



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios
Profesionales "Aragón"

*"Inoperancia del Artículo 127 del Código de
Procedimientos Penales del Estado Libre y Soberano
de México relativo a la figura del Defensor"*

TESIS PROFESIONAL
Que presenta para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO

FRANCISCO MARTINEZ VARELA



ENEP
ARAGON

San Juan de Aragón, Edo. de Méx. 1992

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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 está 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.

I N T R O D U C C I O N

M A R C O D E R E F E R E N C I A

Las reglas del Derecho procedimental penal han ido cambiando conforme los distintos estadios jurídicos_ por los cuales ha pasado. Bien observamos que existió - un sistema donde las figuras procesales: órgano acusa--- dor, defensor y órgano de decisión se encontraban concen_ trados en un solo ente jurídico como lo fué el sistema - inquisitivo, y donde eran nugatorios los derechos del su_ jeto activo del delito. Por ello, se intentaron otros sistemas como lo fueron el acusatorio donde sí se dan -- por separado los sujetos procesales antes aludidos, y -- aún el sistema mixto que conjunta características de uno y otro. Y si bien, hablamos de sujetos procesales, nóte_ se lo importante que es la figura del defensor.

El defensor es una persona física que va a des_ plegar su actividad encaminada a asistir a la persona a la cual se le atribuye la comisión de un delito, actua-- ción que debe estar limitada por una ética profesional.

Decimos que es importante la figura del defen_ sor, porque debe existir un ente jurídico que intente -- contrarrestar la actividad acusadora del Estado, y así

hacer realidad lo estatuido en nuestro máximo ordenamiento de que a ninguna persona se le podrá privar de su libertad, posesiones, derechos, papeles, etcétera, sino pre vio juicio donde sea oído y vencido, y donde se observen las modalidades esenciales del procedimiento, y por consi guiente si el activo de la infracción penal ha de imponér sele una sanción, en caso de resultar responsable, es necesario que una persona con conocimientos jurídicos le -- asista en el procedimiento penal, a efecto de que aquél - intente equipararse jurídicamente al poder del Estado, el cual cuenta con toda una infraestructura para investigar delitos y hacer que conductas delictuosas no queden impunes.

Es por esto que abordaremos en el tema recep ción la figura del defensor. Así, nos hemos preguntado, - bien si se ha establecido en nuestro máximo ordenamiento constitucional precisamente en la fracción IX del artículo 20 al defensor, como un ente jurídico que tiene una no ble labor de asistencia al sujeto activo del delito, en - qué momento procedimental empezará a fungir como tal?. Y la pregunta nos la hemos repetido por virtud de que hemos observado que en los Códigos de procedimientos penales -- del Distrito Federal y federal se efectuaron reformas para darle la reglamentación debida al defensor y así permi

tir su intervención en la etapa de la averiguación previa y, esto precisamente en los artículos 134 bis cuarto párrafo y 128, respectivamente, situación que ha traído dos posturas de los teóricos del derecho, una admitiéndola y otra negando tal intervención, pero en fin ya dáse en la etapa preprocesal la tan anhelada figura del defensor. Pero, igualmente, reflexionamos y observamos que antes de estas reformas a los códigos procedimentales penales del Distrito Federal y federal, en el correspondiente del Estado de México ya existía exactamente en el artículo 127, el cual adolece de una técnica jurídica, pero del contenido del mismo desprendemos ya la participación del defensor en la etapa de la averiguación previa, advirtiéndolo, al respecto que, la redacción del artículo 127 no estaba, en su origen, encaminada a permitir la actividad del defensor en la etapa procedimental mencionada, sino más bien a sancionar la revelación de secretos que algunos servidores públicos de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México hacían en la década de los 60, instituyéndose la destitución del cargo al infractor del precepto legal. Esta situación ha motivado lagunas y criterios de interpretación, por ello, pensamos que es importante abordar, en el presente tema recepcional, el artículo de referencia, formulando una humilde propuesta en el

sentido de que se adopte con precisión la intervención -- del defensor en la etapa de la averiguación previa en el Estado de México, o en su defecto la derogación del numeral de referencia.

En el presente trabajo recepcional, abordaremos - un breve capítulo de antecedentes históricos, a efecto de irnos adentrando en el controvertido tema de la participación del defensor en el procedimiento penal.

Esbozaremos la definición de lo que consiste el - término defensor. Así como los requisitos que debe cubrir éste a efecto de desempeñar la función de Abogado -- del sujeto activo de la infracción penal. Así también, - haremos referencia a la naturaleza jurídica del defensor, y esto para demostrar que sí es posible su intervención - en la primera etapa del procedimiento penal, y que esto - no traerá desvirtuación de elementos o indicios a recabar por parte del Ministerio Público investigador, ya que la verdadera función del defensor es prestarle asesoría jurídica al activo de la infracción penal, pero sin caer en - encubridor de éste, porque de lo contrario será un verdadero intrigante, rompiéndose las funciones reales para -- las cuales fué creado el defensor..

Igualmente, abordaremos en líneas posteriores, --

una semblanza de las reglas que se implantaron respecto - del tema recepcional en materia federal y en el fuero común en el Distrito Federal, y así ver que sí ha sido posi - ble la innovación de la intervención del defensor en la - etapa preprocesal y que ha traído una mayor humanización - en el procedimiento penal, y que las condiciones socio-ju - rídicas que la originaron en estos ámbitos competenciales es similar al que opera en el Estado de México.

Por lo que hace a la legislación del Estado de Mé - xico, como hemos establecido, dáse un rústico principio - de intervención del defensor en la etapa procedimental de referencia, que es necesario reformar y darle una verdade - ra técnica jurídica, evitando, así, lagunas en la ley e - inútiles interpretaciones al precepto aludido, que en oca - siones son contrarios a los intereses del activo de la in - fracción penal. Por lo que en el capítulo IV del tema re - cepcional haremos un examen de la aplicabilidad o inapli - cabilidad del artículo 127 del Código de Procedimientos - Penales del Estado de México, lo cual realizaremos con -- fundamento. Esbozando un proyecto de posible reforma al numeral aludido, así como la propuesta de un acuerdo admi - nistrativo suscrito por el Procurador General de Justicia del Estado, esto para darle lineamientos a los elementos - que prestan servicios en esta institución.

No olvidamos que el tema recepcional adolece de errores, pero que se formula con el mejor de los esfuerzos y con la intención de proponer mejoras en el procedimiento penal vigente en el Estado de México.

CAPITULO: I.-**BREVE REFERENCIA HISTORICA .**

1.1.- Antigüedad.

1.2.- Grecia.

1.3.- Roma.

1.4.- España.

1.5.- México.

CAPITULO: I.- BREVE REFERENCIA HISTORICA.

Las relaciones dásen entre los seres humanos son_ de distinta especie y ello origina que en ocasiones lle-- guen a existir invasiones de derechos de parte de uno ha-- cia el campo de derechos del otro, lo que llega a traer - que resulte dañado en su esfera jurídica y que con esto - se origine, no necesariamente, un expediente de averigua-- ción previa, cuando la conducta lesiva entre al campo pe-- nal y con la finalidad de como decía Ulpiano de "dar a ca-- da quien lo que le corresponde".

Al ser humano que ha sido afectado en su esfera - jurídica, y con ello lesionado de una o de otra forma, -- tiene derecho a que se le resarza en lo posible el daño - ocasionado, y asimismo surgirá para el Estado la facultad de sancionar o imponer una sanción al infractor de la nox ma penal. Pero igualmente el infractor o sujeto activo - del delito, también, posee derechos subjetivos públicos -- que consagra nuestra Constitución General de la Repúbli-- ca, como el que contempla la fracción IX del numeral 20 - de nuestro máximo ordenamiento mencionado, que es el rela-- tivo a que dispone de la asistencia de una persona que lo defienda de la imputación que se formula en su contra.

El derecho de defensa va a surgir desde el preci-

so instante en que se entable la relación jurídica procesal del derecho penal, en el momento en que existe un o-fendido, el Ministerio Público, el sujeto activo del delito o un infractor de la norma penal, existiendo 2 posiciones contrarias.

La persona a quien se le está imputando un ilfcito, por el principio de legitimidad que existe en México, debe contar con un ser humano que realice gestiones - defensivas a favor, para contrarrestar los hechos que se hacen en su contra. Aún cuando, todavía no se ha establecido con precisión, en la legislación del Estado de México, en qué momento entrará a fungir el defensor dentro de las etapas del procedimiento penal, pues solo existe una débil regla en el artículo 127 del Código de Procedimientos Penales, que por sí solo no nos establece la procedencia del defensor en la primera etapa del procedimiento penal. Situación que se ha fijado con mayor técnico jurídica en los Códigos de Procedimientos Penales del Distrito-Federal como lo es en el artículo 134 bis párrafo cuarto y en su análogo federal en el 128, pero que aún existen - algunos detalles que afinar, pero que sin encambio nos establecen con claridad que el defensor puede actuar en la etapa de averiguación previa. Debemos notar que, a tra-vés de la historia esta situación no se planteó, así, y -

es por ello que nos atrevemos a formular un breve estudio histórico sobre la figura del defensor.

1.1. ANTIGUEDAD.-

Los historiadores han llegado a concluir que -- los pueblos de la época antigua que se pueden tomar como base para estudiar sus ordenamientos jurídicos, fueron -- Egipto, Israel, Babilonio, Asirio, organizaciones humanas que tenían como base Estados teocráticos, debido a la presencia de la divinidad que era encarnada por el Jefe político y religioso.

En estas civilizaciones debe notarse, que si alguna persona dañaba a otro de sus congéneres tendría que recibir un castigo, pero en estos estadios no apreciamos figuras como ahora las conocemos de Ministerio Público -- (órgano encargado de acusar) y el defensor del infractor de la norma penal; pero sin encambio dábanse sanciones a este último. Así en el antiguo pueblo de Israel, existía la ley moral que imponía Dios y que reclamaba la obediencia de los hombres. En este sentido, el "extranjero o indigno quien blasfemare el nombre de Yahvé morirá" (1). -- Sanción que se llevaba a cabo porque se consideró un verdadero agravio a Dios, y no requería que se defendiere al "infractor" de la norma divina.

