de un conflicto jurídico,

sometido a la actuación de los órganos jurisdiccionales u otras autoridades.

La Defensoría de Oficio como actividad pública, es sin duda una de las instituciones jurídicas con objetivos nobles para el sistema de justicia; debe de tener igual importancia la persecución de los delitos, que el otorgar a los presuntos responsables, las garantías necesarias para su defensa; y como ya se ha venido mencionando, que en cuanto a la defensa pública gratuita se encuentra garantizada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en la fracción IX constitucional, y que constituye la base fundamental del presente estudio.

Por otro lado, es importante mencionar que las comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia y de Derechos Humanos, presentaron un dictamen con proyecto de decreto a la Ley de Defensoría de Oficio del Distrito Federal (anteriormente llamada Ley de Defensoría de Oficio del Fuero Común, en el Distrito Federal, de la que se derogó en fecha 18 de junio de 1997).

Cuyos objetivos fue el análisis de la problemática en que se encontraba la defensoría de oficio, y uno de los problemas es que el presupuesto que se destina a dicha institución, es

insuficiente en comparación con la que tiene el agente del Ministerio Público.

Por otro lado, también se analizó respecto a la preparación de los defensores como deficiente y no se pedía experiencia en el ejercicio de la abogacía, así como los bajos salarios que percibían; en base a estas circunstancias, fue necesario derogar dicha ley y dar origen a la que actualmente se le llama Ley de Defensoría de Oficio del Distrito Federal, en la que en dicha ley en su artículo 17; ya refiere, que para que una persona pueda aspirar a la plaza de defensor, debe de participar en el examen de oposición el cual deberá acreditar, y además algo muy importante trascendente, ya se pide cuando menos un año de experiencia profesional. Por otro lado, tenemos que en esta ley nos describe en su artículo 36, cuales son las actividades realizadas por el defensor de oficio durante la Averiguación Previa y que es principalmente el brindar asistencia jurídica en las agencias investigadoras del Ministerio Público, siendo las que se describen a continuación:

I.- Atender las solicitudes de la defensoría que le sean requeridas por el indiciado o el Agente del Ministerio Público;

II.- Informar a su defendido sobre la situación jurídica, así como los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes secundarias.

III.- Auxiliar al defendido en la preparación y desahogo de todas las diligencias que se realicen a partir del momento en que asuma la defensa, y estar presente en ellas desde su inicio hasta su conclusión;

IV.- Entrevistarse con el indiciado para conocer su versión personal de los hechos y los argumentos, elementos de pruebas que pueda ofrecer a su favor, para hacerlo valer ante la autoridad del conocimiento;

V.- Señalar en actuaciones los elementos legales adecuados y conducentes para exculpar, justificar o atenuar la conducta de su representado;

VI.- Solicitar del Ministerio Público del conocimiento, el no ejercicio de la acción penal para su defendido, cuando no existan elementos suficientes para su consignación.

2.9.- La prueba en la Averiguación Previa

Al entrar al estudio de este punto, vamos hablar de manera muy general de las pruebas y para ello damos una definición de la palabra prueba, al respecto OSSORIO Manuel dice en su libro:

"Prueba, es el conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de

las partes, en defensa de sus respectivos pretensiones litigiosas."¹³

De esta definición, podemos entender como medios de prueba, a todo aquel medio directo o indirecto de llegar al conocimiento de lo hechos.

En la prueba pueden distinguirse tres elementos que son; el medio de prueba, el órgano de prueba y el objeto de la prueba; El primero de ellos es el medio de prueba, siendo esto el modo o el acto por el cual se suministran conocimientos sobre algo que se debe determinar en el proceso; es la prueba misma, es el presente que se une al objeto por conocer, con el objeto cognocente o dicho de otra forma, es el objeto o acto en el que el juez encuentra los motivos de la certeza.

Colín Sánchez lo define de la siguiente forma: "el medio de prueba es la prueba en si. Es el vehículo para alcanzar un fin. Esto significa que, para su operancia, debe existir un funcionario que le imprima dinamismo, y así, atraves de uno o más actos determinados, se actualice el conocimiento".¹⁴

Es posible lograr una clasificación de los medios de prueba; los llamados directos, que son los que permiten al

¹³ OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Eliasta. 1992 pag. 625.

¹⁴ COLIN Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, 18a Ed. Pág. 416.

juzgador que por medio de los sentidos, capte la verdad; y los indirectos, que brindan al juzgador un conocimiento de la verdad a través de referencias.

Continuando con nuestro tema en estudio, debemos saber cuales son los medios probatorios que positivamente deben aceptarse y de los cuales se han elaborado diversas clasificaciones como lo son:

a) nominados e inominados.- los nominados son aquellos a los que la ley concede nombre; el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, en su artículo 135, enumera como medios de prueba, a la confesión, los documentos públicos y privados, los dictámenes de peritos, la inspección ministerial y judicial, las declaraciones de testigos, y las presunciones, pero además todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que puedan ser conducentes, a juicio del Ministerio Público o el Tribunal.

En el Código Federal adjetivo en su título sexto, capítulo I, al VIII, enumera la confesión, la inspección, que puede tener carácter de reconstrucción de hechos, pericial, confrontación, careos, y las documentales. Los inominados como su nombre lo dice, no tienen una denominación especial,

b) autónomos y auxiliares.- los primeros no necesitan de otros para su perfeccionamiento, mientras que los auxiliares, solo se perfeccionan con otro medio probatorio,

c) mediatos e inmediatos.- los mediatos, requieren de una persona física portadora de la prueba, como el testimonio; los inmediatos, son aquellos que no necesitan la intervención de un órgano para llevar directamente al juez, el objeto de prueba, como sucede en el caso con la inspección ocular,

d) naturales y artificiales.- los naturales, son todos los que lleven el objeto sin mediación de indiferencias o procesos lógicos, y los artificiales son los que integran el objeto de manera indirecta, por mediación de procesos lógicos.

Otra situación importante es la valoración de las pruebas, y para ello COLIN Sánchez Guillermo, lo describe de la siguiente forma: "Es el acto procedimental, caracterizado por un análisis conjunto de todo lo aportado en la investigación (Relacionando unos medios de prueba con otros), para sí obtener un resultado en cuanto a la conducta o hecho, certeza o duda y a la personalidad del delincuente, certeza".¹⁵

Respecto al valor de la prueba que es la valoración que conforme a normas hace el hombre de ciertos hechos que capta analógicamente comparados con otros similares permitiéndole así, establecer premisas, para emitir su determinación en su caso en la averiguación previa por el Ministerio Público y en la instrucción por el órgano jurisdiccional.

¹⁵ Op cit. pp. 425.

Podemos mencionar también que el valor de la prueba, es la cantidad de verdad que posee; su valor, se refiere a la comunicación que existe entre el intelecto y la realidad, y lo trascendente para el proceso penal es conocer la verdad histórica y no la verdad formal.

Tenemos que existen pruebas que dan conocimiento de un dato llamadas pruebas plenas; y las semiplenas sólo proporcionan conocimiento parcial de un dato.

Así también tenemos que existen pruebas tasadas y de libre apreciación, cuando la ley fija de manera determinada el valor de la prueba, se trata de una prueba tasada, situación que se justifica para evitar arbitrariedades de los jueces.

En la prueba de libre apreciación o estimación, el juez puede darle el valor que considere necesario, siempre con la finalidad de llegar a la verdad histórica motivo de la prueba, en relación a esto tenemos que mencionar que en el artículo 290 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala la obligación del órgano jurisdiccional de motivar sus jurisdicciones en que valoren sus pruebas, en este sentido la motivación de este tipo de resoluciones es de mucha importancia para el proceso penal, pues con ella se fiscaliza y se permite entender la actividad intelectual del juzgador frente a las

pruebas y en el caso concreto, con objeto no sólo de comprobar que su resolución es producto de un acto de reflexión lógica y fundamentación legal, sino de conocer el curso de su razón, y así estar en posibilidad de impugnarlo para el caso de que este razonamiento sea equivocado o ilegal.

Por otra parte respecto a la carga de la prueba debemos mencionar que en materia penal no existe, pues nadie está obligado a aportar determinadas pruebas en el proceso, porque se trata principalmente llegar a la verdad histórica y no a la verdad formal.

En materia penal se establecen dos reglas de las cuales son: en primer lugar por principio general, toda persona es inocente hasta que no se pruebe lo contrario, así cobra vigencia la locución latina *in dubio pro reo*, si después de apreciar las pruebas existe duda, se debe de absolver al procesado tal y como lo dispone el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. En segundo lugar ante la existencia de una presunción legal, probados los elementos descritos en la ley, la carga de la prueba descansa en el inculpado; Las pruebas las ofrece el Ministerio Público y el ofendido, la defensa y el inculpado.

Órgano de Prueba. Se dice que el órgano de prueba es la persona que suministra en el proceso el conocimiento del

objeto de la prueba, proporsiona al órgano jurisdiccional, el conocimiento, no debe confundirse el órgano de prueba con el jurisdiccional. El órgano de prueba tiene dos momentos los cuales son:

I.- Percepción, se fija el instante en que el órgano de prueba toma el dato que va a ser objeto de prueba,

II.- Aportación, el órgano de prueba da ante el juez el medio probatorio.

