

LA DEFENSA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Bernabé LUNA RAMOS

El hablar de la defensa en la averiguación previa es sin duda, hoy en día, un tanto cuanto riesgoso, toda vez que dentro de nuestro sistema penal no es aceptado ni visto con buenos ojos, pues se considera que con ello se viene a proteger aún más al delincuente y a entorpecer la función investigatoria del Ministerio Público, lo cual desde ningún punto de vista resulta lógico ni aceptable.

Por nuestra parte, pretendemos sostener que el órgano de la defensa debe instaurarse dentro de la averiguación previa, en acatamiento a la última parte de la fracción IX del artículo 20 constitucional, y que hasta hoy día ha sido interpretada en sentido estricto, pues se considera aprehendida una persona hasta el momento de existir una determinación judicial y no antes.

Para ello, tenemos que dentro de todo régimen en el que prevalezcan las garantías individuales, al cometerse el delito nace la pretensión punitiva estatal y simultáneamente el derecho de defensa.

Resulta por lo tanto incuestionable que la pretensión punitiva y el derecho de defensa se encaminan siempre a la satisfacción de los aspectos trascendentales como son: el interés social y la conservación individual.

Sin embargo, de conformidad con la doctrina predominante en los órdenes doctrinario y legal, el criterio se inclina por el interés social, al estimar a éste preponderante frente al individual; pero ello no debe entenderse en forma tan tajante, pues se llega al desconocimiento absoluto del individuo como sujeto de derechos.

Así, frente a un conflicto, el ordenamiento jurídico es quien lo equilibra, adoptando, entre otras medidas, la institución del derecho a la defensa.

El derecho de defensa está íntimamente ligado al concepto de libertad, en virtud de que sustrae al individuo de lo que es arbitrario o de lo que tiende a destruir los derechos que le otorgan las leyes.

La defensa entendida no sólo como un derecho, sino también como una garantía, resulta un síntoma inequívoco de progreso en el orden jurídico procesal; ya desde la antigüedad en algunas legislaciones se aludía a la misma, y el pretender negarla no sólo durante el proceso, sino iniciado el procedimiento, en la fase de averiguación previa, resulta dar marcha atrás a los avances obtenidos en esta materia.

El principio de que la defensa es obligatoria y la consagración de que el acusado debe disfrutar de toda clase de libertades para prepararla, tuvieron su origen en la Asamblea Constituyente en Francia, al expedirse las leyes que regulan el procedimiento penal, el 29 de septiembre de 1791. Desde el interrogatorio, el acusado tenía derecho a nombrar defensor, y si se negaba, el juez debía proveer al nombramiento, bajo pena de nulidad de lo actuado. Al inculcado no se le juramentaba antes de declararlo; sólo se le recomendaba que dijese la verdad, y si lo pedía, el juez debía entregarle todas las piezas de autos, sin estipendio alguno de su parte, debía cuidar de que quedase plenamente enterado de los cargos existentes en su contra para que estuviese en condiciones de contestarlos. Estas ideas que se condensaron en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, son las siguientes: 1o. Libertad ilimitada en la expresión de la defensa. 2o. Obligación impuesta a los jueces, para proveer al acusado de un defensor en caso de rehusarse a designarlo. 3o. Obligación impuesta a los profesores de derecho y abogados, para dedicar parte de las horas de su trabajo a la atención de la defensa de los pobres de solemnidad. 4o. Prohibición absoluta a las autoridades judiciales para compeler de algún modo a los acusados a declarar en su contra. 5o. Derecho reconocido al inculcado para la designación de defensor desde el momento en que es detenido. 6o. Derecho del defensor para estar presente en todos los actos procesales, sin que pueda vedársele el conocimiento de las actuaciones practicadas a partir de la iniciación del procedimiento. 7o. Obligación impuesta a las autoridades judiciales de 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 hechos, puedan rendirse hasta la audiencia que precede al fallo, siempre que concurren causas bastantes que demuestren que la prueba no fue presentada en el periodo de sumario por causas ajenas a la voluntad del promovente. 8o. Obligación de las autoridades de auxiliar al inculcado para obtener la declaración de personas cuyo examen solicite.¹

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

En nuestro sistema legal, el criterio con respecto a la defensa es diferente, pues como señala el doctor Sergio García Ramírez:

En cuanto al momento para el nombramiento de defensor, la misma frac-

¹ González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1983 (7a. ed.), pp. 89 y 90.

ción IX del artículo 20 constitucional es explícita: desde el momento en que sea aprehendido. Ahora bien, esta voz puede interpretarse, *favor rei*, como sinónimo de detención, o bien en términos más rigurosos, como aprehensión en sentido estricto, esto es, como ejecución de un mandamiento de autoridad. En todo caso, no establecen ni la Constitución, ni la ley secundaria, cuáles son las funciones del defensor en la fase de averiguación previa, y es claro que los actos que en ésta se llevan a cabo no son, en modo alguno, actos del juicio, que por imperativo constitucional puede presenciar el defensor. Todo ello apoya la práctica del Ministerio Público en el sentido de no permitir el acceso del defensor a las actuaciones, sino hasta que ha declarado el inculpado, o inclusive negarlo en lo absoluto.