(1) Cuestas G., Carlos.- "Funciones históricas de la prisión preventiva". Anuario de Derecho, año XIII, N° 13, Panamá, Panamá, 1988, p. 273.

En este estado histórico, el castigo se debía a la no obediencia que debía asumir todo elemento de la colectividad, obediencia que traía a cambio la protección divina. Al respecto, Gettall Raymon ha precisado que "el carácter democrático del pensamiento político entre los pueblos de la antigüedad de esta manera va a estar determinado con Dios, sino por la influencia de la opinión pública acerca de gobernantes, quienes a la postre eran -- aquellos profetas o jueces escogidos por Dios para transmitir su voluntad. La ley, según se ha visto se concibió en un principio como la expresión de la voluntad de Dios" (2).

Las normas que se dieron en los pueblos de la antigüedad, no fueron como las conocemos ahora, sino como lo establecimos teocráticas, y se basaban en los mandamientos divinos y en las costumbres, y cuando ocurría una transgresión a estas normas, el infractor solamente debía recibir su castigo, sin tener ningún derecho. A este período se le denominó Bárbaro.

En este período, los Hebreos dejaron claras notas de las sanciones que deberían imponerse al infractor de la esfera jurídica de Dios o de uno de los congéneres del infractor, y ante todo no existía derecho alguno para

(2) G. Gettall, Raymond.- "Historia de las ideas políticas". Editora Nacional, México 1982, octava edición, p. 70

razón en que se trataba ya de una defensa, pues se defendían los intereses de un representado, sin importar posición personal sino sólo los derechos violados de alguna persona es decir, la lesión o afectación en una esfera jurídica.

1.2.- GRECIA.

Podemos afirmar que el pueblo Griego viene a -- constituir la civilización que ha originado grandes instituciones jurídicas.

"Es precisamente en esta ciudad en donde se ve nacer el derecho, resultando de las costumbres observadas por los Atenenses, cuya manera de proceder para sancionar a aquellas personas que cometían actos atentatorios -- en contra de ciertos usos y costumbres, era mediante juicio llevados en forma oral y pública por el Rey, el Consejo de Ancianos y la Asamblea del Pueblo". (5)

En la civilización griega la autoridad suprema del Estado acusaba en la asamblea formada por todos los -- ciudadanos, las decisiones de este cuerpo constituían las leyes, aunque siempre consideraban los griegos a la ley -- como una costumbre prolongada. Asimismo la asamblea tenía como atribuciones que la destacaban, la de revisar --

(5) Colín Sánchez, Guillermo.- "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". Décima tercera edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1987. p. 19.

aquellas decisiones que estuvieran en contradicción con las costumbres, castigando en su caso al autor de la nueva ley por haberse cometido una infracción a las normas.

La administración de justicia se ejercía por medio de jurados populares elegidos por la suerte. Se pagaba a los ciudadanos su servicio, cuando asistían a la - - asamblea o al jurado. La Constitución política de Atenas permitió a todos los ciudadanos una participación idéntica en la esfera gubernamental, desarrollando un sistema - completamente democrático con excepción de los esclavos - y extranjeros a quienes excluían de la vida política.

La concepción griega de la ley, pasó varios estadios en su desarrollo. Los escritos de Homero y Hesíodo conservan el recuerdo de una organización teocrática - del Estado en la cual imperaba la tradición y las costumbres sin que se llegara a distinguir la religión del derecho. Cuando la aristocracia reemplazó a la monarquía, se fué debilitando la idea teocrática, y como los reyes abusaban de las normas consuetudinarias, se solicitó el establecimiento de leyes escritas.

Es precisamente en Grecia, donde encontramos -- grandes esbozos de antecedentes de figuras que podemos asimilar al Ministerio Público y al defensor, en una rela-

ción que se da cuando un ser humano invade la esfera jurídica de alguno de sus congéneres. Así, al respecto, Sergio García Ramírez, nos indica citando a Mac Lean Esteves que, por parte del ofendido de una conducta delictuosa, - podemos tener a los Temosteti que eran meros denunciantes; los Éforos que se encargaban de que no se produjese impunidad cuando el agraviado se abstenía de acusar y que a partir de la época de Pericles el Areópago acusaba de oficio y sostenía las pruebas en caso de que el inculpado hubiese sido injustamente absuelto por los magistrados, y el Arconte denunciaba cuando la víctima carecía de parientes. Pero que sí existía parte que sostenía una imputación, debería tenerse la opuesta relativa a la figura del defensor, y que al principio ante las pretensiones del Arconte, del Areópago, o al de Ephetas (sostenedores de acusaciones) solamente el sujeto activo del delito podía disponer de él mismo para defenderse, sin existir otra figura que interviniera en su favor. (6) Al respecto, se ha podido establecer con precisión que en la civilización Griega, "el ofendido o cualquier ciudadano presentaba y sostenía de viva voz sus pretensiones ante el Arconte... el cual en delitos públicos convocaba al tribunal del Areópago, al de los Ephetas y al de los Helenistas; al comparecer el acusado ante el tribunal, tenía que ejercer su

(6) Cfr. García Ramírez, Sergio. "Derecho Procesal Penal". Sexta Edición, Porrúa, S.A. México, 1985 pp. 233 a 235.

defensa por sí mismo. Posteriormente se le permitió ser auxiliado por algún eminente orador, con la finalidad de convencer con el don de la palabra a los integrantes del tribunal, encontrándose muy solicitado entre los oradores de ese tiempo a Demóstenes". (7)

"Conforme fué transcurriendo el tiempo, de -- igual manera fué generalizándose el uso de hacerse representar en el procedimiento, distinguiéndose que aunque ya hubiera confesado su culpabilidad el individuo o se le hubiera sorprendido en flagrante delito, no era suficiente motivo para que se le privara del derecho de defenderse. -- Asimismo, los historiadores afirman que en Grecia, la abogacía se convirtió en una verdadera profesión, desde el momento en que el defensor tenía facultad de invocar hechos e interpretar leyes a nombre del acusado, considerándose para entonces como primer abogado profesional en las ciudades Helénicas a Pericles". (8)

En el período de Pericles, el juez supremo en la comunidad ateniense es el pueblo, quien elige sus Magistrados y decide sobre la culpabilidad o inocencia y las consecuencias, pero siempre salvaguardándose los derechos del individuo, quien puede defenderse por sí mismo y/o -- por representante en el procedimiento. (9)

(7) La figura de la defensa. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I. Instituto Nacional de Investigaciones Jurídicas. UNAM, Editorial Porrúa, S.A., México 1987. p. 88

(8) Idem. p. 90

(9) Cfr. Taylor Caldwell. "Gloria y Esplendor). Vida de Grecia. Editorial Grijalbo, México, 1989. p. 38.

1.3.- ROMA

Nos dice don Manuel Rivera Silva que los romanos fueron elaborando su derecho con gran sencillez resolviendo los problemas prácticos que se les presentaban con la mayor simplicidad, no generalizaron ni intentaron formular teorías generales o hipótesis, rehufan a las definiciones aunque en algunos casos las hayan realizado con gran precisión. (10)

"En los primeros tiempos de Roma la ciencia y el arte de la aplicación del derecho se depositaba en una misma autoridad el Colegio de los Pontífices. Los pontífices no eran sacerdotes de una divinidad particular, sino de todo el conjunto de divinidades representaban a los intereses divinos frente a los hombres y ejercían una vigilancia social sobre el culto". (11)

"El culto público se depositaba en los Flamines y en cuatro grandes colegios sacerdotales que eran: el Pontificio, el de los Augures, el de los Quincevires sacris facuindis y el de los Suptiunvires epulones. Los Faceales eran los que negociaban y representaban a Roma en los actos de derecho internacional, a los que se les daba un carácter religioso". (12)

(10) Cfr. Rivera Silva, Manuel. "El Procedimiento Penal". Editorial Porrúa, S.A., México, 1986. pp. 93 a 98.

(11) Bravo Valdés, Beatriz y Bravo González, Agustín. "Primer curso de Derecho Romano". Editorial Pax-México, 1980. p. 58

(12) Idem. p. 59.

A decir de Momsen, en cuanto al proceso penal, éste se dividirá en 2 tipos: procedimiento penal público, y el penal privado; del primero se hacía uso cuando se -- trataba de daños inferidos a la comunidad; el segundo se utilizaba en los casos de daños contra individuos particu lares, en éste había dos partes: dañado y dañador, pudien do tener representantes ambos, bajo un plano de igualdad, sometidos aquéllos, al arbitraje de un Magistrado. (13)

En el proceso penal romano, se daban los princi pios de publicidad y oralidad, cada acto procesal se efec tuaba en forma pública en la plaza del agora o en el foro romano, se realizaban alegaciones de manera oral. Exis-- tía independencia entre las funciones del Órgano acusador (que bajo Tulio Hostilio eran los Cuaestori que perse--- guían los atentados perturbadores del orden público o le- sivos para los intereses de los ciudadanos, los curiosi,- estationari, advocatificsi y procuratoris caesaris. O en la época Imperial los prefectos del pretorio) y las que - correspondían al acusado quien podía tener un representan te y al Juez. Así pues se dan las funciones de acusación, defensa, decisión.

En el proceso romano el acusado podía ser repre sentado por los llamados Patronus o causidicus que debía

(13) Cfr. Momsen, Teodoro. "El Derecho Penal Romano". Editorial Te mis, Bogotá Colombia, 1976. pp. 132 y 133.

ejercer actos de defensa en favor del sujeto activo del delito, debiendo tener cualidades de oratoria y de recursos legales instruidos por el verdadero Advocatus, el perito en jurisprudencia y habituado al razonamiento forense por lo que hace al Advocatus era una persona que poseía grandes conocimientos en jurisprudencia y de entre ellos se elegía con regularidad a los Magistrados del Estado. (14)

1.4.- ESPAÑA.