Respecto a la carga de la prueba, dada la postura que guarda el Ministerio Público en el proceso, éste debe de aportar las pruebas que incriminen al inculpado, así como la defensa, aportar pruebas que lo exculpen.

En cuanto al objeto de la prueba, es lo que se debe averiguar en el proceso, saber la verdad que se pretende demostrar mediante los medios de prueba que se hayan aportado, para conocer la verdad histórica vamos a referirnos a cada prueba en concreto:

a) la confesión.- decimos que es el reconocimiento que hace una persona de su propia responsabilidad, dicho lo anterior, podemos dar la siguiente definición: "La confesión es la admisión de la verdad, respecto de un hecho o un acto propio, que produce consecuencias desfavorables para el confesante,"¹⁶

¹⁶ Diccionario Ilustrado Vox, Latino-Español, Español Latino. 19a reimpresión. España 1994 Pág. 599.

b) la prueba documental.- desde el punto de vista jurídico, es el objeto material en el cual por escritura o gráficamente consta o se significa un hecho, teniendo su fundamento legal en el artículo 269, del Código Federal de Procedimientos Penales y en el 230 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal,

c) la prueba pericial.- El diccionario jurídico mexicano dice: "recibe el nombre de peritaje, el examen de personas; hechos u objetos, realizados por un experto en una ciencia, técnica o arte, con el objeto de ilustrar al juez que conoce de la causa, sobre cuestiones que por naturaleza requieran de conocimientos especializados, que sean del dominio cultural de tales expertos, cuya opinión resulte necesaria en la resolución de una controversia jurídica."¹⁷ Tenemos entonces que el peritaje consiste en auxiliarse de determinadas personas conocedoras del arte, ciencia o técnica para el conocimiento de determinado objeto, encontrándose su fundamento legal en los artículos 220, 220 bis, del c.f.p.p y el artículo 162 del c.p.p d.f.,

d) la testimonial.- es aquella que se basa principalmente en una declaración de un persona ajena a las partes, sobre los hechos relacionados con el proceso, y que hayan sido conocidos directamente y a través de sus sentidos, por lo cual todos aquellos que hayan tenido conocimiento directo de los hechos,

¹⁷ Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo IV, Ed. Porrúa Unam, 6a Ed. 1993. Pág. 2385.

están obligados para rendir su declaración como testigos, tal como lo refieren los numerales 240, 242 del c.f.p.p., y el 189,191, c.p.p.d.f.,

e) la inspección.- Es el examen u observación, junto con la descripción de personas, cosas o lugares, y se divide en: inspección ministerial e inspección judicial, tal y como los describe el artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y como su nombre lo dice el primero de ellos es practicado por el ministerio público y el segundo es realizado por el órgano jurisdiccional. Dicha prueba, se considera como un medio directo si es realizada por el juez, y será indirecto si es el Ministerio Público quien realiza la diligencia, cuyo fundamento legal lo encontramos también en el numeral 208, del Código Federal de Procedimientos Penales,

f) la presuncional.- Esta prueba tiene gran relevancia, ya que ha desplazado a la confesional como la reina de las pruebas, por lo cual no tiene forma especial de recepción y sólo se ofrece y se aplica en el momento de la sentencia. Sus elementos son un hecho conocido, uno desconocido, y un enlace entre ambos hechos, enlace que siempre debe ser objetivo. El indicio de un hecho conocido del cual se infiere necesariamente, la existencia de otro desconocido, llamado presunción, cuyo fundamento legal lo encontramos en los artículos 245 c.p.p.d.f., 286,290 c.f.p.p.

CAPITULO III

ASPECTOS GENERALES DE LA AVERIGUACION PREVIA

3.1.- Concepto de Averiguación Previa

La palabra averiguar, como muchas palabras llevan al prefijo latino a, que significa tender, ir, caminar hacia algo, en este caso, debe de ir encaminado hacia la verdad; por ello el Ministerio Público debe de ir en búsqueda de una verdad desconocida o histórica para dejar que el juez posteriormente verifique lo conocido y afirmado, es decir que lo que el Ministerio Público afirme, ya debe estar previamente averiguado y así figurar en su pedimento, en cuanto al hecho delictuoso en sí, dejando como única y exclusivamente la responsabilidad del autor.

Ahora bien, si por investigar entendemos la búsqueda sistemática, técnica y científica de pruebas que llevan a la demostración de que se ha cometido un hecho, un evento o un suceso prohibido y sancionado así por una norma, es decir un delito descrito así por el Código Penal.

OSORIO y Nieto, respecto al concepto de Averiguación Previa nos dice que: "Es la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal."¹

Por su parte COLIN Sánchez, refiere que la Averiguación Previa: "Es la etapa procedimental en la que el estado por conducto del procurador y de los agentes del ministerio público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, practica las diligencias necesarias que le permiten estar en aptitud de ejercitar en su caso la acción penal, para cuyos fines deben estar acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad."²

Continuando con el concepto de Averiguación Previa, el período de Averiguación, ha recibido diversos calificativos, GARCIA Ramírez le llama Instrucción administrativa; para RIVERA Silva le llama preparación del proceso; para BRISEÑO Sierra fase indagatoria Etc..

¹ OSSORIO Y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa, 8va. edición 1997. Pág. 4.

² COLIN Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. 18a Ed. Pág. 311.

Respecto a la esencia de la Averiguación Previa, tanto la ley como la propia doctrina se muestran en desacuerdo con respecto a su esencia; SILVA Silva comenta: "La Averiguación Previa se reducen a dos corrientes o posiciones fundamentales:

a) criterio de promoción, entre las ideas que podemos considerar tradicionales, o mejor dicho más divulgadas, se sostiene que através de la Averiguación Previa el Ministerio Público, especialmente el mexicano, prepara la promoción de la acción penal, de las cuales militan en esta corriente González Bustamante,

b) criterio determinación.- En este enfoque, encontramos las ideas de Sergio Ramírez, según este criterio el Ministerio Público no prepara la acción procesal penal, sino la determinación del sujeto encargado de promoverla acerca de si la inicia o no, es decir, no es lo mismo preparar la promoción de la acción, que realizar los actos necesarios para ver si se promueve o no la acción procesal."³

En síntesis podemos decir que la Averiguación Previa, es el conjunto de diligencias practicadas por el ministerio público investigador, tendientes a acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y estar en condiciones de ejercitar o no la acción penal ante el órgano jurisdiccional.

³ SILVA, Silva Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial Harla. 1a. edición 1990. Pág. 250

3.2.- Denuncia, acusación, querrela.

Uno de los aspectos que comprende la averiguación previa es la noticia sobre el delito o "notitia criminis", tenemos pues que el agente del ministerio público puede tomar conocimiento de un hecho delictuoso en forma directa o inmediata, por conducto de los particulares; por algún agente de la policía o por quienes estén encargados de un servicio público; por el juez en ejercicio de sus funciones, cuando de lo actuado se advierta su probable comisión en la secuela procesal (civil o penal); y por querrela.

Debemos entender como denuncia al acto procedimental a través del cual una persona pone en conocimiento del ministerio público un hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible de oficio. Ossorio Nieto Comenta: "es la comunicación que hace cualquier persona al ministerio público, de la posible comisión de un delito perseguible por oficio."⁴

De lo antes expuesto podemos decir que la denuncia es la puesta en conocimiento verbalmente o por escrito a la autoridad competente, en este caso del Ministerio Público, un hecho probablemente constitutivo de delito a efecto de si estima procedente iniciar la averiguación previa.

⁴ OSSORIO y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa, edición 8va. 1997. Pág. 9

Por lo tanto tenemos que el denunciante durante la etapa de indagatoria como en el proceso permanece en calidad de un tercero, sin que pueda considerarse como parte del mismo, sin embargo no quiere decir que no pueda requerirse su intervención en calidad de testigo cuantas veces sea necesario ya sea para los efectos de ratificación, o para ampliar la misma en forma directa o através de preguntas que le formule el Ministerio Público en la averiguación previa o en la instrucción, tanto el Ministerio Público, el defensor, o incluso el órgano jurisdiccional.

La noticia del delito o noticia criminis, no es un requisito de procedibilidad para que el estado através del procurador de justicia o el Agente del Ministerio público que este determine, se avoque a la investigación del delito; bastará que dicho funcionario esté informado por cualquier medio, para que de inmediato quede obligado a practicar las investigaciones necesarias que le permitan concluir en su oportunidad, si la conducta o hecho constituye una infracción penal, así como quien es el responsable del mismo.

En el artículo 16 constitucional se incluye la palabra denuncia entre otros más elementos para girar una orden de aprehensión. Como se puede observar en su párrafo segundo precepto, que a la letra dice: "no podrá librarse orden de aprehensión sin por la autoridad judicial y sin que preceda

denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado". Lo que significa que el juez no puede proceder a librar dicha orden sino hasta que el Ministerio Público ejercite la acción penal, esto en razón de que ya hubo previamente una denuncia o querrela; pues sin este requisito el juez no podrá efectuar el libramiento de tal orden.

