

LA DEFENSA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Minerva CERVANTES DE CASTILLEJOS

SUMARIO: I. *Averiguación previa*. II. *Principios estructurales del proceso*. III. *Aspecto constitucional de la defensa en la averiguación previa*. IV. *La defensa en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal*. V. *La defensa en el Código Federal de Procedimientos Penales*. VI. *Compromiso internacional*. VII. *Conclusiones*.

I. AVERIGUACIÓN PREVIA

Es el precepto 1º del Código Federal de Procedimientos Penales, el que alude a los cuatro periodos que integran tal procedimiento, señalando al primero como "el de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que comprende las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita la acción penal".

Para los efectos de dictar la resolución correspondiente, el Ministerio Público debe practicar y ordenar la práctica de las diligencias idóneas y necesarias, y así estar en posibilidad jurídica de resolver si ejercita o no la acción penal.

En efecto, conforme al numeral 134 del ordenamiento citado, ejercitará la acción penal cuando esté comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado; y de acuerdo con el precepto 137 de ese Código, no ejercitará la acción penal, cuando: a) la conducta o el hecho sea atípico, es decir, procesalmente hablando, cuando no constituya cuerpo del delito; b) se acredite plenamente que el inculpado no participó en ninguna de las formas previstas por el precepto 13 del Código Penal federal; c) por obstáculo material insuperable, resulte imposible probar la existencia de la conducta o hecho; d) la responsabilidad penal se haya extinguido legalmente. Considero que debe hablarse de extinción de la acción penal porque la responsabilidad penal no puede ser estudiada por el Ministerio Público, y porque, entre otras, como causa de extinción de tal responsabilidad, se encuentra el indulto por gracia, el reconocimiento de inocencia y la rehabilitación —artículos 94, 96 y 99 del Código Penal— que no puede aplicar el Ministerio Público; e) esté plenamente acreditada alguna de las circunstancias excluyentes de responsabilidad, salvo el caso de la inimputabilidad que provoque la imposición de una medida de seguridad, ya sea interna-

miento o tratamiento en libertad, en cuyo caso el Ministerio Público pondrá a esa persona a disposición del juez, porque éste, en los términos del artículo 67 del Código Penal federal, es el facultado para disponer la medida de tratamiento aplicable, previo el procedimiento previsto en el capítulo 1 del título decimosegundo del mismo Código.

Ahora bien, el dispositivo 137 referido es amplificado por el Acuerdo número 4/84, sobre la resolución de no ejercicio de la acción penal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 14 de mayo de 1984, el cual, en el punto primero, inciso 6, dice que en la averiguación previa procederá resolver el no ejercicio de la acción penal, cuando el indiciado ya hubiere sido juzgado por la misma conducta o por los mismos hechos.

Tal punto de vista resulta plausible, porque recoge con toda intensidad el principio *non bis in idem*, previsto por el artículo 23 de la Constitución federal, el cual dispone que "nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene", y es así como debe decirse que resultaría antijurídico, antieconómico procesalmente y destructivo del valor fundamental de justicia, consignar a sabiendas que ese sujeto no podrá ser juzgado por imperativo del artículo 23 de nuestra carta fundamental.

II. PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL PROCESO

Estos principios, llamados también procesales, medulares o formativos, están constituidos por las ideas fundamentales de las instituciones procesales, y aquéllas se obtienen de la consulta popular, pues en la misma surgen ideas apoyadas en la filosofía, historia, ciencia, arte, y en la realidad.

De esos principios baste mencionar los de: a) comprobación; b) colaboración; c) comunicación; d) adquisición; e) progreso; f) inmediatez; g) economía; h) previsión; i) oficialismo; j) necesidad; k) veracidad.

Ahora bien, en virtud del tema seleccionado, esos principios se referirán exclusivamente a la averiguación previa, ya que ésta es parte integrante del "procedimiento" penal.

a) *Comprobación*. La acreditación de la conducta o hecho relevante para el derecho penal, es indispensable para el ejercicio de la acción penal; pero como el Ministerio Público actúa bajo el principio de legalidad, su actuación en la averiguación previa dará como resultado:

1. Que la conducta o hecho denunciado o querrellado, se dio o no en el mundo real;
2. Que la conducta o hecho es o no típica, es decir, si constituye o no el cuerpo de un delito;

3. Que el indiciado participó o no en los términos del artículo 13 del Código Penal;
4. Que esté o no extinguida la acción penal;
5. Que el sujeto actuó o no bajo circunstancias que excluyan su responsabilidad penal, y
6. Que fue o no juzgado con anterioridad por el mismo delito.