A decir de los juristas Guillermo Colín Sánchez y Juan José González Bustamante (15), en el Derecho Español, se han dado las funciones de acusación, defensa y de ci s i ó n, siendo llevadas a cabo por 3 entes jurídicos distintos; así pues, desde la época del "Fuero Juzgo", había una magistratura especial con facultades para actuar ante los juzgados cuando no hubiera un interesado que imputara la comisión de un delito a un sujeto activo (figurando co mo ó rg an o de a c u s a c i ó n), así también la Novísima re c o p i l a c i ó n, libro V, título XVII y en la Ordenanza de Medina (1489) se mencionan a estas magistraturas que tenían fun ci o ne s pro p i a m e n te de r e p r e s e n t a n t a n t e s representantes sociales con faculta des de acusación, pero en contraposición, igualmente, en el Fuero Juzgo, en la Nueva recopilación (Ley III, título

(14) Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. Ob. cit. pp. 17 a 19.

(15) Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. Ob. cit. pp. 20 y 21, González Bustamante, Juan José. ob. cit., pp. 87 a 89.

XXIII, libro V, se estableció que los procesados deberían ser representados por defensores letrados que podían nombrar desde el auto de formal procesamiento y de no haberlo los jueces les nombrarían uno de oficio que no devengaría honorarios, pudiendo, aquéllos, apremiar a los profesores de derecho y Abogados del foro a fin de que defendieran a los pobres y desvalidos. Asimismo, las leyes citadas establecieron amplias facultades porque los juicios existiera un órgano de acusación, así como el relativo de defensa, y los jueces emitieran las sanciones respectivas con amplio arbitrio para hacerlo. Situación que se dió igualmente en el reinado de Felipe II.

En la legislación del Fuero Real, dice Juan José González Bustamante, que se vinieron a establecer a los voceros nombre dado a los Abogados y el respectivo de personeros a los procuradores, cuya intervención era indispensable en el proceso teniendo a su cargo las leyes de partida, la categoría de una función pública. (16)

1.5.- MEXICO.

En nuestro país se han dado varias etapas, desde la aplicación de ordenamientos consuetudinarios propios, la aplicación de ajenos ya sea se trate de escritos precisos, con un gran avance técnico jurídico. Por ello,-

(16) Ob. cit., p. 91.

haremos un breve recorrido de cada uno de aquéllos. Por lo que hace a los AZTECAS, cuyo derecho se conoce con más detalle, la sociedad estaba protegida por dos instituciones: la autoridad civil y la religión, de las cuales dependían mutuamente; la persecución de ciertos delitos se llevaba a cabo de oficio, es decir aunque no mediara acusación, bastando el simple rumor público para proceder a la indagación, encargándose al Calpalelque de arrestar a los delincuentes; los delitos graves eran sentenciados inmediatamente después de la rendición de pruebas, las cuales podían consistir en el testimonio, la confesión o los indicios, a través de los cuales se buscaba establecer la verdad; únicamente en el caso del adulterio podía recurrirse a la tortura para obtener la confesión del inculpa-do y ello solamente si existían graves sospechas.

A decir de Carlos Hermosillo (17) "En el proceso penal Azteca, las partes podían hacer su propia defensa, expresando además que en base al Código Matritense y según las narraciones de los historiadores, podían ser -- auxiliados por patrones (Tepantatloani) o por representantes (Tlaneminiáli)".

Sin embargo, don Lucio Mendieta y Núñez en su obra "El Derecho Precolonial" (18) establece que "No se -

(17) Hermosillo, Carlos. "Instituciones de Derecho Azteca". Instituto de Investigaciones Jurídicas". UNAM. México, 1984. p. 23.

(18) "El Derecho Precolonial". México, Editorial Porrúa, S.A., -- 1937, p. 22.

tienen noticias de que hayan existido abogados, parece -- que las partes en los asuntos civiles, y el acusador y -- acusado en los penales, hacían su demanda, o acusación o su defensa por sí mismos". Pero sin establecer bases jurídicas para formular tal afirmación, es por ello que consideramos que el criterio que sustenta el jurista Carlos -- Hermosillo, es de mejor acierto. Y que sí podemos hablar de la figura del defensor en este estadio jurídico histórico de México. Aunado a ello, se dió la figura del Te-- pantlato que significa intercesor o abogado, es decir, - abogar por otro. (19)

Por lo que hace a la EPOCA COLONIAL, diremos -- que por principio de cuentas se aplicaron las disposiciones normativas vigentes en España, debido al desplazamiento del ordenamiento jurídico que imperaba en México motivado por la conquista que realizaron los Españoles. En este sentido, recordamos la figura de la Encomienda que tenía como misión la de proteger de las injusticias a los nativos de México por parte de los Españoles. Podremos citar que, los primeros abogados o defensores existentes en México vendrían a ser precisamente los frailes que ante las injusticias de que eran víctimas los indígenas intervenían abogando por ellos. Aunque en esta etapa no podríamos establecer reglas bien precisas debido a la conjun

(19) Según decir de Clavijero citado en Diccionario Jurídico - mexicano. Instituto de investigaciones jurídicas. Editorial Porrúa, S.A. México, 1979. p. 14.

gación de culturas que se estaba dando.

En esta época colonial, pero en estadios más -- avanzados, cuando regía la figura del Virrey, y habiéndose efectuado, en gran parte, la transculturación de España a México, se dieron reglas para juzgar a una persona -- surgiendo precisamente la Santa Inquisición, ente que lle vaba el sistema procedimental inquisitivo, el cual se dis tinguió precisamente por la carencia de sujetos procesa-- les, En este sistema las funciones de acusación, defensa y decisión se encontraban concentrados en el Tribunal de la Santa Inquisición, por lo que en este sistema se carecía absolutamente de derechos al sujeto activo. En este sistema procesal penal, bastaba una denuncia anónima, la mayoría de casos, para que actuara de inmediato el tribu-- nal mencionado, ordenándose de inmediato la detención del infractor, el cual era sometido a tormentos para que confesara los hechos atribuidos en su contra, sin que en nin-- gún momento pudiera gozar de la presencia de un defensor, y solamente en casos especiales, se llegó a permitir la -- defensa, pero sin tomarse en cuenta los argumentos de és-- tc, y si alguna persona declarare en favor del sujeto ac-- tivo del delito, al testigo, también, se le procesaba por perjurio. Las investigaciones aquí eran secretas, e in-- cluso al interrogar al infractor nunca se le rebelaba el --

porqué de su detención, por virtud de esto el sujeto activo divagaba en sus declaraciones. Inclusive al llevarlo a la celda no debía hablar de lo acontecido en la sala -- donde había sido interrogado. Aquí no dá base ningún derecho al sujeto activo. Por lo que la figura del defensor fué nugatoria. (20)

En la época INDEPENDIENTE, por virtud de existir una total desorientación, por los acontecimientos -- existentes en los cuales se deseaba hacer de México un -- verdadero País libre, se carecían de ordenamientos propios, y en algunos aspectos se siguió rigiendo por los -- procedimientos establecidos del régimen colonial español.

La Constitución de 1857 estableció en la fracción V del artículo 20, que el acusado tenía derecho a defenderse por sí mismo o por persona de su confianza o por ambos y en caso de no tener quien lo defendiera se le presentaría una lista de los defensores de oficio para que designe a los que considerare conveniente.

En el año 1858, se expide la ley denominada Mirinda, legislación que viene a contemplar la figura del defensor en los artículos 460 y 467. (21)

En el numeral 460, se establece textualmente: -

(20) Cfr. Olivares, Clementina. "La mujer delincuente", Sistema procesal en México. UNAM., México, 1986. p. 22.

(21) Datos obtenidos de Tena Ramírez, Felipe.- "Leyes fundamentales de México". Editorial Porrúa, S.A., México 1985. pp. 22 a 28.

"Al concluir la confesión, se le prevendrá que nombre defensor y si no lo hiciere, se le nombrará de oficio".

Al respecto, debemos hacer notar que en la legislación española, se había establecido que el sujeto activo nombraría defensor y si no lo hacía tendría uno de oficio, siendo que los Colegios de abogados tendrían que prestar este servicio gratuito y por orden, y así esta disposición es tomada de la legislación española, pues igualmente, en México, la defensa se hacía por turno y que el Juez llevaba un libro que establecía a qué abogado le correspondía defender gratuitamente.

Por su parte, el artículo 461, decía: "en el mismo día que se nombre defensor, se le hará saber a éste su nombramiento, y en el acto se le entregan las actuaciones, asentándose la hora en que esto se verifique".

La figura de la defensa, asimismo, ha sido contemplada en el Código de procedimientos penales del año de 1880, en la Ley Orgánica de los Tribunales del mismo año, la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903 ⁽²²⁾ misma que estableció en sus artículos 35 al 43 la llamada defensoría de oficio.

Al respecto, el artículo 35 establecía: "Para

(22) Leyes orgánicas del Ministerio Público, publicadas en la - Revista Mexicana de Justicia 84. Mes de septiembre de 1984. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y el Instituto Nacional de Ciencias Penales. p. 34.

patrocinar los reos que no tengan defensor particular, habrá los siguientes defensores de oficio...".

El artículo 37 precisaba: "Para ser defensor de oficio, se requiere ser ciudadano mexicano en ejercicio de sus derechos y Abogado con título oficial".

El artículo 39, por su parte, preceptuaba: "Los defensores están obligados a patrocinar a los reos que -- tengan defensor particular y los designan para este efecto.

Desempeñaran sus funciones ante el juzgado o -- juzgados de su respectivo partido judicial y ante el juzgado que conozca de cada proceso".

Tienen el deber de introducir y continuar ante quien corresponda, en favor de sus defendidos, los recursos que procedan con arreglo a las leyes, incluso el juicio de amparo, cuando las garantías individuales del reo hayan sido violadas por los Jueces o Tribunales.

La Constitución general de la República de fecha 5 de febrero del año de 1917, vino a establecer con mayor científicismo jurídico la figura del defensor, a -- efecto de garantizarle, al sujeto activo del delito, su -- derecho a defenderse por sí o por persona de su confianza

precisamente en el artículo 20 fracción IX, el cual establece lo siguiente:

Artículo 20.- "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 ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el Juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor después de el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite".

