

LA DEFENSA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

René ARCHUNDIA DÍAZ

Para hablar de la defensa de la averiguación previa en México, es necesario referirse a la situación jurídica que va a guardar el inculcado dentro del procedimiento penal. Al respecto, no cabe duda que el inculcado tiene una serie de derechos y garantías que la ley le concede, tales como la libertad inmediata en caso de una simple acusación, la abstención de no obligarlo a declarar en su contra, la libertad caucional, etcétera, una vez que aparentemente ha cometido un hecho delictuoso. En este sentido, la averiguación previa representa la primera etapa por medio de la cual la institución del Ministerio Público realiza una serie de diligencias para integrar lo que se llama el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, que deberían llamarse indicios de responsabilidad para determinar en su caso el ejercicio de la acción penal que comúnmente se llama consignación, o, en el otro extremo, determinar el no ejercicio de la acción penal conocido como archivo.

El Ministerio Público, auxiliado por la policía judicial, es el encargado de la primera fase del procedimiento (la averiguación previa), en la cual decidirá si provoca o no la función jurisdiccional; tal encargo se encuentra debidamente fundamentado legalmente en la segunda parte del artículo 21 constitucional, que establece que: "La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél", queriéndose decir con esto que la institución del Ministerio Público es la encargada de buscar y reunir todos los elementos necesarios para que a los autores del delito o delitos se les apliquen las sanciones que la ley establece.

La función persecutoria de la institución es, precisamente, atender a una verdadera labor de averiguación previa para conformar un delito y un indicio de responsabilidad. Para lograr esto debe de reunir todos los elementos que tenga a su alcance auxiliándose de la policía judicial.

Las diligencias de la policía judicial, a las que alude nuestro Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, son presupuestos relativos al ejercicio de la acción penal, de aquí que la institución investigadora, a través de su representante, tiene la tarea relevante que le ha encomendado

la sociedad de determinar cuándo una persona debe de ser puesta a disposición del órgano jurisdiccional y cuándo debe de quedar en absoluta libertad.

Esa tarea relevante es consecuencia inmediata de la exclusividad que le concede el precepto constitucional, considerando a la institución representativa de la sociedad, pero de la sociedad agraviada, protegiendo y tutelando a uno de sus miembros, es decir, a la víctima o al ofendido.

La función del Ministerio Público en esta etapa del procedimiento es del todo bondadosa porque, como ya quedó establecido, es el representante de la víctima y su labor es demostrar al órgano jurisdiccional que una persona ha violado, hasta ese momento, una disposición penal, sin olvidarse desde luego de la persona inocente.

El propósito de la averiguación previa es demostrar en actuaciones la comisión de un ilícito, para que en su oportunidad el juez de la causa penal haga posible el desagravio a la sociedad.

En la averiguación previa el órgano investigador no debe permitir la intromisión del defensor del inculcado porque éste obstruiría las facultades y potestades que le concedió el legislador a través del artículo 21 constitucional, relativas al monopolio y exclusividad del ejercicio de la acción penal o no ejercicio de la acción penal.

Considerando lo anterior, no es posible justificar en la averiguación previa al defensor, que no se debe de confundir con la defensa que hace el propio inculcado en contra de la imputación que le hace el denunciante, defensa a la que tiene derecho y nunca se le puede negar cuando a través de sus intervenciones realiza actos de defensa.

El defensor no se debe de justificar en esta primera fase del procedimiento porque entorpece la labor de investigación practicada por el Ministerio Público. La designación de defensor no debe de ser considerada como derecho del inculcado, él cuenta con otros derechos, se trata de llegar a la verdad y no deformar ésta.

Nuestro sistema es diferente al de otros países, ellos consagran ciertos derechos, nosotros tenemos otros que son más propios.

Al inculcado en México, de acuerdo a la ley, no se le deja en estado de indefensión, goza de un sinnúmero de garantías como el hecho de no protestarlo a que se conduzca con verdad al tomarle su declaración exhortándolo exclusivamente. Tampoco se le puede obligar a declarar en su contra aplicándose lo dispuesto por el artículo 20 constitucional en su fracción II, concluyéndose que en la averiguación previa lo que se debe de justificar es la defensa del propio inculcado y no la designación del defensor.

Por todas estas reflexiones, urge una verdadera actualización a las normas procesales en materia penal, para llevar a cabo una verdadera reforma a nivel de todos los estados de la República que traiga como propósito reformar la ley aludida y no deformarla para que no contradiga las disposicio-

nes constitucionales, tal como sucede con el nombramiento de defensor en la averiguación previa, que es del todo contradictorio según lo disponen los artículos 134-bis y 270 del Código de Procedimientos Penales, que ni siquiera concuerdan en su cometido porque uno manifiesta que el Ministerio Público nombrará al inculcado el defensor, pero dentro de la averiguación previa, y el otro establece que se le hace saber el derecho de nombrar defensor una vez que ya concluyó la averiguación previa.