Para llegar a los resultados indicados, es menester que se le proporcione al presunto responsable, en averiguación previa, el derecho a la defensa, ya que tal derecho implica seguridad jurídica para el gobernado y la sociedad, pues ésta se encuentra interesada en que se aplique el derecho y se haga realidad el principio de la comprobación, y en esas condiciones habrá consignaciones y libertades debidamente fundadas y motivadas, evitando la injusticia de que se consigne a gente inocente.

El Ministerio Público no debe ver al defensor con desconfianza, sino como parte de un engranaje jurídico para conservar el equilibrio procesal.

b) *Colaboración.* Este principio se refiere a la actuación de otras personas diversas al Ministerio Público en la averiguación previa, pues éste, en forma aislada, no podría conocer la verdad pretérita, es decir, esa verdad que necesita descubrir para resolver si ejercita o no la acción penal; por ello deben participar en el mencionado periodo el presunto responsable, peritos, testigos y también el defensor, porque éste, como asesor técnico jurídico del indiciado, aportará las pruebas y participará en el desahogo de las mismas, y formulará los razonamientos adecuados para hacerlos valer ante la autoridad, que en ese periodo es el Ministerio Público.

Sin defensor en la averiguación previa, la desigualdad es notoria, toda vez que el Ministerio Público es la institución poderosa que cuenta con todos los medios para lograr lo que se propone en orden al caso concreto; si a ello agregamos que el indiciado que se encuentra detenido está alterado psicológicamente, ya que el *stress* y la angustia se harán patentes en ese hombre, el cual necesita de un defensor, mismo que debe nombrar porque el Estado no busca la vindicta pública, sino el conocimiento de la verdad histórica, y es así como Ignacio Ramírez dice que el "defensor es un representante de la sociedad en beneficio del reo", por lo que creo que tal beneficio debe existir en cualquier momento procedimental.

Si el Ministerio Público teme de la intervención del defensor en averiguación previa, es porque teme de sí mismo.

c) *Comunicación.* Este principio se apoya en el de colaboración, el cual no sería posible si las personas que intervienen en la averiguación previa no estuvieran en comunicación jurídica, pues el conocimiento de la verdad histórica se obstruiría si no se contase con tal principio. En la averiguación previa, el Ministerio Público tiene la obligación de hacerle saber al dete-

nido la imputación que se le hace y el contenido de los medios de prueba que apoyan tal imputación, para que así conozca bien el hecho o conducta punible y pueda contestar el cargo, realizando en este momento actos de defensa.

El artículo 20, fracción III, de la Constitución federal, se refiere a la figura jurídica de la declaración preparatoria, y este acto se realiza ante el órgano jurisdiccional, quien le hará saber el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo.

Sin embargo, resulta ilógico y contrario al principio de justicia, que hasta ese momento se le haga saber el hecho punible, pues ello debe acontecer desde la averiguación previa, ya que en ésta no podría el indiciado declarar en forma positiva o negativa si desconoce el hecho o conducta que se le atribuye, es decir, una conducta tendiente a "esconderle" o a no facilitarle los datos necesarios para su defensa, sería negar uno de los derechos humanos, o sea se negaría uno de los atributos de la persona humana, que es el derecho a la defensa.

d) *Adquisición.* Este principio indica que las aportaciones fácticas o jurídicas dentro del proceso se adquieren para éste y no para el individuo, el llamado presunto activo o Ministerio Público.

En efecto, la adquisición procesal debe valorarse en su justa dimensión jurídica, sin importar quién hizo la aportación; por ello la intervención del defensor en averiguación previa es indispensable, pues éste no debe ser un maquillaje dado al procedimiento, sino un sujeto aportador de pruebas para que la averiguación previa no sólo adquiera elementos de prueba del Ministerio Público, sino también de la defensa.

e) *Progreso.* La actividad procedimental es dinámica, es cambiante, toda vez que la misma se va enriqueciendo a medida que se realizan actos procedimentales.

Ese impulso procedimental en averiguación previa deriva del Ministerio Público, indiciado, defensor y ofendido.