La denuncia en general puede ser presentada por cualquier persona sin importar el sexo o la edad, salvo las excepciones previstas en la ley y esta podrá presentarse verbalmente o por escrito, ante el Agente del Ministerio Público y esto obliga a que de oficio proceda a la investigación de los hechos siempre y cuando no se trate de delitos que se requieran para su investigación algún requisito de procedibilidad.

FENECH Miguel, hace una diferencia entre de diferentes tipos de denuncia de las cuales comenta: "La denuncia pública, es aquella que tiene por objeto un hecho que reviste los caracteres de un delito o falta cuya persecución ha de realizarse en un proceso que tenga por objeto una pretensión punitiva (de los llamados delitos o faltas perseguibles de oficio). Dentro de la denuncia pública se

pueden distinguir dos especiales, según se trate de una denuncia oficial o particular:

a) oficial.- Se entiende por denuncia pública oficial, la que se lleva a cabo por funcionarios o autoridades especialmente instituidas para la prevención y descubrimiento de los hechos que revisten los caracteres de un delito o falta, tales como los miembros de la policía judicial.

b) Particular.- Denuncia pública particular, es la que realizan los particulares que presenciaren la comisión de un hecho que revista los caracteres de un delito o falta de los llamados públicos.

Denuncia Privada.- Es aquella que tiene por objeto un hecho que reviste los caracteres de un delito de violación, abusos deshonestos, estupro, rapto, realizado con miras deshonestas; en estos casos la denuncia es, además de una declaración de conocimiento, una declaración de voluntad tácita en virtud de la cual, se da vida al presupuesto relativo particular de la pretensión punitiva pública."⁵

Acusación.- Ossorio y Nieto, la definen de la siguiente forma; "Es la imputación directa que se hace una persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea

⁵ FENECH Miguel. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editorial Bosch. Barcelona. Pág. 62,63.

perseguible de oficio o a petición de la víctima y ofendido."⁶

La palabra acusación se ha empleado como sinónimos de la querrela, era la reclamación que se hace para que se persiga un delito y se castigue a un delincuente y en este concepto, quedaba comprendido, tanto la acusación hecha por un particular para que se persiguiera un delito privado, en el que fuera ofendido, como la reclamación que hacía cualquier persona capaz para que se persiguiera y castigara un delito público.

Jacinto Pallares señala que: "se llama acusación al ejercicio judicial de la acción que tiene alguien de pedir el castigo de un delito, y que los acusadores eran verdaderos actores en juicio criminal que deducen una acción penal."⁷

Querrela.- Continuando con el desarrollo del presente trabajo vamos a definir que se entiende por querrela y para ello Zamora Pierce, comenta al respecto: "la querrela es otro de los medios legales, a que se recurre para poner en conocimiento al órgano competente, que se ha cometido o

⁶OSSORIO y Nieto Cesar Augusto. LA Averiguación Previa. Editorial Porrúa. 8va. edición. 1997. Pág. 191

⁷ PALLARES, Jacinto. El Poder Judicial a tratado completo de la organización, competencia y procedimientos de los tribunales de la república mexicana, México. Imprenta de comercio de Nabor Chávez. 1874, Pág. 202.

pretende cometer un delito, pero con la particularidad de que sólo puede recurrir a ella la persona ofendida o su legítimo representante, siempre que se trate de delitos que por disposición de la ley, sean aquellos que se persigan a instancia de parte, y se exprese la voluntad de que proceda en contra del responsable."⁸

Por otra parte, Manzini Vincenzo comenta al respecto: "la querrela exige dos manifestaciones de voluntad; la de llevar la noticia a la autoridad competente el hecho considerado como delito; y la de ejercitar el derecho de querrela, o sea de demandar que se proceda."⁹

Para definir el concepto de querrela decimos que es un derecho o facultad que tiene una persona. a la que se le designa querellante, victima de un hecho ilícito penal, para hacerlo del conocimiento del procurador de justicia o del Agente del Ministerio Público, y con ello dar su anuencia para que se investigue la conducta o hecho y satisfechos que fueren los requisitos previstos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, el Ministerio Publico ejercita la acción penal correspondiente.

⁸ ZAMORA Pierce, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Editorial Porrúa 8va, edición, México 1999. Pág. 88

⁹ MANZINI Vicenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal, Traducción Santiago Senties. Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina. 1949, Pág, 26.

Por consiguiente, tenemos que es necesario la voluntad del ofendido para su investigación, no sólo el agraviado sino también su legítimo representante lo harán del conocimiento del Ministerio Público, para que se avoque a la investigación, por tanto el agente investigador está impedido para proceder sin que medié manifestación del que tiene ese derecho.

Conviene hacer una distinción entre querrela y denuncia, ya que de ello depende la iniciación del procedimiento penal, y la primera distinción es que en la querrela, se contiene una declaración de la voluntad, mientras que en la denuncia, es una declaración de conocimiento; en segundo lugar, la querrela constituye un derecho potestativo, mientras que la denuncia representa un deber, la querrela ha de formularse ante el órgano de acusación competente para la iniciación de la Averiguación que se solicita en la misma, mientras que la denuncia puede formularse ante la policía judicial federal quien actúa bajo autoridad y mando inmediato del Ministerio Público y dentro del periodo de Averiguación Previa la policía judicial federal está obligada a recibir denuncias sobre hechos que puedan considerarse delitos de orden federal, sólo cuando debido a las circunstancias del caso aquellas no pueden ser formuladas ante el Ministerio Público, al que la policía judicial federal informará de inmediato acerca de las mismas y de las diligencias practicadas, cuyo precepto se encuentra

contemplado en el artículo tercero, fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales.

En cuanto a los requisitos formales tenemos que la querrela puede ser presentada por el ofendido, por su representante, por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas, ni poder especial, para el caso concreto.

La querrela puede formularse verbalmente o por escrito, debe ser ratificada por quien la presente ante la autoridad competente, por medio de procurador con poder especial, con firma del letrado y en la forma establecida en la ley, mientras que la denuncia puede ser verbal o escrita, por consiguiente no tiene señalados requisitos formales que la condicionen.

En cuanto a los efectos de la querrela, lleva consigo la Constitución en parte del querellante, lo que no se da para la denuncia, así como la necesidad, en caso de ser rechazada, que se niegue su admisión, mientras que la denuncia se rechaza de plano.

En la querrela proponen diligencias y exige actividades posteriores por parte del querellante que están vedadas al denunciante.

Por otro lado, Fenech Miguel, hace una distinción de la querrela y para ello refiere al respecto: "La querrela, la clasifica en querrela pública y privada, la primera, es aquella que tiene por objeto un hecho que pudiera servir de fundamento facticio a una pretensión punitiva pública, la querrela pública puede a su vez distinguirse en otros dos tipos, según que tenga por objeto un hecho que sirva de fundamento facticio a una pretensión punitiva pública absoluta o relativa:

a) absoluta. Entendemos por querrela absoluta la que tiene por objeto un hecho que reviste los caracteres de un delito o falta de los llamados públicos, o perseguibles de oficio.

b) relativa. Es la que tiene por objeto un hecho que reviste los caracteres de un delito que exige para su persecución la concurrencia de determinados presupuestos de los denominados relativos, que a su vez pueden ser oficiales o particulares. Querrela privada es la que tiene por objeto un hecho que reviste los caracteres de un delito o falta que sólo puede ser perseguido a instancia de parte, es decir, aquella que sólo puede ser formulada por ciertos legitimados para ello."¹⁰

¹⁰ FENECH Miguel. Derecho Procesal Penal. Tomo II Editorial Bosch 1945. Pág.82,83.

Ahora bien, los delitos que pueden ser perseguibles por querrela y de acuerdo con el Código Penal para el Distrito Federal, son los siguientes:

- violación de correspondencia, artículo 173
- ejercicio indebido del propio derecho, artículo 226
- hostigamiento sexual, artículo 259 bis
- estupro, artículo 260, 261
- amenazas comprendidas en el artículo 282 c.p.
- lesiones comprendidas en el artículo 289 c.p.
- lesiones producidas por tránsito de vehículo
- abandono de un conyuge, artículo 337
- difamación y calumnia, artículo 350 y 356
- privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales, artículo 365 bis
- abuso de confianza, artículo 382
- daño en propiedad ajena, artículo 397
- los delitos previstos en el título XXII, del Código Penal
- fraude, artículo 386
- despojo artículo 395, las hipótesis previstas en los últimos párrafos del artículo 395 del Código Penal, y el peligro de contagio entre conyuges, artículo 199 bis.

En síntesis, podemos decir que la querrela, es una manifestación de voluntad por parte de una persona en calidad de víctima u ofendida por algún menoscabo que se le haya

causado, con la finalidad de que el Ministerio Público tenga conocimiento para que inicie la Averiguación Previa.