C A P I T U L O : II.-**"LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL Y LOS SUJETOS PROCESA
LES"****2.1.- LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.**

2.1.1.- La Averiguación previa.

2.1.2.- La preinstrucción.

2.1.3.- La instrucción.

2.1.4.- El juicio.

2.2.- LOS SUJETOS PROCESALES.

2.2.1.- Concepto de sujeto procesal.

2.2.2.- Clasificación de los sujetos procesales.

a) Principales.

b) Necesarios.

2.2.3.- Terceros.

2.2.4.- Posición particular del sujeto activo y pasivo del delito en el procedimiento penal mexicano.

**CAPITULO: II.- "LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO
PENAL Y LOS SUJETOS PROCESALES.**

2.1.- LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

Como hemos observado la figura del defensor, pa
so a través de diferentes facetas, y a través de los dis
tintos estadios histórico-jurídicos hasta llegar a los --
tecnicismos que actualmente le rigen, pero debemos hacer -
notar que, igualmente, el defensor debe normarse por re--
glas propias en las diferentes etapas del procedimiento -
penal, por ello, nos referiremos a estas últimas.

La palabra procedimiento significa método que -
sigue para hacer algo. O los pasos que se dan para lle--
gar a un fin. O técnica de los pasos a seguir para lle--
gar a un resultado. (23)

Por ello, para que a una persona que ha efectua
do una conducta antisocial denominada delito se le pueda
imponer una sanción se debe pasar a través de distintas -
etapas, y a ellas hemos de referirnos en el procedimiento
penal, definiendo previamente éste.

El procedimiento penal ha sido definido de dis
tintas maneras, así para Juan José González Bustamante, -
éste "está constituido por un conjunto de actuaciones su-

(23) Cfr. Colín Sánchez Guillermo, ob. cit., p. 321 y Arriaga
Flores, Arturo.- "Derecho procedimental Penal Mexicano".
Textos de Derecho de ENEP Aragón N° 5, Díc. 1989. p. 10.

cesivamente ininterrumpidos y regidos por las normas del derecho procesal penal, que se inicia desde que la autoridad tiene conocimiento de que se ha cometido un delito y procede a investigarlo y termina con el fallo que pronuncia el tribunal". (24)

O bien, el procedimiento penal es el conjunto - de actos y formas legales que deben ser observados obligatoriamente por todos los que intervengan, desde el momento en que se entabla la relación jurídica material de derecho penal, para hacer factible la aplicación de la ley a un caso concreto". (25)

Por su parte, el maestro Arriaga Flores, Arturo precisa que el procedimiento penal es "el conjunto de -- principios, normas, actividades, formas y formalidades - previamente establecidos y que surgen, en su aplicabilidad, desde el preciso instante en que se entabla la relación jurídica material de Derecho penal, sujetando, obligatoriamente, a los entes jurídicos vinculados con ésta, - y que están dirigidos, aquéllos, a que la autoridad competente emita la declaración jurídica respectiva, aunado a las consecuencias inherentes a la misma, relacionada a la situación jurídica de Derecho penal que le es planteada". (26)

(24) González Bustamante, Juan José. Ob. cit., p. 124.

(25) Colín Sánchez, Guillermo.- Ob. cit., p. 61.

(26) Definición proporcionada por Arriaga Flores Arturo en comunicación verbal.

Como hemos visto, el procedimiento penal inicia desde el preciso instante en que la autoridad investigadora toma conocimiento de una posible conducta delictuosa, pasando por una serie de actuaciones y etapas que se prolongan hasta llegar a la emisión de la resolución respectiva.

El procedimiento penal está compuesto de varias etapas y que se justifican para llegar a la imposición de una sanción al infractor de la norma penal.

El procedimiento penal está constituido por las siguientes etapas: a).- Averiguación previa; b).- Pre ingtrucción; c).- Instrucción; d).- Juicio.

En este aspecto, debemos aclarar que el artículo 1° del Código Federal de Procedimientos Penales establece las mismas etapas, pero además incluye a la ejecución, siendo que en este último punto algunos procesalistas como Manuel Rivera Silva, Arilla Bas, Fernando, etcétera, opinan que debe ser parte del Derecho penitenciario y no del procedimiento penal, por ello, sólo hemos de referirnos a las etapas previamente citadas por ser de la misma opinión de estos procesalistas.

2.1.1.- LA AVERIGUACION PREVIA.

Es la primera etapa del procedimiento, a la que se refiere nuestro tema recepcional, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y su análogo - del Estado de México, se refieren a ellas, aplicándose -- las reglas de diligencias de policía judicial. Esta ha - sido definida de diferentes formas:

Para Arriaga Flores, Arturo, la averiguación - previa "es la etapa preprocesal por medio de la cual el órgano administrativo: Ministerio Público investigador - practica diligencias tendientes a integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de persona determinada a efecto de ejercitar acción penal o abstenerse de hacerlo". (27)

Don Sergio García Ramírez, establece que la averiguación previa es una "especie de instrucción administrativa, procura el esclarecimiento de hechos - corpus - crimins - y de participación en el delito -probable responsabilidad-. Se desarrolla ante la autoridad del Ministerio Público, que sólo después deviene en parte procesal Comienza con la noticia del crimen obtenida por la denuncia o la querrela, y culmina con el ejercicio de la acción penal o la resolución de archivo". (28)

Para don Juan José González Bustamante, la ave-

(27) Ob. cit., p. 211.

(28) García Ramírez, Sergio y Adato Ibarra, Victoria.- Pronuario de procedimientos penales. Editorial Porrúa, S.- A., México 1984. p. 24.

riguación previa viene a ser "la fase preprocesal que tiene por objeto investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejerce o no la acción penal". (29)

O bien, podemos decir que se conceptúa a la averiguación previa como el conjunto de actividades de investigación de la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, formadas tanto por las diligencias llevadas a cabo por el Ministerio Público como preparación del ejercicio de la acción penal, como por las practicadas en forma excepcional por la autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público.

La averiguación previa viene a constituir la primera etapa del procedimiento penal, en la cual la autoridad investigadora: Ministerio Público investigador es la encargada de practicar diligencias tendientes a esclarecer los posibles hechos delictivos de que ha tomado conocimiento y en cuya etapa aquél viene a ser autoridad, fundado en el numeral 21 de la Constitución general de la República.

La etapa de averiguación previa debe iniciar con el requisito de procedibilidad, entendiendo a éste co

(29) Ob. cit., p. 123.

mo los requisitos mínimos necesarios para esclarecer hechos delictuosos. (30) Los requisitos de procedibilidad, acorde a la Constitución Federal que nos rige, a su numeral 16, establece: la denuncia, acusación y querrela. Pero, debemos agregar que a nivel de reglas procedimentales tenemos, además, la excitativa, la autorización y en los delitos bancarios la petición. Requisitos que son necesarios que el Ministerio Público cubra a efecto de no adolecer de vicios en sus actuaciones.

El requisito de procedibilidad es necesario y así tener facultades el representante social a efecto de investigar posibles conductas delictuosas.

El requisito de procedibilidad es necesario y así definir previamente a los mismos.

La denuncia es definida como "el medio legal -- por el que se pone en conocimiento del Órgano competente -- la noticia de haberse cometido o que se pretende cometer un hecho que la ley penal castiga como delito, siempre -- que sean aquellos que por disposición de la ley se persigue de oficio". (31)

En tanto que, el Diccionario jurídico mexicano, establece que la denuncia tiene varios significados, el

(30) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. cit., p. 252.

(31) González Blanco. El procedimiento penal mexicano. Editorial Porrúa, S.A., México, 1976, p. 87.

más amplio y difundido es como un acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de órgano de autoridad, la verificación o comisión de determinados hechos, con el objeto de que dicho órgano promueva y aplique las consecuencias jurídicas o sanciones prevista en la ley o los reglamentos para tales hechos. Dentro de este significado, se puede ubicar el que se dá a esta expresión dentro del Derecho procesal penal, como por medio del cual una persona pone en conocimiento del órgano de acusación la comisión de los hechos que puedan constituir un delito perseguible de oficio. (32)

Por su parte, la querrela, es la manifestación de voluntad de ejercicio potestativo por medio del cual el ofendido, o su legítimo representante de un delito pone del conocimiento del órgano administrativo Ministerio Público la comisión de un ilícito que se persigue a petición de parte a efecto de que lo investigue y en su caso, se sancione al infractor de la norma penal. (33)

O bien, es el "derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido". (34)

O es "la relación de hechos expuesta por el --

(32) Diccionario jurídico mexicano, tomo I. Instituto de investigaciones jurídicas. Editorial Porrúa, S.A. México - 1986. p. 898.

(33) Cfr. Osorio Nieto, César. La averiguación previa. Editorial Porrúa, S.A. 1985, p.22 y Cfr. Arriaga Flores, Arturo, Ob. cit. p. 181.

(34) Colín Sánchez, Guillermo. Ob cit., p. 252.

ofendido ante un órgano investigador con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito". (35)

Por su parte la acusación, puede tener 2 significados, al decir de algunos procesalistas como Briseño Sierra (36) en el primer significado la acusación será la narración de hechos que sobre actos delictuosos formula una persona al Ministerio Público investigador, pero de cuyo contenido se desprende un señalamiento directo a persona determinada como autor del delito. Y el segundo significado que se refiere al sostenimiento de la acción penal que realiza el Ministerio Público ya que éste es un órgano que detenta el monopolio de aquélla, de conformidad a lo establecido en el artículo 21 de la Constitución general de la República, y es precisamente en la etapa de juicio donde el Ministerio Público sostiene una acusación y concretiza el ejercicio de la acción penal.