Sin defensa no hay un verdadero progreso procedimental, lo cual ha sido reconocido por el Decreto de Reformas y Adiciones al Código Federal de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 27 de diciembre de 1983, pues el numeral 128, párrafo tercero, dispone que en la averiguación previa el Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor oportunamente aporten, y se procederá a desahogarlas cuando ello sea posible.

f) *Inmediación.* El Ministerio Público no tiene un conocimiento primario de la conducta o hecho que averigua, sino que adquiere tal conocimiento por los medios de prueba, que entre otros pueden ser aportados por el defensor, y es así como éste debe convertirse en un verdadero colaborador

para la obtención de la verdad histórica, y de esa manera surge la necesidad de la defensa.

g) *Economía*. Este principio es válido también para la averiguación previa, economizaría injusticias, porque evitaría consignaciones que no tienen razón de ser, es decir, en muchas ocasiones el Ministerio Público ejercita la acción penal, pero el juzgador decreta la libertad por falta de elementos para procesar, por no estar real y jurídicamente acreditados los extremos del artículo 19 constitucional, el defensor en la averiguación previa reduciría esas injusticias.

h) *Previsión*. Este principio impera también a nivel de averiguación previa, ya que durante el desarrollo del drama procesal deben preverse determinadas conductas que puedan alterar el conocimiento de la verdad histórica, como acontece en el caso de la excusa del agente del Ministerio Público, que de no llevarse a cabo podría ocasionar parcialidad en cuanto a sus resoluciones. Con la intervención del defensor a nivel de averiguación previa se "evita" la inseguridad psicológica del presunto responsable que carece de defensor, y también se prevé el correcto desenvolvimiento de las diligencias practicadas por el Ministerio Público, pues el defensor debe convertirse en un vigilante de la legalidad en cuanto a los actos realizados por la autoridad indicada.

i) *Oficialismo*. El procedimiento penal en cualquiera de sus periodos debe concebirse como una empresa oficial, ya que el Ministerio Público y la autoridad judicial son organizados por el Estado para los efectos de armonizar intereses y para hacer efectiva la justicia.

Tal justicia no debe entenderse de carácter individual, sino de carácter social, lo cual también se obtiene cuando al presunto responsable le asiste el derecho de nombrar defensor a nivel de averiguación previa, pues la sociedad está interesada en que no solamente se conozca la verdad histórica, sino que se respete la dignidad del presunto responsable y de su familia, lo que es un derecho inherente al ser humano.

Si bien es cierto que le corresponde al Ministerio Público el monopolio de la consignación, también debe indicarse que la actividad procedimental a nivel de averiguación previa no es exclusiva del Ministerio Público, sino de los diversos sujetos de la relación procesal, entre los que se encuentran el presunto responsable y su defensor.

j) *Necesidad*. Ello implica que al Estado le interesa que la sanción se imponga exclusivamente al delincuente, y de ahí que le interese que sólo sean consignadas aquellas personas respecto de las cuales real y jurídicamente se haya acreditado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, porque de lo contrario implicaría indefensión social, pues a ésta le preocupa que no existan injusticias y una forma de que acontezca esto, es cuando el indiciado no cuenta con defensor.

Es decir, la procuración de la justicia implica necesariamente la intervención del Ministerio Público, indiciado y defensor, así como los demás sujetos de la relación procesal indispensable en el primer periodo del procedimiento penal.

k) *Veracidad*. En el procedimiento penal existe, según el nivel procedimental, un conocimiento cierto o probable; a nivel de averiguación previa la certeza se refiere al cuerpo del delito, y la probabilidad a la responsabilidad.

Tal conocimiento se refiere a hechos ya pasados, de ahí que en tal conocimiento intervengan los diversos sujetos de la relación procesal, entre los cuales se encuentra el presunto responsable y su defensor, es decir, la exclusión del defensor dificulta la obtención de la verdad histórica.

III. ASPECTO CONSTITUCIONAL DE LA DEFENSA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Es el artículo 20, fracción IX, de la Constitución federal, el que alude a la garantía de defensa, pero del mismo se desprenden diversos momentos procedimentales para el nombramiento de defensor:

a) En la declaración preparatoria en donde el presunto responsable tiene derecho a nombrar defensor particular o de oficio; pero si no lo quiere hacer, después de haber sido requerido para ello, el juez le nombrará uno de oficio.