3.3.- Base Constitucional de la Averiguación Previa

La Averiguación Previa tiene su base Constitucional en los preceptos 16, 19, 20, y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Las garantías constitucionales establecidas en la Constitución aseguran a los individuos el uso pacífico y el respeto de los derechos que la propia Constitución preveé, por lo tanto, son derechos subjetivos en su favor, por lo tanto, irrenunciables que se encuentran contenidos dentro de los primeros veintinueve artículos de nuestra Carta Magna.

Por lo tanto, la función de las garantías constitucionales es la de establecer el mínimo de derechos que puede tener un individuo y las condiciones para asegurar su respeto, siendo estas garantías un instrumento por el cual limita a las autoridades el actuar libremente y que dichas actuaciones vayan en detrimento de sus garantías individuales.

Respecto a la fundamentación OSSORIO Y Nieto nos da una definición que a la letra dice: "Fundamentar, es invocar con

toda precisión y exactitud del derecho aplicable al caso concreto."¹¹

Por ello, tenemos que todo mandato o acto de autoridad debe fundamentarse en disposiciones de carácter legal y exactamente aplicables al caso de que se trate; por lo tanto, los órganos de gobierno deben de actuar conforme a las normas jurídicas y su fundamentación debe de ser precisa, en el sentido de expresar claramente en que apoyan su determinación o mandato.

El párrafo segundo del mismo artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala: "no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad de el indiciado". Veáse pues, que este precepto reconoce en sentido estricto como medios de iniciación del procedimiento penal, la denuncia y la querrela y cualquiera de las dos, es indispensable para poner en movimiento al órgano jurisdiccional. Por ello, para que la autoridad jurisdiccional pueda librar una orden de aprehensión, es requisito

¹¹ OSSORIO Y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa. 8va. edición 1997. Pág. 36

indispensable que exista previamente una denuncia o querrela que por supuesto dieran origen a una averiguación previa en la que el órgano investigador, una vez reunido el cuerpo del delito y la probable responsabilidad haga efectivo el ejercicio de la acción penal ante el órgano jurisdiccional, por lo que consideramos que no bastaría la existencia de una denuncia o querrela, si no que necesariamente una indagatoria.

La Averiguación Previa, es una fase o etapa del procedimiento penal, que se desarrolla ante el Ministerio Público, sin la intervención del juez y comienza cuando se presenta una denuncia o una querrela verbal o escrita, ante este de un hecho probablemente delictuoso y en contra de alguna persona o en contra de quien resulte responsable, como autor o partícipe de un hecho posiblemente constitutivo de delito y concluye cuando el Ministerio Público habiendo realizado la investigación que le incumbe con base en las pruebas han reunido resuelva ejercitar la acción penal ante el juez, o en su caso cualquier otra determinación a la que me referiré más adelante.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

3.4.- Determinaciones del Ministerio Público en la Averiguación Previa.

Una de las obligaciones que impone la ley al Ministerio Público es; el determinar la situación jurídica de las personas dentro del plazo de 48 y 96 horas, cuando se trate de delincuencia organizada de conformidad a lo que establece el artículo 16 párrafo séptimo de la nuestra Carta Magna; por lo tanto, dentro de ese plazo el Ministerio Público puede dictar las siguientes resoluciones:

- a) ejercicio de la acción penal
- b) reserva
- c) no ejercicio de la acción penal (archivo).

Respecto a nuestro primer inciso referente al ejercicio de la acción penal, tenemos que hacer un paréntesis debido a que nuestra Carta Magna, fue reformada en fecha 8 de marzo de 1999, en lo referente a la fracción II del artículo 16 Constitucional, en donde substituye el requisito de los elementos del tipo penal, por el cuerpo del delito, en adecuación a la citada reforma del precepto ya mencionado, en fecha 18 de mayo de 1999 también hubo reformas al Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 134 quedando en su redacción de la siguiente forma: "... En cuanto aparezca de la Averiguación Previa que se ha acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado,

en términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.

No obstante lo dispuesto por la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio público podrá ejercer la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por falta de elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculpado de acreditar ante el propio Ministerio Público, la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo.

Para el libramiento de la orden de aprehensión, los tribunales se ajustarán a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 16 Constitucional y en el 195 del presente código.

Si el ejercicio de la acción penal, es con detenido, el tribunal que reciba la consignación radicará de inmediato el asunto, y se entenderá que el inculpado queda a disposición

del juzgador, para los efectos constitucionales y legales correspondientes, desde el momento en que el Ministerio Público lo interne en el reclusorio o centro de salud correspondiente.

El Ministerio Público dejará constancia de que el detenido quedó a disposición de la autoridad judicial y entregará la copia de aquella al encargado del reclusorio o centro de salud, quien asentará el día y hora de la recepción.

El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en primer caso ratificará la detención y en segundo lugar, declarará la libertad con las reservas de ley.

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

En el Pliego de la consignación, el Ministerio Público hará expreso señalamiento de los datos reunidos durante la Averiguación Previa que a su juicio, puedan ser consideradas para los efectos previstos en los artículos 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en

los preceptos de este código relativo a la libertad provisional bajo caución, tanto en lo referente a la determinación del tipo penal, como por lo que respecta a los elementos que deban tomarse en cuenta para fijar el monto de la garantía."¹²

Respecto a las reformas de los preceptos ya mencionados, en lo que se refiere al cuerpo del delito, tenemos que dar una definición de lo que significa y para ello el Licenciado ACERO Julio, comenta lo siguiente: "cuerpo del delito, es el conjunto de los elementos materiales que forman parte de toda infracción o si se quiere insistir en identificarlo con ella, aclaremos cuando menos que es el delito mismo pero considerado en su aspecto meramente material de un hecho violatorio, de acto u omisión previstos por ley; prescindiendo de los elementos morales (intención dolosa, descuido del agente o lo que sea) que hayan ocurrido en tal acto y que son parte también de la infracción pero solo para constituir la responsabilidad, no el cuerpo del delito".¹³

Por su parte Jiménez Huerta, Mariano comenta: "El concepto de corpus delicti es medular en el sistema mexicano,

¹² DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código Federal de Procedimientos Penales comentado. Editorial Porrúa, edición 5ta. pág. 11,12.

¹³ ACERO Julio. Procedimiento Penal. Editorial Cajica. Edición 5ta, 1961.

pues sobre él descansa el enjuiciamiento punitivo y sus criterios científicos rectores."¹⁴

Por otro lado, el artículo 168 párrafo primero del Código Federal de Procedimientos Penales decía: "El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El artículo anterior sufrió reformas con el objeto de adecuarlo a la reforma hecha al artículo 16 Constitucional mediante decreto del 3 de febrero de 1999, publicado en el diario oficial el 8 de marzo del mismo año, donde se sustituyó el requisito de los elementos del tipo penal del delito, por el cuerpo del delito.

Por su parte el cuerpo del delito en la jurisprudencia, lo define: por cuerpo del delito debe entenderse al conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal (Apéndice 1917-1975 primera sala, No. 93 página 201).

¹⁴ JIMENEZ Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I, Editorial Porrúa. México 1980. pág. 30

Como podemos observar en la jurisprudencia transcrita, y el artículo 168 párrafo segundo del Código Federal de Procedimientos Penales, quedó definido el cuerpo del delito casi de manera similar como se describe en la jurisprudencia ya transcrita.

El regreso al concepto cuerpo del delito alude hoy sólo al aspecto objetivo del tipo, casi como estaba antes de la reforma de 1993; el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales establece el deber de consignar que tiene el Ministerio Público cuando se hubiere acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, sin contemplar los aspectos subjetivos; por lo que quedó impedido el Ministerio Público para analizar el aspecto subjetivo del tipo en la Averiguación Previa, motivo por el cual el párrafo segundo de este precepto señala que si se presentaran estas circunstancias en la indagatoria, deberá remitirlas con la consignación al juez penal a fin de que sea éste quien las investigue en el proceso relativo.

Continuando con el desarrollo del presente estudio, tenemos que la comisión de un delito, da origen al nacimiento de la exigencia punitiva y esta surge de la acción penal que es el deber del Ministerio Público de perseguir a los responsables por medio de diferentes órganos sujetos a formalidades procesales que se deben cumplir.

En consecuencia, tenemos que para que el Ministerio Público ejercite la acción penal ante los tribunales, debe de tomar en cuenta dos supuestos para la consignación, como lo son el cuerpo del delito y la probable responsabilidad; por ello, el Ministerio Público tiene la obligación de manifestar a quien consigna y porqué consigna, es decir, debe de expresar los nombres del delincuente y el delito que motiva el ejercicio de la acción penal.

Respecto al segundo inciso (reserva) tenemos que otra de las determinaciones que hace el Ministerio Público es precisamente la reserva, que a la luz del artículo 131 del Código Federal de Procedimientos Penales establece: "...si de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que puedan practicar otras, pero con posterioridad pudiera allegarse datos para proseguir la averiguación, se reservará el expediente hasta que aparezcan esos datos, y entretanto se ordenará a la policía que haga investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos."¹⁵

La reserva de actuaciones tiene lugar cuando existe imposibilidad de cualquier naturaleza para continuar la

¹⁵DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código Federal de Procedimientos Penales Comentado. Editorial Porrúa. edición 1998. pág. 143.