Los preceptos del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal anteriormente citados, contradicen a nuestro máximo ordenamiento en atención a lo que dispone categóricamente el artículo 20 constitucional en su fracción IX, que a la letra dice:

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

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

Como se puede apreciar, de acuerdo a lo establecido por la ley fundamental, la defensa, en este caso el defensor, nace dentro del periodo de preparación del proceso y no dentro de la fase de la averiguación previa al referirse: "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías", además de usar los términos "declaración preparatoria", "momento en que sea aprehendido", términos que suponen presencia del órgano jurisdiccional y no presencia del órgano investigador como autoridad dentro de la averiguación previa, como lo establece el artículo 134-bis, párrafo cuarto, al disponer que los detenidos, desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa, a falta de uno u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio; notándose de su análisis carencia de técnica jurídica al contradecir dicho párrafo la fracción IX del artículo 20 constitucional e intervenir en la exclusividad que tiene la investidura persecutoria, de acuerdo a lo consagrado por el artículo 21 constitucional, en su parte segunda.

Por otra parte, no menos contradictorio y aberrante es lo manifestado por el artículo 270 del Código de Procedimientos Penales en vigor, que establece que:

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

Esta disposición no solamente es contradictoria del artículo 20 constitucional, sino también del artículo 134-bis, y representa más que una garantía un agravio al inculpado al ordenar "que se le identificará debidamente" cuando la identificación debería de realizarse dentro del juicio como efecto inmediato del auto de formal prisión, independientemente de que en este lapso el nombramiento del defensor es irrelevante porque el inculpado no se encuentra ni a disposición del Ministerio Público ni a disposición del órgano jurisdiccional.

Por todos estos argumentos, la defensa, en la averiguación previa, no puede justificar a su representante porque en este periodo todavía no se encuentra definida la situación jurídica del inculpado, ya que la función del Ministerio Público es reunir elementos de prueba que presuman la responsabilidad o no del imputado, es decir, no está definida la acusación del inculpado, no se está acusando a nadie y en consecuencia no puede haber defensa, además de que justificar la defensa en la averiguación previa sería tanto como deformar la función de la institución investigadora convirtiéndola, en parte, en jurisdiccional.

CONCLUSIONES

1. En principio, debe prevalecer el espíritu consagrado por el artículo 21 constitucional en relación a la exclusividad que consagra este precepto a la institución del Ministerio Público en relación al ejercicio de la acción penal.

2. El artículo 20 constitucional, en su fracción IX, es categórico y preciso al señalar que la defensa nace en el periodo de preparación del proceso, concretamente en la diligencia de la declaración preparatoria, donde al inculpado, en caso de no tener quién lo defienda, el juez le nombrará defensor de oficio.

3. La palabra aprehensión usada en la fracción IX, del artículo 20 constitucional, debe de ser interpretada como la detención y puesta a disposición del inculpado por parte de la policía judicial al órgano jurisdiccional.

4. No hay precepto constitucional que conceda facultades a la institución del Ministerio Público para nombrar defensor al inculpado, por lo tanto debe derogarse el artículo 134-bis del Código de Procedimientos Penales en vigor.

5. El artículo 270 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal vigente, no justifica la defensa en la averiguación previa ni en el proceso, es aberrante, contradictorio e irrelevante; por lo tanto, debe derogarse por agraviar además al inculpado al ordenar la identificación, antes de que éste sea trasladado a la cárcel preventiva.

La identificación, como lo establece la ley, se practica después de dictado el auto de formal prisión.

6. La defensa, a través de su titular, no se puede justificar en el periodo de la averiguación previa porque en este momento no está precisada la acusación debido a que se está integrando el delito y la posible responsabilidad, y no cabe la defensa *sin acusación*, no hay a quién defender.

7. La defensa, en la averiguación previa, en México no debe considerarse derecho o garantía del inculpado porque nuestro procedimiento es diferente al de otros países. Por lo tanto, los derechos del inculpado en la averiguación previa son diversos.

8. El sistema seguido en la averiguación previa en México, es más técnico que el consagrado en otras legislaciones, porque el Ministerio Público trata de investigar la verdad de los hechos para posteriormente provocar o no la función jurisdiccional y no distorsionar éstos a través del defensor.

9. Lo dispuesto por el artículo 134-bis del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal en vigor, no cumple con su cometido, pues en la práctica el defensor es mera figura decorativa, convirtiéndose en visitante de las agencias investigadoras del Ministerio Público y en algunos casos ni siquiera conoce al inculpado.

10. Justificar al defensor en la averiguación previa, sería tanto como violar lo consagrado por el artículo 21 constitucional, al entorpecer el defensor la labor ardua y benévola de la institución del Ministerio Público en llegar a la verdad para ejercitar o no la acción penal.