Es decir, la figura jurídica de la defensa es un derecho para el presunto responsable y es una obligación del juez hacerle saber que le asiste la facultad de designar defensor, y si no lo hace, el juez tiene la obligación de designarle uno de oficio.

Pero tal facultad y obligación no se circunscribe al acto de la declaración preparatoria, pues el presunto responsable podrá revocar al ya designado, teniendo derecho a nombrar defensor particular o defensor de oficio, y si no lo hace, el juez le designará a este último, para evitar que quede en estado de indefensión, lo que sería violatorio del artículo 20, fracción IX, de la Constitución, y

b) La parte penúltima de la fracción IX del artículo 20 de nuestra carta magna, establece que el acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio.

Sobre el particular, conveniente es observar que los términos acusado, aprehendido y juicio, no deben ser interpretados literalmente. Esto es, la figura jurídica del acusado empleada en el epígrafe del artículo 20 constitucional, no está implicando que tal precepto se refiera a una persona res-

pecto de la cual el agente del Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias.

La palabra acusado debe ser interpretada en el estricto sentido jurídico como el presunto responsable, es decir, como la persona respecto de la cual existen datos suficientes para suponer fundadamente que participó en el delito, pues solamente así adquiere justa dimensión el artículo 20 de la Constitución, porque si bien es cierto que el derecho a la libertad provisional bajo caución que prevé la fracción I de ese dispositivo se hace efectiva a partir de que el presunto responsable se encuentra a disposición de su juez, es conveniente señalar que la garantía prevista en la fracción II de ese numeral, en el sentido de que "el acusado" no podrá ser compelido a declarar en su contra, rige para cualquier periodo del procedimiento penal incluyendo a la averiguación previa.

En cuanto a la palabra aprehendido, empleada por la parte penúltima de la fracción IX del artículo 20 constitucional, no se refiere a aquella persona respecto de quien se ha ejecutado una orden de aprehensión, porque en ese momento no tiene repercusión alguna que nombre defensor, ya que las actuaciones procedimentales se encuentran a disposición del órgano jurisdiccional que giró la orden de aprehensión, y quien la ejecuta —que en su caso es la policía judicial— no cuenta con tales actuaciones, por lo que el nombramiento de defensor en ese momento resulta ilusorio.

La palabra aprehendido, creo que debe entenderse como el estado a través del cual el sujeto está privado de su libertad, ya sea porque se trate de flagrante delito o de notoria urgencia, o bien, que sin existir ninguno de esos dos casos, la policía judicial o el Ministerio Público "privó" de la libertad a una persona.

Sirve de apoyo el artículo 16 constitucional para poner de manifiesto que nuestro máximo ordenamiento emplea como sinónimo orden de aprehensión y orden de detención, asimismo, se habla de que en los casos de flagrante delito cualquier persona puede aprehender al delincuente y tratándose de notoria urgencia la autoridad administrativa, bajo su más estricta responsabilidad, decretará la detención de un acusado. Es decir, en el flagrante delito se habla de aprehensión sin que exista orden girada por la autoridad judicial y en la notoria urgencia se habla de detención sin existir la orden ya mencionada. Por lo anterior, considero que cuando el artículo 20, fracción IX, de la Constitución, en su penúltima parte, dice que el acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, se refiere al nombramiento de defensor en la averiguación previa, porque no tendría sentido pensar que esa parte se refiere a la facultad de designar defensor a partir de que está en presencia del órgano jurisdiccional, pues tal situación se encuentra prevista en la parte tercera de la fracción señalada.

En la penúltima parte de la fracción referida se dice que el acusado ten-

drá derecho a que el defensor se halle presente en todos los actos del juicio, pero ello no invalida la aseveración de la necesidad constitucional de que el presunto responsable, desde la averiguación previa, pueda nombrar defensor, porque la palabra juicio no debe entenderse en los términos de la fracción III del artículo 1o. del Código Federal de Procedimientos Penales, pues, de ser así, llegaríamos al absurdo de pensar que hasta ese momento puede el defensor estar presente en el desarrollo de los actos procesales.