Averiguación Previa y practicar más diligencias, y no se ha integrado completamente el cuerpo del delito y por lo tanto, la probable responsabilidad, o bien, cuando habiéndose integrado el cuerpo del delito, no es posible atribuir la probable responsabilidad de persona determinada.

En síntesis decimos que el Ministerio Público resuelve la reserva del expediente, hasta en tanto no aparecen nuevas pruebas para integrar completamente el cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad de un indiciado.

Respecto al inciso tercero del no Ejercicio de la Acción Penal tenemos, que para que el Ministerio Público ejercitara la acción penal, debía cumplir con determinados presupuestos procesales como lo son, acreditar previamente el cuerpo del delito, y la probable responsabilidad; así como también ciertos requisitos de procedibilidad como la denuncia y querrela y en tal circunstancia, cuando en la Averiguación Previa no se acreditan los citados presupuestos procesales y requisitos de procedibilidad, no únicamente no realiza el ejercicio de la acción penal, sino le surge otro deber que es precisamente no ejercitar la acción penal; este deber se cumple en la llamada resolución de archivo que emite el Ministerio Público y produce el efecto de impedir definitivamente el ejercicio de la acción penal, cumpla con el requisito que establece el artículo 133 del Código Federal de

Procedimientos Penales que refiere este precepto que tal determinación, el Ministerio Público tiene la obligación de notificarles personalmente a los querellantes, denunciados u ofendidos, la resolución de no ejercicio de la acción penal.

En cuanto a este aspecto, el artículo 21 de nuestra Constitución, concede un beneficio a la parte agraviada en el sentido de que puede inconformarse con la resolución de no ejercicio de la acción penal en la vía jurisdiccional.

Ahora bien, el artículo 137 del Código Federal de Procedimientos Penales nos describe los motivos por los cuales no ejercita acción penal y en cuanto a su primera fracción señala lo siguiente: "...cuando la conducta o los hechos de que conozca, no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal".

En esta fracción, tenemos que se refiere al cuerpo del delito entendiéndose por esto, al conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los elementos normativos en caso de que el tipo lo requiera.

En cuanto a la fracción II, refiere: "...cuando se acredite plenamente que el inculcado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y sólo por lo que

respecta a aquél." En esta fracción se refiere a la probable responsabilidad del indiciado entendida esta como todos aquellos medios probatorios existentes que deduzcan su participación en un delito, por ello, de no existir la probable adecuación de la conducta del indiciado al tipo penal, no se ejercitara acción penal, por no existir un sujeto en contra de quien se pueda pretender punitivamente por ende, se debe identificar previamente al probable responsable.

Fracción III.- Cuando, aún pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable.

Esta fracción se refiere a la prueba; de no existir prueba del cuerpo del delito, así como de la probable responsabilidad, no se debe ejercitar acción penal ya que si no se da lo primero, mucho menos lo segundo.

Fracción IV.- Cuando la responsabilidad penal se halla extinguida legalmente, en los términos del Código Penal.

Esta fracción, se refiere a las causas de extinción que señala el artículo 91 del Código Penal Federal y de las que son: muerte del delincuente, amnistía, perdón del ofendido, indulto, reconocimiento de inocencia y prescripción.

Fracción V.- Con lo que respecta a la fracción referida es conveniente recordar que de conformidad con lo establecido por el artículo 21 constitucional, al Ministerio Público le corresponde la investigación y persecución de los delitos, mas no es competencia resolver la responsabilidad o irresponsabilidad de un inculpado, ya que son atribuciones que unica y exclusivamente compete a los Tribunales, por ello, consideramos que no puede el organo investigador adjudicarse funciones que no le competen, ya que no pueden ser parte al mismo tiempo; por ello consideramos que la fracción en comente es inconstitucional.

3.5.- Requisitos Constitucionales para el Ejercicio de la Acción Penal.

Como ya se ha venido mencionando en el punto anterior, respecto al ejercicio de la acción penal continuando diciendo, que es el acto por medio del cual, el Ministerio Público, al haber practicado todas las diligencias para la integración de el cuerpo del delito (antes elementos del tipo penal); así también, la probable responsabilidad penal; consignaba la Averiguación Previa, al juez competente; lo anterior tiene su fundamento legal en el párrafo segundo del artículo 16 de La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.



Gobierno del Estado de México
Procuraduría General de Justicia

AVERIGUACION PREVIA
CONSIGNACION

En _____ de _____ de 19 _____, el Suscrito Agente del Ministerio Público,
adscribo a: _____

CONSIGNA las presentes diligencias al C. JUEZ _____
_____, MEXICO _____ MANIFESTANDOLE: _____

PRIMERO.- Con fundamento en los Artículos 16, 19 y 21 de la Constitución General de la
República, 81 de la Constitución Política del Estado; 3º, 166 y 168 del Código de Procedi-
mientos Penales 2, 3, 5 inciso a) fracciones I y II, 17 fracciones I y II de la Ley Orgánica de la
procuraduría General de Justicia del Estado de México, vigente se ejercita acción penal en
contra de: _____

Como probable responsable(s) de(los) delito(s) de: _____

cometido(s) en agravio de: _____

ilícito(s) previsto(s) y sancionado(s) en lo dispuesto por el(los) artículo(s): _____

del Código Penal para el Estado de México.

El tipo penal del delito de: _____

se encuentra debidamente acreditado en autos en los términos del(los) artículo(s) _____

del Código de Procedimientos Penales con los siguientes elementos de prueba:

Respecto a su contenido y forma, no se exigen formalidades especiales para la elaboración de las ponencias de consignación, en los casos concretos se han utilizado formas de consignación impresas que facilitan y agilizan la formulación de esas ponencias, pero el uso de las mencionadas formas impresas, no es obligatorio, y en múltiples ocasiones es recomendable elaborar una ponencia de consignación para el caso específico, lo cual en términos generales, debe contener los siguientes datos:

- I.- Expresión de ser con o sin detenido
- II.- Número de la consignación
- III.- Número de acta
- IV.- Delitos o delito por los que se consigna
- V.- Agencia o Mesa que formula la consignación
- VI.- Número de fojas
- VII.- Juez al que se dirige
- VIII.- Mención de que procede el ejercicio de la acción penal
- IX.- Nombre de los presuntos responsables
- X.- Delitos o delito que se le imputan
- XI.- Artículo o artículos del Código Penal aplicables a la ley especial que establezcan y sancionen el ilícito o ilícitos de que se trate.
- XII.- Síntesis de los hechos, materia de la Averiguación Previa

XIII.- Artículos de la ley adjetiva, aplicable para la comprobación del tipo penal, así como los elementos de convicción utilizados específicamente al caso concreto.

XIV.- Forma de demostrar la probable responsabilidad penal.

XV.- Mención expresa de que se ejercita acción penal, así como en el caso de ser con detenido, el acuerdo de detención materia del indiciado en mérito por la autoridades investigadora,

XVI.- si la consignación se efectúa con detenido se debe precisar el lugar en donde queda éste a disposición del juez y solicitar la ratificación del auto en donde decreta la detención material de dicho sujeto, y en el caso de no ser confirmado dicho acuerdo, el solicitar se libre orden de aprehensión,

XVII.- Si la consignación se lleva acabo con o sin detenidos, se solicitará orden de aprehensión, cuando el delito o delitos que se atribuyan, sean sancionados con pena privativa , según sea el caso y,

XVIII.- Firma del responsable de la consignación.

3.6.- El Ministerio Publico como Titular de la Acción Penal.

En cuanto a este apartado tenemos que dar en primer lugar una definición respecto a qué es acción y en consecuencia OSSORIO, Manuel nos dice al respecto: "... Acción es un

derecho que se tiene a pedir alguna cosas en juicio, y modo legal de ejercitar el mismo derecho, pidiendo en justicia lo que es nuestro o se nos debe."¹⁶

Por otro lado, acción es su acepción gramatical, que significa toda actividad o movimiento que se encamina a determinado fin.

En sentido jurídico la acción debe entenderse esencialmente, como el derecho de actuar y está constituido por el acto o conjunto de actos por los cuales se recurre al poder jurídico para obtener que le presten fuerza y autoridad al derecho.

Este concepto de acción, es uno de los temas más complicados de la Teoría General del Proceso, porque se le ha definido de diversas maneras en la doctrina. En la teoría clásica, la acción se confunde con el derecho subjetivo que como relación de derecho material se hace valer en el proceso; estas ideas han sido trasladadas del procedimiento civil, al penal.

¹⁶ OSSORIO, Manuel. Diccionario de las Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, Edición 1992. pág. 16.

Se habla de la existencia de una pretensión, en la que la acción se funda en la pretensión del actor y no en la existencia del derecho subjetivo que es independiente.