En este mismo sentido, don Manuel Rivera Silva, establece que: "La acusación en el sentido amplio que debemos tomar como base lo asentado en el artículo 20 fracción III de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra dice: "Se le hará saber en audiencia pública y dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y

(35) Franco Villa, José. El Ministerio Público Federal. Editorial Porrúa, S.A. México, 1986, p. 139

(36) El enjuiciamiento penal. Editorial Trillas, S.A., México 1986, p. 15.

la naturaleza y causa de la acusación...,” en este sentido la entendemos como aquella que hace el ofendido o su representante ante la autoridad competente. Y en el sentido estricto, se puede afirmar que la acusación corresponde en nuestro derecho única y exclusivamente al Ministerio Público a través del ejercicio de la acción penal por medio de la consignación y posteriormente en las conclusiones acusatorias, y a que el ofendido y sus representantes no son parte en el procedimiento penal, - en cuanto a que intervienen solo en lo que se refiere a la reparación del daño y la responsabilidad civil proveniente del delito.

En el ordenamiento mexicano la figura del acusador privado no existe en los delitos perseguibles de oficio, por lo que toda persona que pone en conocimiento de la autoridad persecutora la existencia de un delito y señala el presunto responsable, actúa sólo como denunciante pues, no practica ni participa en la materia de fondo del procesal penal, aún cuando esté afectado por el delito”. (37) Además, de estos requisitos de procedibilidad, dāsen, a nivel del proceso penal, no constitucional, la excitativa, la autorización y la petición en los ilícitos bancarios.

(37) Ob. cit., pp. 187 y 188.

La excitativa, se encuentra fundada en el artículo 360 fracción II del Código Penal vigente en el Distrito Federal en materia de fuero común y a nivel federal para toda la República mexicana. La excitativa es una especie del género querrela ya que viene a ser una manifestación de voluntad de ejercicio potestativo, en los casos en que alguna persona ofenda a una Nación extranjera, tanto en su sede, en sus diplomáticos, así como a las instituciones que representa.

La autorización en tanto, también es un requisito de procedibilidad que dáse cuando el sujeto activo posee calidad, como de servidor público de bajo rango, y que las leyes orgánicas que rijan la institución en la cual laboran establezcan que a aquéllos no se les pueda procesar en tanto el superior jerárquico no autorice se proceda en contra de éstos. Esto significa que si algún servidor público, de acuerdo a las leyes orgánicas, tenga un privilegio a efecto de que sea procesado, no se le podrá hacer, sino que el Ministerio Público investigador previamente deberá recabar la autorización del superior jerárquico del servidor público que incurra en delito, pero esto no significa que no se le pueda iniciar un expediente de averiguación previa, sino que se iniciará éste y se practicarán diligencias, pero para detenerle o

bien ejercitar acción penal en su contra antes se requerirá el oficio de autorización. Para saber qué personas gozan del llamado obstáculo procedimental y se deba recabar previamente la autorización, deberá observarse lo contenido en ordenamientos administrativos tales como reglamentos internos, leyes orgánicas, etcétera de la institución en la cual presta servicios el servidor público infractor de la norma.

Por lo que hace al requisito de procedibilidad_petición, éste únicamente opera en los ilícitos cometidos con motivo del servicio de la banca, y viene a constituir en una especie del género querella, ya que viene a ser -- una manifestación de voluntad de ejercicio potestativo -- que debe otorgar el representante bancario, cuando se ha cometido una conducta delictuosa que lesiona los intereses de una institución bancaria, y a efecto de que se investigue el delito y en su caso sea impuesta una sanción al infractor de la norma bancaria penal.

Pero bien, en esta primera etapa de averiguación previa, el agente del Ministerio Público investigador, es el único encargado de practicar diligencias tendientes a comprobar el cuerpo del delito y la probable -- responsabilidad de persona determinada, elementos medula

res que contempla el artículo 16 de la Constitución general de la República, pero previamente éste debe reunir - los requisitos de procedibilidad aludidos, y todo esto - con la finalidad de ejercitar la acción penal o abstenerse de hacerlo. Por ello, debemos establecer brevemente, qué es el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

CUERPO DEL DELITO.

El cuerpo del delito, a decir del maestro -- Arriaga Flores, Arturo, "es el conjunto de elementos objetivos, materiales o externos; subjetivos o internos; - así como normativos que constituyen la conducta delictuosa". (38)

Definición que nos parece acertada debido a -- que para tener por acreditada una conducta como delito - debe, necesariamente, darse todos y cada uno de los elementos que la constituyen, según decir de la jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y esto porque en algunos delitos se dan elementos - que se pueden palpar, ver, apreciar, como pudiera ser un arma de fuego, un objeto mueble, etcétera, y que estos - se pueden unir a otros que no se pueden observar, ni -- apreciar a través de la vista u otros órganos de los sen

(38) Ob. cit., p. 187.

tidos, como lo pudiere ser: la intención erótica, por decir en el ilícito de atentados al pudor, o de actos libidinosos en la legislación del Estado de México, y asimismo, se deben dar todos los elementos normativos que establece el tipo penal del delito que se trata. Por ello, nos parece acertada tal definición.

La jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido una definición del cuerpo del delito, al decir que éste es "el conjunto de elementos materiales que constituyen la conducta delictuosa". Concepto que excluye los elementos subjetivos y normativos, siendo incompleta y que le falta tecnicismo jurídico.

Asimismo, los Códigos procedimentales penales - federal, del Distrito Federal y del Estado de México, nos proporcionan un concepto del cuerpo del delito en los artículos 168, 122 y 128, respectivamente.

Al respecto, Jorge Obregón Heredia, establece - que el cuerpo del delito se "integra con la descripción de la conducta o hecho delictuoso según lo determina la ley penal, es decir, se integra con el conjunto de elementos que constituyen el tipo legal: elementos objetivos o materiales y subjetivos de la figura delictiva". (39)

(39) Obregón Heredia, Jorge. Código de procedimientos penales para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S. A., México, 1989. p. 238.

RESPONSABILIDAD PENAL.

Por lo que hace a la responsabilidad penal, es ta a decir de Eugenio Cuello Calón, "es el deber jurídico de soportar las consecuencias inherentes a la conducta delictuosa". (40)

Borja Osorno establece que hay responsabilidad presunta cuando existen hechos o características accesorias al delito y que permiten suponer fundadamente que la persona que se trate ha tomado participación en el de lito ya concibiéndolo, preparándolo, o ejecutándolo, ya prestando su cooperación de cualquier especie de acuerdo previo, o ya induciendo a alguno a cometerlo". (41)

Pero en la etapa de averiguación previa que -- abordamos, debemos entender la probable responsabilidad -- "como la existencia de elementos, datos o indicios que -- nos llevan a presumir que persona determinada puede ser -- (o no) responsable en la comisión de un delito por encuadrarse en alguna de las hipótesis que contempla el artículo 13 del Código Penal del Distrito Federal". (42) o en el numeral 11 del Código punitivo del Estado de México

El Ministerio Público investigador, en esta etapa de averiguaciones previa, dijimos, practica diligen---

(40) Citado por Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. México 1989. p. 33.

(41) Citado por García Ramírez, Sergio. Ob. cit., p. 386.

(42) Arriaga Flores, Arturo. Ob. cit., p. 211.

RESPONSABILIDAD PENAL.

Por lo que hace a la responsabilidad penal, es ta a decir de Eugenio Cuello Calón, "es el deber jurídico de soportar las consecuencias inherentes a la conducta delictuosa". (40)

Borja Osorno establece que hay responsabilidad presunta cuando existen hechos o características accesorias al delito y que permiten suponer fundadamente que la persona que se trate ha tomado participación en el delito ya concibiéndolo, preparándolo, o ejecutándolo, ya prestando su cooperación de cualquier especie de acuerdo previo, o ya induciendo a alguno a cometerlo". (41)

Pero en la etapa de averiguación previa que -- abordamos, debemos entender la probable responsabilidad -- "como la existencia de elementos, datos o indicios que -- nos llevan a presumir que persona determinada puede ser -- (o no) responsable en la comisión de un delito por encuadrarse en alguna de las hipótesis que contempla el artículo 13 del Código Penal del Distrito Federal". (42) o en el numeral 11 del Código punitivo del Estado de México

El Ministerio Público investigador, en esta etapa de averiguaciones previa, dijimos, practica diligen---

(40) Citado por Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. México 1989. p. 33.

(41) Citado por García Ramírez, Sergio. Ob. cit., p. 386.

(42) Arriaga Flores, Arturo. Ob. cit., p. 211.

cias recabando, primeramente, el requisito de procedibilidad respectivo, y todo ello para tratar de llegar a la - verdad histórica de un hecho presumiblemente delictuoso, - y tiende a integrar los elementos medulares del cuerpo -- del delito y la probable responsabilidad, y cuando reúne_ éstos tendrá que emitir una determinación de ejercitar acción penal y de no cubrirse los antes aludidos se abstendrá de hacerlo. Por ello, debemos tratar las determinaciones que dicta el representante social investigador.

DETERMINACIONES QUE EMITE EL MINISTERIO PUBLICO INVESTIGADOR.

El representante social en la etapa de averiguación previa, en todo momento, al practicar diligencias de averiguación previa, intenta llegar a dar dos ponencias - que pueden ser: ejercitar acción penal o no ejercitarla.

La acción penal.- Debemos entenderla como el poder jurídico que posee el Estado a través de su órgano administrativo: Ministerio Público a efecto de excitar la - actuación del órgano jurisdiccional y solicitar a éste la imposición de una sanción en contra de la persona que se ha colocado en el supuesto jurídico que establece la norma". (43)

(43) Arriaga Flores, Arturo. Ob. cit., p. 310.

Cuando el Ministerio Público investigador, después de practicar las diligencias pertinentes, encuentra que tiene cubiertos los extremos que marca el artículo 16 de la Constitución federal, es decir, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad podrá ejercitar la acción penal, remitiendo actuaciones al órgano jurisdiccional, para así excitar su actuación y lograr, o no, en su momento procesal oportuno la imposición de la sanción determinada al infractor de la norma penal.