IV. LA DEFENSA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

Ese ordenamiento fue publicado en el *Diario Oficial* de 29 de agosto de 1931, vigente a partir del 17 de septiembre de dicho año, y desde su redacción original, el artículo 270 dice: "Antes de trasladar al presunto reo a la cárcel preventiva, se le tomarán sus generales y se le identificará debidamente haciéndole saber el derecho que tiene para nombrar defensor. Este podrá, previa la protesta otorgada ante los funcionarios del Ministerio Público o de la policía que intervenga, entrar al desempeño de su cometido"; es decir, dicho dispositivo establece en averiguación previa la obligación para el Ministerio Público de informar al presunto responsable de ese derecho, el cual puede ejercerlo o no. Esto es, que el Ministerio Público, conforme a tal dispositivo, no tiene la obligación de nombrarle defensor al presunto responsable.

Al respecto, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que: "La garantía constitucional establecida por el artículo 20 en su fracción IX, referente a que el acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, opera siempre que el propio inculpado sea quien lo nombre, pues el Ministerio Público no tiene esa obligación". (A.D. 3438/974. Manuel Luis Maizumi. Octubre 18 de 1974. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Abel Huitrón y Aguado, 1a. Sala. Séptima Época, volumen 70, segunda parte, p. 17.)

Es decir, al indicar el dispositivo mencionado que el defensor entrará al desempeño de su cometido, está indicando que puede aportar pruebas y participar en el desahogo de las mismas en averiguación previa.

Ese numeral se ve reforzado jurídicamente por el artículo 134 bis, párrafo final, del Código de Procedimientos Penales —Decreto de Reformas y Adiciones a ese ordenamiento, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 29 de diciembre de 1981—, el cual indica 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 una u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio".

Además, ese numeral hace surgir la defensoría de oficio a nivel de averiguación previa; pero ésta debe ser constituida como un órgano independiente del Ministerio Público y de la autoridad judicial, para que pueda ser una realidad la defensa, porque la actividad cotidiana ha demostrado que tal defensoría no existe al nivel mencionado.

Al indicar ese artículo que tal nombramiento es para que el abogado o la persona de la confianza del acusado se encargue de su defensa, está facultando al defensor a la aportación de pruebas a nivel de averiguación previa, debiendo desahogarse las pertinentes.

V. LA DEFENSA EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

En el *Diario Oficial* de 27 de diciembre de 1983, se publicó el Decreto de Reformas y Adiciones al Código señalado, indicándose en la parte conducente de la iniciativa presidencial, bajo el rubro de derechos del inculgado, que:

Las garantías penales que la Constitución expresamente establece, implican sólo el mínimo de derechos que la autoridad debe reconocer al gobernado. En consecuencia, la ley secundaria puede ampliar ese mínimo de derechos y otorgar al individuo nuevos y mayores derechos frente al poder público, cuando ello resulte conveniente y no se vulneren los intereses de la sociedad. En esta virtud se propone la reforma del artículo 128, extendiendo garantías constitucionales y favoreciendo la defensa del inculgado... La garantía de defensa del detenido durante la averiguación previa fortalece los principios de libertad y seguridad jurídica.

El párrafo tercero del artículo 128 del ordenamiento referido, dispone que:

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

VI. COMPROMISO INTERNACIONAL

El 7 de mayo de 1981 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el Decreto de Promulgación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, estimando la misma como una garantía judicial, el derecho a la defensa, en el artículo 8, apartado 2, incisos c), d), e) y f).

VII. CONCLUSIONES

1. Reformar el artículo 20, fracción IX, de la Constitución federal, para que expresamente, y en forma clara, se aluda a la defensa en averiguación previa; además que exista en tal periodo la defensoría de oficio.

2. Que en la reforma se manifieste que si el indiciado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, el Ministerio Público le nombrará un defensor de oficio.

3. Que la defensoría de oficio sea un organismo con personalidad y patrimonio propio, para que pueda actuar con independencia del Ministerio Público y de la autoridad judicial.

4. Que para actuar como defensor se exija título profesional de licenciado en derecho y colegiación necesaria, para garantizar una defensa jurídicamente adecuada y evitar abusos de parte de "coyotes".

5. Si no se acepta la reforma propuesta, deben establecerse los mecanismos adecuados para que todas las legislaciones procesales penales de los estados aludan en averiguación previa al derecho del indiciado para nombrar defensor, o designarle un defensor de oficio, y éste pueda aportar pruebas y participar en el desahogo de las mismas.

6. Que las diligencias practicadas sin que exista nombramiento de defensor, sean nulas.