La acción penal, tiene su origen en el delito; lo fundamental para su ejercicio es examinar si el hecho que se supone ocurrido, contiene los caracteres de tipicidad. Es en efecto la acción penal, un poder, deber de obrar, substancialmente distinta del derecho subjetivo de castigar o exigencia punitiva y que no siempre tiende a la imposición de una pena sino también se encaminan a medidas de seguridad.

Por otra parte, tenemos que respecto al ejercicio de la acción penal de parte del Ministerio Público, el Licenciado DIAZ DE LEON, Marco Antonio, refiere al respecto: "...No corresponde a un poder de éste, sino, antes bien, corresponde a una función establecida en la ley que, consecuentemente, desempeña como deber; se trata, en efecto, de una atribución determinada constitucionalmente en forma de imperativo para dicho órgano estatal."¹⁷

De la interpretación del párrafo primero del artículo 21 Constitucional referente a la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público; se deduce la función acusadora

¹⁷ DIAZ de León, Marco Antonio. Código Federal de Procedimientos Penales, Editorial porrúa. 5a Ed. 1999. Pág. 434.

del Representante Social, consistente en ejercitar la acción penal y pretender punitivamente mediante el acto llamado consignación; el planteamiento de esta ante el Tribunal no es potestativo para aquél, pues dado, el accionar penalmente, no corresponde a su derecho ni mucho menos aún, a su poder; como se ha mencionado; se trata pues, de una obligación de un deber de ejercitar la acción penal al tribunal cuando se hubieran acreditado en la Averiguación Previa, los presupuestos establecidos en el artículo 16 Constitucional, o sea la existencia de su caso, de la denuncia o querrela, así como el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado.

Tan es así, que el ejercicio de la acción penal es un deber del Ministerio Público, que si este no hiciera la consignación con detenido, cuando legalmente procediera hacerlo, incurriría en el delito oficial establecido en la fracción IX del artículo 225 del Código Penal para el Distrito Federal en su fracción novena.

Para que una conducta de acción o de omisión sea considerada como delito, conforme lo previene el artículo séptimo del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, se requiere:

a).- que su realización sea típica

- b).- que su ejecución, no esté permitida por la ley, o sea, debe ser antijurídica
- c).- que sin causa autorizada por el derecho vulneren o pongan en peligro la lesión algún bien jurídico tutelado por el Estado en la Ley penal,
- d).- que sea cometido dolosa o culpablemente por el autor o partícipe que corresponda como lo establece el artículo 13 del Código Penal.

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 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..." Para mejor ilustración de lo anteriormente referido me permito transcribir la siguiente tesis jurisprudencial. " Ministerio Público.- el ejercicio de la acción penal es exclusivo del Ministerio Público conforme a lo dispuesto por el artículo Constitucional, y si bien la imposición de las sanciones corresponde a la autoridad judicial, esta no puede revasar el ámbito de la acusación del Ministerio Público, pues al hacerlo viola garantías individuales del acusado.

Directo 3,341,1959.- J. Carlos Chávez Zavala.- resuelto el 6 de marzo de 1963, por unanimidad de cinco votos.- ponente:

Ministro Mercado Alarcón.- Secretario: Lic. Enrique Padilla Correa.- Primera sala.- Boletín 1963, p.130."

De lo anterior se desprende lo que por mucho tiempo se ha venido hablando en el sentido que en el Ministerio Público radica el Monopolio de la Acción Penal, criterio que no compartimos, en razón que los preceptos 21 y 107 Fracción XVI de nuestra ley fundamental, se encuentra en contradicción, toda vez que la fracción antes referida establece lo siguiente: "Si concedido el amparo la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, y la Suprema Corte de Justicia estima que es inexcusable el incumplimiento, dicha autoridad será inmediatamente separada de su encargo y consignada al Juez de Distrito que corresponda. Si fuere excusable, previa declaración de incumplimiento o repetición, la Suprema Corte requerirá a la responsable y le otorgara un plazo prudente para que ejecute la sentencia. Si la autoridad no ejecuta la sentencia en el término concedido, la Suprema Corte de Justicia procederá en los términos primeramente señalados."

Como podrá observarse se aprecia una clara contradicción en los preceptos antes referidos, pues por una parte el primero de los numerales citados, establece que la investigación y persecución de los delitos incumbe al

Ministerio Público, lo que implica que no existe otra autoridad que tenga esa facultad, sin embargo, la fracción XVI, del artículo 107 Constitucional, faculta en forma expresa a la Suprema Corte de Justicia a consignar ante el Juez de Distrito que corresponda a la autoridad responsable que insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, inclusive faculta al mas alto Tribunal de la Nación para que ante ese incumplimiento la autoridad responsable sea separada de su cargo; en este orden de ideas queda claro que no existe tal monopolio de la acción penal del Ministerio Público; a mayor abundamiento el artículo 208 de la Ley de Amparo establece: Si después de concedido el amparo, la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir el cumplimiento de la autoridad federal, inmediatamente será separada de su cargo y consignada al Juez de Distrito que corresponda para que la juzgue por la desobediencia cometida la que será sancionada en los términos que el Código Penal aplicable en materia federal señala para el delito de abuso de autoridad.

De la interpretación del precepto citado podemos decir que inclusive puede darse en amparo directo o indirecto en que la responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o trate de eludir el cumplimiento de la sentencia de la autoridad federal, lo cual implica que inclusive el Juez de

Distrito, los Tribunales Colegiados de Circuito y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tienen facultades para consignar a la autoridad responsable, lo cual implica que no solamente el Ministerio Público tenga la facultad que le confiere el artículo 21 Constitucional.

Por su parte Juventino V. Castro señala también algunas excepciones al monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público y al respecto dice: "... y es tan cierto que a las funciones del Ministerio Público, en cuanto a la persecución de los delitos, no están establecidas como exclusivas, que dentro de la misma Constitución, encontramos interferencias en el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, ya que también otros órganos estatales, también pueden perseguir los delitos.

La primera interferencia a la función persecutoria, la encontramos en el artículo 111 Constitucional, que establece que los delitos oficiales, conocerá el Senado erigido en Gran Jurado, previa acusación de la Cámara de Diputados, si el senado declara culpable al acusado, se le privará de su puesto y lo inhabilitará para obtener otro, por el tiempo que determine la ley. Veamos pues, cómo la persecución de los delitos oficiales no la hace el Ministerio Público sino la Cámara de Diputados ante el Senado erigido en Gran Jurado.

La segunda interferencia la encontramos en el artículo 107 de la Constitución en sus fracciones X, XI y XII establece la consignación que la Suprema Corte, independientemente del Ministerio Público, puede hacer directamente a la autoridad competente, de las autoridades responsables de un acto reclamado en amparo, cuando estas no cumplan con las decisiones de la Suprema Corte.

Por último, la tercera interferencia a la función persecutoria del Ministerio Público, la encontramos en el artículo 97, que establece , en su tercer párrafo, se refiere que la Suprema Corte de Justicia, podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros, o algún juez de Distrito o magistrado de circuito, o designará a uno o varios comisionados especiales, únicamente para que averiguen la conducta de algún juez o magistrado federal, o hechos que constituyan la violación de una garantía individual, un delito castigado por la ley federal o la violación del voto público; esto cuando la Corte así lo juzgue conveniente, o cuando lo pida alguno de los órganos estatales que ahí mismo se mencionan. En éste, un nuevo caso en que la persecución de un delito se hace por un funcionario que no es el Ministerio Público, sino por lo expresamente facultado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación."¹⁸

¹⁸ CASTRO, Juventino V. El Ministerio Público en México. Editorial Porrúa. México 1979. Pág. 104-105.

A este respecto me permito hacer las siguientes observaciones por cuanto se refiere a la primera interferencia que refiere el maestro Juventino V. Castro citada con anterioridad no comparto esta idea, puesto que el artículo 111 Constitucional, no establece que los delitos oficiales conocerá el Senado erigido en gran jurado, previa acusación de la Camara de Diputados, ni tampoco establece que si el Senado declara culpable al acusado, se le privará de su puesto y lo inhabilitará para obtener otro, como lo afirma, sin embargo, el referido precepto en su párrafo primero establece que para proceder penalmente contra los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión y otras autoridades que se mencionan en dicho precepto por la comisión de los delitos durante el tiempo de su encargo, la Camara de Diputados declara por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculcado, por esa razón, no compartimos la idea de que el Senado tenga la facultad de ejercitar la acción penal.

Por lo que respecta a la segunda interferencia a que alude el maestro Juventino V. Castro, tampoco compartimos su criterio, toda vez que las fracciones X, XI Y XII del artículo 107 Constitucional, no refiere ninguna de ellas que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda efectuar la consignación ante la autoridad competente de alguna autoridad responsable cuando esta no cumpla con las decisiones de la Suprema Corte

de Justicia; sin embargo la fracción XVI del precepto anteriormente citado, sí otorga facultades a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para consignar a la autoridad responsable ante el juez de Distrito que corresponda, cuando esta insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, pues inclusive faculta a esta a separar de su cargo a la autoridad responsable que incurra en tal incumplimiento.