La consignación "es la determinación del Ministerio Público a través de la cual ejercita acción penal ante los Tribunales, teniendo como presupuesto la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado, para que se aplique la ley al caso concreto y resuelvan si hay fundamento o no para seguir un proceso en su contra". (44)

Pero en caso, de que después de practicar diligencias el Ministerio Público investigador encuentra que no tiene integrado el cuerpo del delito y/o la probable responsabilidad de persona determinada, tenderá a dar dos ponencias del NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

a.- PONENCIA DE RESERVA.- Que es la determinación que dicta el Ministerio Público cuando al practicar

(44) Obregón Heredia, Jorge. Ob. cit., p. 237.

diligencias de averiguación previa encuentra un obstáculo material imposible de pasar y que le impide integrar el cuerpo del delito y/o la probable responsabilidad, teniendo a enviar a guardar el expediente de manera transitoria, para poder volver a practicar diligencias una vez que se ha vencido el obstáculo citado, por ejemplo: un delito de Robo en el cual se está en espera de un informe de investigación de Policía judicial para establecer a los probables responsables.

b.- PONENCIA DE ARCHIVO.- Es la determinación que emite el Ministerio Público investigador cuando una vez que practicó todas y cada una de las diligencias que tenía que realizar llega a la conclusión que no se comprueba el cuerpo del delito y/o la probable responsabilidad de persona determinada. Ejemplo: en investigación de un delito de homicidio se concluye que fué suicidio.

En estas dos ponencias, el Ministerio Público investigador estará imposibilitado para ejercitar la acción penal y poder enviar el expediente al Órgano jurisdiccional.

En tanto cuando encuentra reunidos los extremos que marca el artículo 16 de la Constitución general de la República: Cuerpo del delito y probable responsabilidad -

ejercitará la acción penal, remitiendo el expediente de -
averiguación previa al Órgano jurisdiccional para su in-
tervención respectiva, dando inicio, así, a la siguiente_
etapa del procedimiento penal, que es la preinstrucción.

2.1.2.- LA PRÉ-INSTRUCCION.

En la etapa del procedimiento penal que da ini-
cio con el auto de radicación y que termina con la emi---
sión de la resolución de término constitucional.

En esta etapa del procedimiento penal se dan: -
1.- Auto de radicación. 2.- Declaración preparatoria, 3.-
(en su caso) Desahogo de pruebas dentro del término cons-
titucional, 4.- Resolución de término constitucional.

Esta etapa la consideramos como la segunda en -
el procedimiento penal, debido a que así se establece en
el Código Federal de Procedimientos Penales, así como en
el análogo del Estado de México, aunque deseamos aclarar_
que los teóricos del derecho han precisado que la preins-
trucción debe quedar encuadrada en la instrucción.

Si bien, decimos que esta etapa da inicio con -
el auto de radicación, debemos precisar en qué consiste -
éste.

El auto de radicación, una vez que el Agente --

del Ministerio Público investigador remite un expediente de averiguación previa al Juez, éste deberá emitir su primer resolución que es precisamente el auto de radicación.

Se entiende el auto de radicación como la primer determinación que dicta el órgano jurisdiccional, ordenando el registro del expediente en el libro de gobierno que se lleva en el juzgado, da la intervención que corresponde al Ministerio Público adscrito al juzgado y ordena la práctica de diligencias necesarias, según el caso concreto de que se trate, así como notificarlo al representante social.

El contenido del auto de radicación variara, si se trata de una consignación con detenido o sin detenido. Si es con detenido, se ordenará se practique la recabación de la declaración preparatoria del sujeto activo del delito dentro del término de 48 horas siguientes en que éste quedó a disposición de la autoridad jurisdiccional. Si se trata de consignación sin detenido, se podrá, en el mismo auto, resolver sobre la concesión o negativa de las órdenes solicitadas por el representante social, como pudiesen ser la de aprehensión o de comparecencia, o bien resolver, estos pedimentos, en auto por separado.

DECLARACION PREPARATORIA.- Es la diligencia pre

paratoria del proceso que debe realizarse dentro del término de 48 horas siguientes a aquella en que se encuentra a disposición del Juez de la causa un sujeto activo del delito, y por medio de la cual el indiciado emite su versión de los hechos, después de hacersele saber la naturaleza del delito que se le impute, así como de las personas que deponen en su contra a efecto de que esté en aptitud de defenderse, nombrar persona que lo defienda y obtener los derechos que le consagra nuestra Constitución Política.

El fundamento de la declaración preparatoria la encontramos en el numeral 20 fracción III de la Constitución general de la República, y en el artículo 182 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

Esta diligencia es importantísima, porque en ella, el sujeto activo del delito da por primera ocasión, la versión de los hechos ante el Juez de la causa, existe la oportunidad de nombrar defensor que le asista en su causa y el cual entrará con plenitud de funciones y podrá tener acceso a las actuaciones e incluso podrá ofrecer pruebas a desahogarse dentro del término constitucional, podrá ofrecer que se realice por la Secretaría del juzgado, las certificaciones que considere pertinentes, solic

tar la libertad provisional bajo caución del sujeto activo si operare (materia federal), etcétera.

· Si el defensor ofreciere pruebas a desahogarse dentro del término constitucional a favor del sujeto activo del delito y fueren admitidas por el órgano jurisdiccional, las probanzas ofrecidas y admitidas serán desahogadas, con asistencia de las partes, en el período constitucional, el cual será de 72 horas desde el momento en que se encuentre a disposición del juez de la causa el sujeto activo, excepto en materia federal que de conformidad al artículo 161 del Código en la materia se puede duplicar a petición del defensor y del sujeto activo del ilícito, siempre que esto se pida durante el transcurso de la emisión de la declaración preparatoria y sea para ofrecer y desahogarse pruebas a favor del indiciado.

RESOLUCION DEL TERMINO CONSTITUCIONAL.- Es la determinación que emite el órgano jurisdiccional dentro del término de 72 horas siguientes a aquél en que se encuentra a su disposición el sujeto activo del delito a efecto de resolver la situación jurídica de éste, atento a las constancias procesales con que cuenta.

Las resoluciones de término constitucional, pueden ser de 4 tipos:

- a).- Auto de libertad por falta de elementos para procesar.
- b).- Auto de libertad absoluta.
- c).- Auto de formal prisión.
- d).- Auto de formal prisión con sujeción a proceso.

a).- AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR.- Es la determinación que emite el juez de la causa dentro del término de 72 horas contadas a partir de que el sujeto activo se encuentra a disposición del órgano jurisdiccional, decretando la absoluta e inmediata libertad de aquél debido a que en constancias procesales no se encontraron comprobados los elementos medulares del artículo 16 Constitucional: cuerpo del delito y/o probable responsabilidad.

b).- AUTO DE LIBERTAD ABSOLUTA.- Es la resolución que dicta el órgano jurisdiccional dentro del término de 72 horas contadas a partir de que el indiciado se encuentra a disposición de aquél resolviendo la situación jurídica de éste decretando la absoluta, inmediata y firme libertad por operar a su favor una excluyente de responsabilidad o excusa absolutoria.

c).- AUTO DE FORMAL PRISION.- Es la determina--

nación que dicta el órgano jurisdiccional dentro del término de 72 horas contadas a partir de que el sujeto activo se encuentra a su disposición sometiéndolo a proceso por virtud de encontrarse comprobados en actuaciones el cuerpo del delito y su probable responsabilidad, tratándose de delitos cuya pena sea privativa de libertad.

d).- AUTO DE FORMAL PRISION CON SUJECION A PROCESO.- Es la resolución que dicta el Juez de la causa -- dentro del término de 72 horas contadas a partir de que el sujeto activo se encuentra a su disposición, sujetándolo al proceso, por virtud de encontrarse comprobados en actuaciones el cuerpo del delito y su probable responsabilidad, tratándose de delitos con pena alternativa o pecuniaria.

De conformidad a los lineamientos de la Constitución general de la República y de la jurisprudencia definida de la Suprema Corte de justicia de la Nación, se ha establecido que en los autos de formal prisión y de formal prisión con sujeción a proceso deben expresarse el delito que se imputa al sujeto activo del delito, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los demás datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para compro--

bar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad de aquél. Así como el señalamiento del delito o delitos por los cuales se ha de seguir proceso, así como el procedimiento a seguirse sumario u ordinario (o en el Estado de México especial o sumario), así como la manera de impugnar el mismo.

La emisión de la resolución de término constitucional da por terminada la etapa de preinstrucción y cuando se trata de las resoluciones mencionadas en los incisos c) y d) anteriores da inicio a la siguiente etapa que es precisamente la instrucción ó proceso.

2.1.3.- LA INSTRUCCION O PROCESO.

De conformidad al contenido del artículo 19 de la Constitución general de la República, la instrucción o proceso da inicio con la emisión del auto de formal prisión o de formal prisión con sujeción a proceso, precepto que textualmente establece:

Artículo 19.- "Ninguna detención podrá exceder del término de 3 días, sin que se justifiquen con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: 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. La infracción de esta disposición

hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, miembros, alcaides o carceleros que la ejecuten. Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión si en la secuela de un proceso aparece que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la anulación si fuere conducente. Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades".

La instrucción o proceso.- Es la etapa del procedimiento penal que da inicio exactamente con el auto de formal prisión o de formal prisión con sujeción a proceso y durante el cual el órgano jurisdiccional actúa como autoridad, el Ministerio Público, sujeto activo y el defensor como partes, y en cuya etapa se ofrecen, admiten y desahogan las probanzas pertinentes, pudiéndose practicar las llamadas diligencias para mejor proveer y se resuelven los puntos concretos que se planteen en la misma, terminando con el cierre de instrucción, para dar inicio a la etapa denominada Juicio.

En esta etapa del proceso, como dijimos anteriormente, se establece el procedimiento a seguir: sumario u ordinario, o en el Estado de México: especial u ordinario; siendo que en el Distrito Federal se abrirá el -

sumario cuando, de conformidad al artículo 305 del Código procedimental en la materia, se reúnan alguna de las siguientes causas:

- 1.- Se trate de flagrante delito.
- 2.- Exista confesión judicial.
- 3.- Que la pena aplicable no excede de 5 años - de prisión en su término medio aritmético, - o sea alternativa como privativa de la libertad.
- 4.- Cuando las partes se conformen con él.

O en materia federal, atento a lo establecido - en los artículos 152 y 152 bis del Código de Procedimientos Penales, cuando los ilícitos no exceden de una penalidad de 6 meses.