En este mismo orden de cosas, el artículo 270 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal indica que antes de trasladar al presunto responsable a la cárcel preventiva se le hará saber su derecho para nombrar defensor, el que entrará al desempeño de su cometido previa protesta ante los funcionarios del Ministerio Público o de la Policía que intervenga. Sólo en caso de que el inculpado no designe defensor *motu proprio*, entrarán en función el citado precepto constitucional y el artículo 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el sentido de que el juez nombrará al defensor de oficio.²

De la opinión de este autor, y que es la aceptada en la práctica y que coincide con la de nuestros tratadistas, encontramos que el derecho a la defensa es nugatorio en la fase de la averiguación previa, teniendo sólo relevancia jurídica, disque con el carácter de garantía constitucional, sólo hasta el momento de rendir su declaración preparatoria, el indiciado y que el defensor sólo podrá intervenir hasta después de haberla rendido.

Sin embargo, no obstante la opinión generalizada de nuestros tratadistas, así como la práctica viciada llevada a cabo por el Ministerio Público, de negar el derecho a la defensa dentro de la averiguación previa, no debemos olvidar que en todo régimen en el que prevalezcan las garantías individuales, al cometerse el delito nace la pretensión punitiva estatal y, con ella, en forma simultánea, el derecho a la defensa; asimismo, no deben olvidarse los fines del procedimiento penal, que son: la verdad histórica y la personalidad del delincuente.

La verdad histórica consiste en el conocimiento de la verdad sobre los hechos de la acusación, es el fin específico del proceso penal y es necesario determinarla, razón por la cual deberá pugnarse por ello desde el inicio del procedimiento hasta su terminación. La verdad es la concordancia entre el hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento, por ende, la verdad es lo real, lo acontecido, y cuando existe una adecuación de la idea a esa realidad podemos establecer que se conoce la verdad.

² *Derecho procesal mexicano*, México. Editorial Porrúa, 1977 (2a. ed.), p. 235.

El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 51, ordena que los jueces y tribunales tomarán en cuenta para la aplicación de las sanciones establecidas para cada delito, las circunstancias exteriores de ejecución, y para la aplicación de las sanciones penales considerarán: "la naturaleza de la acción u omisión de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido" (fracción I del artículo 52 del mismo ordenamiento).

El conocimiento de la *personalidad del delincuente* es de gran trascendencia en el drama procesal, pues para la individualización de la sanción, es necesario conocer los factores endógenos y exógenos que en un momento determinado indujeron al sujeto a la realización de la conducta, en tanto que sólo así se podrá conocer y determinar la peligrosidad del sujeto.

Estos fines específicos del procedimiento penal, sólo podrán lograrse plenamente mediante la pretensión punitiva y el derecho a la defensa; pero este derecho debe ejercitarse por su titular, el indiciado, desde el primer acto procedimental, o sea la averiguación previa.

Yo he dicho siempre, con respecto a nuestro sistema penal, que seguimos teniendo y viviendo el mismo que en la época de la revolución mexicana implantó Francisco Villa, con su célebre frase: "primero juéflenlos y después virigüen", pues de conformidad con lo establecido por los artículos 16 y 19 constitucionales, que en lo conducente dicen: Artículo 16. "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, ... o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado..." Y el artículo 19. "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un acto de formal prisión, en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado", se desprende que todo sujeto es culpable salvo prueba en contrario, pues basta una simple presunción o sospecha de que alguien pudo haber cometido el delito, para que de inmediato se proceda, o bien a dictar una orden de aprehensión, o a decretarle el auto de formal prisión, por parte de la autoridad judicial.

Por otra parte: ¿A qué se le tiene miedo?, ¿a que el Ministerio Público demuestre su incapacidad?, ¿a que el defensor retarde el procedimiento?, ¿a que el defensor coadyuve a la impunidad de los delitos?, ¿a que el defensor desvirtúe los hechos? No, no debe tenerse miedo a nada ni a nadie, pues si bien es cierto que el Ministerio Público es una institución de buena fe, con el establecimiento de la institución de la defensa en averiguación

previa, se demostraría una vez más la buena fe de aquélla, en tanto la defensa velaría por la legalidad del procedimiento penal en todas y cada una de sus fases.

Cierto es que vivimos en un régimen en el que prevalecen las garantías individuales, y dentro de las cuales imperan la de legalidad, la de audiencia, la de libertad y la de defensa; pero no debemos restringir esta última tan sólo para un determinado momento procedimental, como lo es el proceso; debe ser valedera en todo momento, de ahí que se insista en su ejercicio en la fase de averiguación previa.

También lo es, que todo individuo, como miembro de la sociedad, debe ser respetado, y por lo tanto no debe permanecer incomunicado, no debe ser vejado, maltratado, vilipendiado ni humillado, lo que comúnmente acontece, sobre todo en la fase de averiguación previa.