Finalmente por lo que respecta a la tercera interferencia que refiere el maestro Juventino V. Castro, tampoco compartimos tal criterio, puesto que el artículo 97 de nuestra ley fundamental en su párrafo tercero, solo faculta a la Suprema Corte de Justicia para practicar de oficio algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero solo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la Unión y en la parte final del párrafo en comento, establece que los resultados de la investigación se harán llegar oportunamente a los órganos competentes; lo anterior se ve claramente que una vez que la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya realizado la investigación, sus resultados se harán llegar a los órganos competentes que este caso sería el Ministerio Público, para que este en uso de las facultades que le confiere el artículo 21 constitucional ejercite o no la acción penal, inclusive podríamos decir que

en su caso éste podrá practicar las diligencias necesarias correspondientes para determinar si se encuentran reunidos los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es por esa razón que no compartimos que en el precepto 97 constitucional se establezca un excepción al ejercicio de la acción penal.

CAPITULO IV

GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES

4.1.- Garantías Constitucionales del Indiciado a Nivel Averiguación Previa

La fracción X párrafo cuarto del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: "...Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII, y IX también serán observadas durante la averiguación previa en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna."¹

Vease pues como el precepto en cita con toda claridad establece que las garantías de referencia serán observadas

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Editorial Sista. Pág. 14.

tanto en la averiguación previa como en la instrucción, de ahí que les denominamos garantías constitucionales y procesales.

Con lo que respecta a la fracción I, podemos decir que esta garantía a que tiene derecho el inculpado en la Averiguación Previa, es importante, en razón de que si el inculpado estuviere privado de su libertad tan pronto como solicite su libertad provisional bajo caución, el órgano investigador deberá otorgársela siempre y cuando deposite la garantía para gozar de este beneficio, siempre y cuando no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio sin perjuicio de que el Ministerio Público continúe con Averiguación Previa correspondiente.

El monto de la caución que en su caso fije el Ministerio Público deberá ser apegada a lo establecido en el párrafo segundo de la fracción que se comenta, es decir, deberá ser asequible y además deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades, y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de sus obligaciones, los daños y perjuicios causados al ofendido, así como la sanción pecuniaria que en su caso pudiera imponérsele.

La Fracción II.- En relación a este precepto debemos decir que la misma también a nivel Averiguación Previa se

contempla y se refiere principalmente a que ninguna persona puede ser obligada a declarar, así mismo también señala que queda prohibida toda incomunicación o tortura, en cuanto a este párrafo cuando una persona esta a disposición del Ministerio Público investigador, le hacen saber a la persona el derecho de hacer una llamada telefónica cumpliendo así el Ministerio Público con este precepto.

Así también tenemos que en esta fracción refiere que si una confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante estos sin la existencia de su defensor la confesión carecera de todo valor probatorio; por ello es importante que la confesión debe de realizarse de manera libre y espontánea por parte de la persona que esta como probable responsable del algun delito, atendiendo en este caso si le es favorable o no dicha confesión.

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

A este respecto tanto el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 135 como el Código

Federal de Procedimientos Penales en su artículo 206 establece que se emitira como prueba todo aquello que se ofrezca como tal e incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia y no vayan en contra del derecho. De ahí que en la Averiguación Previa la función del defensor es muy importante, pero sobre todo cuando el inculcado se encuentra privado de su libertad y que en razón de las imputaciones que obran en su contra se trate de algun delito calificado por la ley como grave, pues ahí el defensor podrá aprovechar al máximo el plazo de las 48 horas o las 96 horas cuando se trate de delincuencia organizada para ofrecer y desahogar pruebas en la averiguación previa para demostrar la inocencia de su defendido y poder obtener su libertad por falta de acreditamiento del cuerpo del delito o en su caso de la probable responsabilidad, pues cuando el defensor no cumple cabalmente su función en esta etapa del procedimiento penal, en muchas ocasiones por esa inactividad son consignados ante el órgano jurisdiccional; sin embargo, existe otra hipótesis que es precisamente cuando se inicia una averiguación previa sin detenido cosa que el Ministerio Público goza del tiempo requerido para poder integrar la averiguación previa y que por supuesto el inculcado también tendrá el tiempo necesario ya que por sí o a través de su defensor podrá aportar las pruebas necesarias en la averiguación previa y demostrar su inocencia, máxime aún que el propio dispositivo del artículo 20 fracción V establece que se le concederá el tiempo que la ley estime

necesario para las pruebas que se ofrezca y auxiliandosele además para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite.

Respecto a la fracción VII; también se refiere en torno a la prueba, que dispone que le serán facilitados al acusado, todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso. Es evidente que el inculcado por conducto de su defensor, necesita acudir a la documentación del expediente para proveerse de los medios necesarios para su defensa; a medida que se desarrolla el procedimiento penal, los actos que lo integran, se documentan en un expediente, éste reúne las constancias procesales, ahí figuran todos los elementos que el juzgador y las partes podrán tomar en cuenta para su desempeño en el proceso, la transcripción de declaraciones, testimonios, dictámenes de peritos, los documentos aportados por las partes y requeridas por el juzgador, datos que podrá obtener el inculcado o su defensor.

La fracción IX .- respecto a esta fracción las garantías a que se refiere esta fracción, es conveniente hacer el siguiente comentario. El inculcado tiene la garantía de ser informado de los derechos que consigna a su favor la Constitución, es decir que tanto en la Averiguación Previa como en la instrucción, el Ministerio Público y el órgano jurisdiccional tendrán la obligación ineludible de dar a

conocer a todo inculpado del contenido del artículo 20 Constitucional y en algunos casos, podríamos decir que hasta explicarles de tal forma que pudieran entender tales garantías, sobre todo, cuando se trate de personas que no sepan leer ni escribir con el objeto de que dichos inculpados tengan pleno conocimiento de los beneficios que les otorga nuestra carta Magna y pueden hacer o no uso de ellos.

Pues como se verá la fracción en comento establece entre otras cosas que tendrá derecho a una defensa adecuada, y yo diría que a caso cuando el inculpado nombra a una persona que lo defienda como de confianza, esta será una defensa adecuada, o cuando incluso el Ministerio Público en la averiguación previa le nombra una persona que ni siquiera el inculpado conoce ¿Está será una defensa adecuada?, por ello recomendamos que sería conveniente en el caso citado que se le explicará al indiciado el significado de las garantías en comento.

4.2.- Garantías Procesales a Nivel Averiguación Previa

Independientemente que la fracción décima del artículo 20 Constitucional refiera que las fracciones I, V, VII, IX, serán observados durante la averiguación previa, el Código de

Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 269 contempla como garantías procesales las siguientes:

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 hubiese practicado por una autoridad diversa al Ministerio Público, se asentará o se agregará, en su caso, información circunstanciada suscrita 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 la averiguación previa consigne en su favor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Dichos derechos, son:

- a) No declarar si así lo desea
- b) Que debe de tener una defensa adecuada por sí, por abogado, o por persona de su confianza, o si no quiere o no pudiere designar defensor, se le designará 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 esté tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiere;
- 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 para 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 ofrezcan, 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 se encuentren 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 practica de las mismas;

g) Que se le conceda inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción primera el 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 presentes; y

IV.- Cuando el indiciado fuere un indigena o extranjero que 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.

Por su parte el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 128 también establecen como garantías procesales del inculcado las que a continuación se mencionan:

I.- se le hará constar por quien haya realizado la detención o ante quien aquel haya comparecido el día, hora y lugar de la detención o de comparecencia, así como, en su caso, el nombre y cargo de quien la haya ordenado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad no dependiente del Ministerio Público, se asentará o se agregará, en su caso, la información circunstanciada suscrita por quien 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 quiere 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 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, concediéndole el tiempo necesario para ello, siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren en el lugar donde aquella se lleva a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y practica 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 con la persona que solicite, utilizando el telefono o cualquier otro medio de comunicación del que pueda disponer, o personalmente, si ellas se hallaren presente.

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

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

Por ello en este apartado hacemos referencia a estas garantías procesales, toda vez que solamente estas son las que se deben observar en la Averiguación Previa.

4.3.- La Libertad Provisional bajo Caución en la Averiguación Previa

Uno de los derechos fundamentales del hombre, es precisamente la libertad y para ello tenemos que en la cabeza del artículo 20 del la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contempla el beneficio de la libertad

provisional que regula la fracción I del precepto ya mencionado.

Dicha fracción, ha recibido constantes modificaciones y en su encabezado principal decía: "en todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías."; anteriormente se abordaban cuestiones penales con ese giro criminal. Una antigua división de conductas antisociales que algunos países conservan, distinguió entre las faltas, delitos y crímenes, que eran los delitos más graves.

En la época napoleónica de las grandes codificaciones, el ordenamiento procesal de esta materia se denominó Código de Instrucción Criminal. También fue identificado como derecho criminal, esto es, de los crímenes a la rama de orden jurídico como hoy conocemos como derecho penal, es decir, de las penas. Esta respectiva tradicional se incorporó en la cabeza del artículo 20; de ahí, pues, que se hablase de juicio de orden criminal.