O en el Estado de México, de conformidad a lo establecido en el título 7° referentes a los artículos -- 287 a 295 del Código en la materia se trate de: delitos - cuya pena privativa de libertad no exceda de 2 años, sea pena alternativa o pecuniaria.

Fuera de los casos contemplados se abrirá el -- procedimiento ordinario, procedimiento que en su tramitación es más largo. Aclarando que igualmente, en el Dis-

trito Federal, el ordinario se abrirá (atento a lo establecido en el artículo 306 del Código procedimental penal), cuando se renuncie al sumario optando por el ordinario siempre que se haga dentro de los 3 días siguientes a la notificación del auto en que lo abre y a petición del sujeto activo y del defensor.

Abierto el procedimiento a seguirse, las partes podrán ofrecer las pruebas que estimen pertinentes, contando en el sumario con 10 días para hacerlo y en el ordinario 15 días. Aclarando que en el Estado de México, de conformidad al artículo 202 del Código en la materia, las probanzas se ofrecerán de manera verbal en la primera audiencia de pruebas, y en el especial el artículo 187 del mismo ordenamiento ordena que si se trata de la testimonial o pericial se deberá anunciar 3 días después del auto de formal prisión o de formal prisión con sujeción a proceso a efecto de poderse admitir, preparar su desahogo y realizar éste último.

Las probanzas que podrán ofrecerse son todas -- aquellas que intenten demostrar algo, que sean idóneas, -- no sean contrarias a la moral y al derecho y se encuentren previstas en los artículos 135, 206 y 205 de los códigos procedimentales penales del Distrito Federal, fede-

ral y del Estado de México, respectivamente.

En este periodo del proceso, aún, el Juez podrá desahogar probanzas aún cuando las partes no las ofrezcan cuando a su criterio, sean necesarias para el mayor esclarecimiento de los hechos, en la búsqueda de la verdad histórica del hecho presumiblemente delictuoso, llamándose a esto diligencias para mejor proveer.

Desahogadas las probanzas, ofrecidas y admitidas, se estará en posición, si las partes no tuvieran -- prueba más alguna que ofrecer para su admisión y desahogo, de declararse agotada la averiguación y cerrada la -- instrucción, dándose con la emisión de este auto el fin - de la etapa del proceso e iniciándose la siguiente que es la correspondiente al juicio.

2.1.4.- EL JUICIO.

La etapa de juicio es aquella que da inicio con el auto de declaración de agotada la averiguación y cerrra da la instrucción y que termina con la emisión de sentencia.

Puede ser definida como "el periodo del procedimiento penal en el cual el Ministerio Público precisa su acusación, el acusado y su defensa los puntos relativos -

que rebaten la acusación, y los tribunales valoran las -- pruebas y posteriormente dictan resolución". (45)

En esta etapa del procedimiento penal, podemos_ observar varios estadios como son:

- a).- Actos de concretización de la acción penal por parte del Ministerio Público adscrito al juzgado.
- b).- Actos de defensa.- Puntos concretos de conclusiones_ emitidos por el defensor del sujeto activo del delito, que tiene por finalidad combatir los términos de la acusación formulada por el Ministerio público o - de admitirlos o tratar de atenuarlos.
- c).- Actos de decisión.- Que van a corresponder al órgano jurisdiccional, quien atento a las conclusiones formuladas por las partes, vinculándose principalmente_ con las realizadas por el Ministerio Público, tendrá que emitir la resolución definitiva a la controver-- sia penal que le fué sometida a su consideración o bien denominada sentencia.

Al respecto, la sentencia penal puede ser enten-- dida como "la resolución a cargo del órgano jurisdiccio-- nal, culminante de su actividad, por medio de la cual de-- clara existente o inexistente la pretensión punitiva esta

(45) Arriaga Flores, Arturo. ob. cit., p. 379.

tal ejercitada en contra del sujeto pasivo de la acción penal, sometida a su consideración y deducida en el procedimiento concreto penal". (46)

Dictada la sentencia penal a definitiva, diremos que terminan las etapas del procedimiento penal, aunque en este punto existe bastante controversia porque algunos teóricos del derecho opinan que no es así, sino que la etapa final del procedimiento penal corresponde a la ejecución de aquella, pero otros opinan que es parte del Derecho penitenciario, situación que así compartimos, aunque hemos de establecer que no es objeto de este tema recepcional, por lo cual no lo abordaremos, únicamente diremos lo que en este sentido puntualiza don Manuel Rivera Silva: "No incluimos la ejecución de la sentencia en el procedimiento penal, porque, independientemente de los órganos que intervienen, si la finalidad que anima al procedimiento penal, misma que le da su esencia es la aplicación de la ley material al caso concreto, lo que se separa de dicha finalidad no puede quedar en el ámbito procesal". - (47)

2.2.- LOS SUJETOS PROCESALES.

Una vez que nos hemos referido tanto a los antecedentes históricos de la figura defensor, así como a las

(46) Idem., p. 397.

(47) Ob. cit., p. 38

etapas del procedimiento penal en México, esto a efecto de irnos proporcionando elementos para que el lector vaya entendiendo el tema recepcional y para ir profundizando - en él, hablaremos del tema relativo a los entes jurídicos que intervienen en éste último.

2.2.1.- CONCEPTO DE SUJETOS PROCESALES.

LOS SUJETOS DE LA RELACION PROCESAL.- "Son las personas entre las que se establece y desenvuelve, posteriormente, la relación jurídica en que el proceso consiste". (48)

Por su parte Carlos M. Oronoz Santana establece que: "la idea de los sujetos procesales se encuentra estrechamente vinculada con la idea de la relación jurídica, por lo que es válido referirse a ella como las personas entre las que se establece la misma relación". (49)

2.2.2.- CLASIFICACION DE LOS SUJETOS PROCESALES.

Las personas con las que se establece o se forma la relación jurídica del proceso penal y con las que posteriormente se va a desenvolver, se han clasificado, a nivel doctrinal, en principales o necesarios y aún en auxiliares, o bien en entes jurídicos que han sido denominados terceros.

(48) García Ramírez, Sergio. Ob. cit., p. 103

(49) Oronoz Santana, Carlos M.- Manuel de Derecho Procesal Penal. Editorial Limusa, tercera edición, México, 1989. p.38

a).- LOS PRINCIPALES.- Son los entes jurídicos_ con los cuales no podía formarse y desenvolverse el proce so penal si faltaren. Son los entes jurídicos con los -- cuales de manera principal se origina la controversia pe_ nal y aquellos que es indispensable su intervención para poder llegar a la culminación o resolución del conflicto_ aludido.

Entre los principales contamos con el Juez, Mi- nisterio Público y defensor que vienen a ser entes jurídi_ cos que son indispensables, el primero para contar con - una autoridad jurisdiccional que emita la resolución defi_ nitiva a la controversia concreta penal, los segundos, a efecto de contar con un órgano de acusación, quien deten- te el monopolio del ejercicio de la acción penal, y por - contraposición un defensor que intente equilibrar la acu- sación que formule éste último. Pero, igualmente, entre los sujetos procesales principales contamos con el sujeto pasivo y el sujeto activo de la infracción penal, que son los entes jurídicos con los cuales se origina el problema penal o la infracción a la norma penal.

Juez u órgano jurisdiccional.- Es la institu--- ción o ente jurídico que ha establecido el Estado a efec- to de dirimir los conflictos que sean sometidos a su con-

sideración, y cuya fundamentación la encontramos en el artículo 21 de la Constitución general de la República al establecer que "la imposición de las sanciones corresponde al Poder Judicial" u órgano jurisdiccional.

Si faltare este sujeto procesal principal, no podría ser posible decir el derecho y no podríamos hablar de jurisdicción.

Recordemos, que el órgano jurisdiccional es el ente jurídico que tiene encomendada la función de declarar el derecho, de poner punto final a la controversia penal que le ha sido sometida a su consideración y que por ello es principal en el procedimiento penal. El órgano jurisdiccional cuenta con las siguientes nociones: 1.- noctio: que es la facultad que tiene para conocer de los hechos motivo de la controversia penal. 2.- vocatio: que es la posibilidad de hacer que las partes o los implicados en la controversia penal comparezcan ante él y se sometan a sus decisiones que sean apegadas a derecho. 3.- Iuditium: la posibilidad de emitir la resolución respectiva a la controversia puesta a su consideración. 4.- Coertio: la posibilidad que tiene el órgano jurisdiccional de hacer uso de los medios de apremio, de la coerción para hacer cumplir sus determinaciones, y 5.- La executio: que

debe corresponder al cumplimiento exacto de las resoluciones emitidas por el órgano jurisdiccional.

Otro de los sujetos procesales es el Ministerio Público, el cual podemos decir que es el ente jurídico dependiente del Poder ejecutivo que tiene entre sus atribuciones la de perseguir los delitos a efecto de lograr que se imponga una sanción al infractor de la norma penal. El fundamento de este sujeto procesal principal lo encontramos en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece: "La persecución de los delitos está encomendada al Ministerio Público quien tiene bajo su mando directo e inmediato a la Policía judicial".

Debe darse, en todo momento, la existencia de este ente jurídico porque es quien tiene el monopolio de acusar a persona determinada, sostener el ejercicio de la acción penal. Si no se diera esta figura no podría llevarse a cabo el proceso penal.

El defensor, es otra figura principal, pues si existe un órgano de decisión, uno de acusación, debe contarse con uno de defensa, debido al principio de legitimidad que existe en México.

La figura de la defensa deriva del término eti-

mológico que conlleva amparo y protección.

El defensor es la figura jurídica que en el procedimiento penal presta al sujeto activo del delito auxilio para resistir la acción del Estado que representa a la sociedad y que viene a nivelar la fuerza de la acusación.

En este sentido, Sergio Rosas Romero sostiene -- que "la defensa es un derecho del inculpado, en contra de la acción del Estado, lo que puede notarse sin lugar a duda en los Códigos de Procedimientos Penales, desde el primer momento derivado de la pretensión punitiva; la defensa es una obligación". (50)

Estos tres entes jurídicos con los cuales se desenvuelve el procedimiento penal; pero además, también, - se desenvolverá y aún se originará con el sujeto pasivo - de la infracción penal y su correlativo sujeto activo del delito.