De ahí la necesidad de la intervención del defensor en esta fase, para que vele por la legalidad en el trato del indiciado.

El hecho de que el defensor intervenga desde la averiguación previa, traerá como consecuencia, primero, hacer patente el progreso en el orden jurídico procesal; segundo, lograr una madurez técnico-jurídica a nivel averiguación previa, y tercero, consolidar la confianza de la sociedad, en sus instituciones. ¿Por qué? Porque al intervenir el defensor, éste en primer término velará por el estricto cumplimiento y observancia de los derechos y garantías del indiciado, dándole seguridad y confianza a éste en las instituciones.

Porque es falso que con la intervención del defensor se dé pauta a cualquiera de las cuestiones o interrogantes planteadas con anterioridad o a cualquier otra, pues con su intervención, el Ministerio Público sólo tendrá cuidado de dar cumplimiento a todas y cada una de las disposiciones legales que rigen el procedimiento, como son el interrogar a los testigos y al indiciado, aplicando las técnicas del interrogatorio; el recabar y valorar los documentos necesarios; el practicar las diligencias de inspección ministerial; reconstrucción de hechos, o cualesquiera otra con toda minuciosidad y cuidado; el hacer efectivos los medios de apremio que marca la ley, etcétera.

El hecho de que el defensor ofrezca y presente pruebas durante la fase de la averiguación previa, no implica que con ello se convierta el Ministerio Público en un órgano judicial, pues su actividad investigatoria se concretará a recabar las pruebas pertinentes para dar cumplimiento a los extremos de los artículos 16, 19 y 21 constitucionales y no a juzgar o prejuzgar, como tantas y tantas veces se ha pretendido sostener, que con ello se invaden competencias o funciones, en tanto que para que el Ministerio Público esté en posibilidad de ejercitar la acción penal correspondiente, tiene que

hacer necesariamente una valoración de las pruebas y constancias que obren en averiguación previa.

Por lo anterior, se debe abandonar el ya tan tradicional sistema inquisitivo, que en la fase de averiguación previa se viene practicando, pues ésta se lleva total y absolutamente a espaldas del indiciado, y que bajo la tallada frase de que el Ministerio Público es de "buena fe", éste realiza actividades de acusación y defensa, al decirse que el Ministerio Público actúa en defensa de la sociedad y que con su actuar también lo hace en defensa del indiciado, lo que en la práctica resulta falso, toda vez que cuando una persona es presentada ante él como tal, desde ese momento toma tan en serio su papel de órgano de la acusación, que se ensaña con el indiciado y a toda costa trata de ejercitar la acción penal en su contra.

Si entendemos al defensor como "el que interviene en el procedimiento penal para desplegar en él una función de asistencia en favor de los derechos y demás intereses legítimos de un sujeto procesal en la aplicación de la finalidad del procedimiento penal, como son la verdad histórica y la personalidad del delincuente", debemos estar acordes con la idea de su establecimiento dentro de la fase de la averiguación previa.

Debemos recordar que ya con anterioridad y a principios de esta década, el entonces procurador general de Justicia del Distrito Federal, señor licenciado Agustín Alanís Fuentes, trató de darle a esta figura, de la defensa, la intervención dentro de la fase de la averiguación previa, al girar una circular mediante la cual se imponía como obligación del Ministerio Público el nombrar defensor al indiciado, desde el primer momento procedimental, y en caso de que éste no nombrara, se le designara por el Ministerio Público de oficio.

CONCLUSIONES

Primera: La defensa es una garantía individual consagrada en la fracción IX del artículo 20 constitucional, y que debe hacerse valer desde el momento en que una persona es aprehendida o detenida.

Segunda: A la garantía constitucional de la defensa, no se le debe dar una aplicación restringida, o sea sólo en la fase del proceso, sino que debe concederse en la averiguación previa.

Tercera: Al vocablo aprehensión no se le debe dar una interpretación en sentido estricto, pues las garantías no son signo de restricción para los ciudadanos, sino son cotos para las autoridades, quienes deben respetar, en su actuar, esos mínimos consagrados en la carta magna.

Cuarta: Para dar cumplimiento a los fines del procedimiento, como son la verdad histórica y la personalidad del delincuente, debe concederse el derecho a la defensa en la averiguación previa, pues al cometerse el delito

en ese preciso momento nace la pretensión punitiva y el derecho de defensa.

Quinta: Si con la comisión del delito surge tanto la pretensión punitiva y el derecho a la defensa, resulta incuestionable que ésta debe darse con el inicio del procedimiento, averiguación previa, pues ésta se inicia con la comisión de aquél.

Sexta: Debe abandonarse el temor y la desconfianza que se tiene por el establecimiento de la defensa dentro de la averiguación previa y reglamentarla como tal dentro del Código de Procedimientos Penales de todos y cada uno de los estados de la República Mexicana.