Hoy día se refiere a "proceso de orden penal"; expresión que equivale en lo fundamental, a "juicio de orden criminal"; y se distingue a este proceso de otros enjuiciamientos de contenido diverso como por ejemplo; laboral, agrario, administrativo, Etc. Respecto a la palabra proceso, denominado así como un medio para resolver una controversia ante un

órgano estatal, llamese Tribunal o Juzgado, en donde van a decidir el fondo de un asunto o controversia y cuando dicho órgano concluye el conocimiento de un asunto, el proceso ha terminado.

Así tenemos que no podemos hablar de proceso de orden penal cuando el Ministerio Público está investigando allegándose de todos los elementos necesarios para normar su criterio y actuar en consecuencia, si ejercita o no la acción penal, y en el caso de que formule una consignación presentandola ante la autoridad judicial, esta asume entonces el conocimiento del problema, e inicia el despacho de sus propias atribuciones, el proceso ha comenzado. Bajo esta misma perspectiva son equivalentes las palabras juicio y proceso.

Por otro lado tenemos, que anteriormente se hablaba del concepto acusado, quien era el titular o beneficiario de la garantía de orden criminal. Se dice que un sujeto es acusado penalmente cuando el órgano de la acusación, esto es, el Ministerio Público, ha formulado en su contra una acusación ante el Tribunal que conoce de la causa. Si todavía no hay acusación ante el Tribunal que conoce de la causa, tampoco existe un acusado, cuando el Ministerio Público, todavía se encuentra en etapa de indagación, ni se ha sometido el asunto al juez o tribunal que debe de resolver en definitiva; por

ello no se debe decir acusado, sino indiciado, inculpado o imputado, pero no acusado por las razones ya expuestas.

Por otro lado tenemos que en la fracción I del artículo 20 Constitucional, garantizaba al acusado el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución, cuando no excedía de cinco años el límite máximo de la pena aplicable al delito por el que se seguía el proceso; pero la experiencia puso de manifiesto las deficiencias del texto Constitucional y las inequidades que su aplicación consumaba, por problemas teóricos o doctrinales, sino cuestiones practicas; por ello, era necesaria una reforma para tratar de ganar equilibrio que debe existir ante el derecho individual del inculpado a su libertad provisional y la necesidad de garantizar la seguridad pública, en bien de la víctima y de la sociedad, que no deben ser ignorados por la norma constitucional. Por ello fue necesario la reforma de esta fracción y como último antecedente tenemos que fue en fecha 3 de julio de 1996.

Actualmente el dispositivo en comento establece que inmediatamente que lo solicite el inculpado 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.

De lo anterior y de conformidad con lo que establece la fracción decima del precepto constitucional en comento, lo anteriormente expresado también deberá ser observado en la averiguación previa y que por lo mismo el Ministerio Público podrá conceder este beneficio; sin embargo, cuando se trate de delitos no graves en la instrucción el juez podrá negar el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución a solicitud del Ministerio Público, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley o cuando este aporten elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa por su conducta un riesgo para el ofendido o para la sociedad, de lo anterior es claro que sólo podrá negarse al inculpado este beneficio cuando se den los supuestos anteriormente indicados y que por su puesto estén debidamente justificados pues de no ser así estaría infringiendo esta disposición y dará lugar a promover el juicio de garantías.

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

Concluimos nuestro tema manifestando que la defensa en material penal es una parte fundamental en nuestro sistema jurídico, institución que puede ser ejercida tanto por un órgano público como lo es la defensoría de oficio, como por un defensor de carácter particular con conocimientos técnicos en la materia o persona de confianza y que en relación a esta figura de persona de confianza consideramos importante que a nivel Averiguación Previa, la representación social aún cuando el indiciado haya nombrado a persona de confianza, este tenga la obligación de nombrarle además al defensor de oficio en el sentido de que si la persona no es abogado, también sea asistida por el defensor de oficio, esto es en relación a que si nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiere a que el inculpado tenga una defensa adecuada, la misma sea verdaderamente adecuada para este.

Como se puede observar que en el presente trabajo no es con el propósito de limitar la figura de la defensa de persona de confianza nombrada como tal, sino que esta tenga por lo menos cierto perfil para que pueda cumplir con el verdadero fin para lo que fue propuesta, por lo que deberá estar encomendada a personas que tengan la profesión de Licenciado en Derecho o pasantes en derecho, esto es con el fin de tener una verdadera defensa tal y como lo establece nuestra Carta Magna.

Por ello consideramos que si es necesario que se reforme la fracción IX, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que proponemos su adecuación quedando en su redacción como sigue: Fracción IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor después de haber sido requerido para ello, el Ministerio Público y el juez le designará un defensor de oficio; y para el caso de que la designación no recaiga sobre quien no tenga cédula profesional de Licenciado en Derecho o autorización de pasante conforme a la ley que reglamenta el ejercicio de las profesiones, el juez dispondrá que intervenga además del designado, un defensor de oficio que oriente al nombrado y directamente al inculcado en todo lo

referente a su defensa adecuada. 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.

También debemos concluir que el ejercicio de la acción penal no es facultad exclusiva del Ministerio Público como lo dispone el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dentro de la misma Constitución en su artículo 107, fracción XVI, faculta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para consignar a la autoridad responsable ante el Juez de Distrito que corresponda, cuando esta insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal. Así, también en el artículo 208 de la Ley de Amparo establece lo siguiente: Si despues de concedido el amparo, la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir el cumplimiento de la autoridad federal, inmediatamente será separada de su cargo y consignada al juez de Distrito que corresponda para que la juzgue por la desobediencia cometida la que será sancionada en los términos que el Código Penal aplicable en materia federal señala para el delito de abuso de autoridad.

Por ello en razón a estos preceptos decimos que no es facultad exclusiva del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal por los motivos ya expuestos.

BIBLIOGRAFIA

ACERO Julio. Procedimiento Penal Editorial Cajica 5a ed. 1981.

BURGOA, Ignacio. El Juicio de Amparo. Editorial Porrúa 1969.
93 p.

CASTRO, Juventino V. El Ministerio Público en México. Editorial
Porrúa México 1979. 245 p.

COLIN Sánchez, Guillermo. El Derecho Mexicano de
Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, 13a. ed. 199 p.

CLARIA Olmedo, Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal,
Tomo III, Editorial Ediar, ed. 1963. 132 p.

DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código Federal de Procedimientos
Penales Comentado. Editorial Porrúa. 5a ed. 1993.

FENECH Miguel. Derecho Procesal Penal. Vol. I. Editorial
Labor, Barcelona España. 358 p.

FENECH Miguel. Derecho Procesal Penal. Tomo II Editorial
Bosch. Barcelona,

GARCIA Ramírez, Sergio. Código Federal de Procedimientos Penales Comentado. Editorial Porrúa 5a ed. 1999.

GARCIA Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa 1979. 229 p.

GOMEZ Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. Editorial Textos Universitarios. México 1946. 128 p.

GONZALEZ Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. Ed. Porrúa. 2a ed. 1992.

GONZALEZ Bustamante, Juan José. Derecho Procesal Mexicano. Editorial Botas, 2a ed. México 1945. 88, 139 pp.

HERRERA Lasso, Eduardo. Garantías Constitucionales en material Penal. Editorial Porrúa 1993.

MANCINI Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Traducción Santiago Senties, Editorial Edick. Buenos Aires Argentina 1949.

OSSORIO Y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa, 8a. ed. 1997. 9 p.

PALLARES, Jacinto. EL Poder Judicial a Tratado completo de la organización, competencia y Procedimiento de los Tribunales de la República Mexicana, México. Imprenta de Comercio de Nabor Chávez. 1874.

PORRUA, Miguel Angel. Derecho del Pueblo Mexicano através de sus Constituciones. Editorial Porrúa. 1982. 8,9,20 pp.

SECO Villalba, José Armando. El Derecho de Defensa. Editorial Palma 1947.

SILVA, Silva, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial Harla. ed. 1990.

SCHOEDER Cordero, Francisco. El Abogado Mexicano Historia e Imagen. Editorial Intituto de Investigaciones Jurídicas 1a. ed. 1992. 42 p.

ZAMORA Pierce, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Editorial Porrúa 8a. ed. México. 1999.

COSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Editorial Sista. México 1993.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Sista. México 1999.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
Editorial Sista. México. 1999.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MEXICO.
Editorial Sista. México. 2000.

LEY DE DEFENSORIA DE OFICIO DEL ESTADO DE MEXICO. Editorial
Sista. Estado de México, 1995.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones
Jurídicas. Editorial Porrúa. 9a. ed. 1991.

DICCIONARIO ILUSTRADO. Vox, Latino Español, Español Latino.
199. reimpresión, España, 1994. 599 p.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Tomo IV. Editorial Porrúa 6a.
ed. 1993.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y
Sociales. Editorial Heliasta. 1992.

OVALLE Favela, José. Defensoría de Oficio. Diccionario
Jurídico Mexicano. Editorial. Harla. 1992.