El sujeto pasivo de la infracción penal va a -- ser aquél ente jurídico al cual se le ha lesionado su esfera jurídica sin existir causa legítima para hacerlo y - por parte de un sujeto activo, el cual, con su actuar infringe la norma penal.

(50) Rosas Romero, Sergio.- La defensa camino a la Libertad. Estudio polivalente. México. Difusión y publicaciones - de la ENEP Aragón. UNAM, México 1986, pp. 2 y 3.

El sujeto activo de la infracción penal es aquella persona que con su actuar infringe o lesiona los derechos inherentes a una esfera jurídica que no le corresponde colocándose en el supuesto jurídico que establece un tipo penal.

Pero bien, no solamente nos debemos referir a esta singular ambivalencias, entre el Ministerio Público, defensor, sujeto pasivo y activo de la infracción penal, sino que debemos mencionar que en ocasiones el actuar de alguno de los entes jurídicos a que nos hemos referido, va a recaer, en relación a las consecuencias, sobre los otros entes jurídicos, y por esto haremos la distinción entre sujeto de acción y sujeto de litigio.

El sujeto de acción es la persona humana que realiza trámites en el proceso penal: Ministerio Público o defensor.

En tanto que, el sujeto de litigio es el ser humano sobre el cual recaen las consecuencias jurídicas de la causa criminal, como puede ser, el sujeto pasivo de la infracción penal, o bien el activo del ilícito.

b).- NECESARIOS.- Son los entes jurídicos o personas que colaboran en el esclarecimiento de la verdad -

histórica del hecho presumiblemente delictuoso, entre los que contamos con testigos, peritos e intérpretes.

Son necesarios, porque con los elementos que -- proporcionan al proceso penal se podrá intentar llegar al esclarecimiento de los hechos.

El testigo es la persona que narra hechos que -- ha adquirido a través de los sentidos y que tienen vinculación con la investigación penal sobre la que declara.

El perito va a ser una persona que por poseer -- conocimiento especializados en una rama o saber humano -- aporta al proceso penal una opinión técnica respecto a -- puntos concretos que le son sometidos a su consideración, a efecto de colaborar en el esclarecimiento de los hechos que se investigan.

En tanto, el intérprete es la persona que - - - por poseer conocimiento en dialectos, idiomas, mímicas -- puede traducir lo que dice alguien que declare en el procedimiento penal, o que traduce lo contenido en un documento en idioma distinto al Español.

Pero además, de estos sujetos - principales y - necesarios - contamos con los auxiliares que son las personas que contribuyen a la realización del proceso como -

pueden ser elementos de cuerpos policíacos, alcaides, secretarios, mecanógrafos, etcétera.

2.2.3.- TERCEROS.- En ocasiones, en el procedimiento penal intervienen entes jurídicos que sin caer en sujeto activo o pasivo de la infracción penal, a efecto de hacer posible el desarrollo del mismo, y son precisamente los llamados terceros.

Entre los terceros, encontramos a los terceros interesados que son aquellas personas humanas que tienen interés en la causa penal, tales como los seres vinculados con el sujeto activo o pasivo de la infracción penal. Ejemplo: En un ilícito de Daño en propiedad ajena o daño a los bienes, en el cual comparece a declarar el dueño -- del automóvil que conducía el presunto responsable y que no decae en ninguno de los sujetos principales, deseando le sea devuelta su unidad motora.

Los terceros no interesados que son los seres humanos que no tienen interés en el litigio y sin encambio intervienen para el desenvolvimiento del mismo, como pudieran ser los testigos, tal y como fueron concebidos por los legisladores, personas que sólo narran los conocimientos que adquirieron a través de los sentidos sin tener interés alguno en el resultado de la controversia pe-

nal sobre la que declaran. (51)

2.2.4.- POSICION PARTICULAR DEL SUJETO PASIVO Y ACTIVO - DEL DELITO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO.

A efecto de poder determinar la posición particular que tiene el sujeto pasivo del delito en el procedimiento penal mexicano, debemos precisar, antes, lo que se entiende por parte.

Para Don Sergio García Ramírez, parte es "aquel que deduce en el proceso penal o contra el que es deducida una relación de Derecho penal, en cuanto esté investido de las facultades procesales necesarias para hacerla valer o respectivamente, para oponerse". (52)

Así pues, debemos denotar que el sujeto pasivo de la infracción penal, ni en la etapa de averiguación -- previa, ni ante las etapas del procedimiento penal que se realizan ante el órgano jurisdiccional, deduce una relación de Derecho penal, pues recordemos que en México no existe el principio dispositivo que significa que el ofendido pueda tener acción directa para pedir una sanción ante los tribunales en contra de persona determinada, y solamente puede hacerlo por lo que hace a la reparación del daño, pero no por lo que hace a la imposición de la san-

(51) Cfr. Arriaga Flores, Arturo. Ob. cit., p. 233 a 238.

(52) García Ramírez, Sergio.- Ob. cit., p. 223.

ción, facultad que solamente le es conferida al Ministerio Público quien es el detentador monopólico de la acción penal, es por ello que afirmamos que el ofendido nunca puede deducir una relación de Derecho penal.

Abundando al respecto, diremos que desde el preciso instante en que un sujeto pasivo de la infracción penal hace narración de hechos sobre una conducta delictuosa, o desde el preciso instante en que se le cause un daño en su esfera jurídica e investigue el representante social, su derecho para que fuere sancionado penalmente el infractor del año pasa al Estado y a él sólo le queda lo relativo a la reparación pecuniaria, pero que si desee probar el monto del mismo deberá hacerlo a través del Ministerio Público, quitándosele facultades en ese sentido, es por ello que no se le considera que deduce una relación de Derecho penal.

Por otra parte, en el proceso penal, debemos decir que textualmente el artículo 141 del Código federal de procedimientos penales establece que "el ofendido no es parte en el proceso penal". Y el numeral 9° del artículo del Distrito Federal solo le concede facultades al ofendido o sujeto pasivo de la infracción penal a efecto de coadyuvar con el representante social, proporcionando

a través de éste elementos con que cuente para comprobar el cuerpo del delito y/o la probable responsabilidad, así como lo relacionado con la reparación del daño. Por lo que no se le puede considerar parte. Aún más, el Código de procedimientos penales del Estado de México, en su artículo 174, no le concede ni facultades de coadyuvante -- del Ministerio Público y con ello, se confirma que no es parte en el proceso penal, y más en la etapa de averiguación previa. En esta etapa de averiguación previa, en el Estado de México, las atribuciones de deducir derechos no le corresponde, aún cuando él sea la persona humana sobre la que recaen las consecuencias del acto delictuoso, y ta les que solamente le corresponden al Ministerio Público - que es el representante de la sociedad.

Por lo que hace al sujeto activo de la infracción penal, efectivamente sobre él van a recaer las consecuencias jurídicas de las determinaciones emitidas en el procedimiento penal, y contra él, en efecto, van dirigidas. Pero debemos precisar que en la etapa de averiguación previa éste no puede oponerse a las acciones intentadas en su contra, porque, en realidad, no existe precepto alguno que le autorice a ofrecer pruebas a desahogarse en esta etapa, pues debe notarse que el artículo 127 del Código en la materia en el Estado de México, sólo establece

que si el detenido tuviere defensor se le dará acceso a las actuaciones, sin concedérsele facultad más alguna. Por ello, no puede decirse que en la etapa preprocesal -- puede oponerse, realmente, a la pretensión del Ministerio Público. Por lo que su situación particular es muy especial, esperando solamente se emita la resolución respectiva por parte del representante social y en caso de serle contraria tener que soportar las consecuencias jurídicas.

En este aspecto, solamente, a nivel federal, el artículo 128 del Código de procedimientos penales, establece lineamientos para que el defensor del sujeto activo del delito pueda intervenir - en la etapa de averiguación previa - y que incluso pueda ofrecer pruebas que sólo se desahogaran si así lo considera el Ministerio Público. Dejándose sin la posibilidad de defensa al sujeto activo del delito en la etapa preprocesal.

Por lo que hace al proceso penal, el sujeto activo si viene a constituir parte en éste, porque sí puede oponerse a la relación de derecho penal que se ejercita - en su contra, pero estas oposiciones estarán guiadas por su defensor, que es la persona que le asiste y que posee conocimientos jurídicos.

que si el detenido tuviere defensor se le dará acceso a - las actuaciones, sin concedérsele facultad más alguna. - Por ello, no puede decirse que en la etapa preprocesal -- puede oponerse, realmente, a la pretensión del Ministerio Público. Por lo que su situación particular es muy especial, esperando solamente se emita la resolución respectiva por parte del representante social y en caso de serie contraria tener que soportar las consecuencias jurídicas.

En este aspecto, solamente, a nivel federal, el artículo 128 del Código de procedimientos penales, establece lineamientos para que el defensor del sujeto activo del delito pueda intervenir - en la etapa de averiguación previa - y que incluso pueda ofrecer pruebas que sólo se desahogaran si así lo considera el Ministerio Público. Dejándose sin la posibilidad de defensa al sujeto activo - del delito en la etapa preprocesal.

Por lo que hace al proceso penal, el sujeto activo si viene a constituir parte en éste, porque sí puede oponerse a la relación de derecho penal que se ejercita - en su contra, pero estas oposiciones estarán guiadas por su defensor, que es la persona que le asiste y que posee conocimientos jurídicos.

CAPITULO: III.**LA FIGURA DEL DEFENSOR DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO.**

- 3.1.- Marco legal de la figura del defensor del sujeto activo del delito.
 - 3.1.1.- Legislación que rige al respecto.
 - 3.1.2.- Principio de legalidad.
- 3.2.- Concepto de Defensor.
- 3.3.- Naturaleza jurídica del defensor del sujeto acti--vo del delito.
- 3.4.- Clasificación del defensor.
- 3.5.- Requisitos a cubrirse para poseer la calidad de defensor del sujeto activo del delito.
- 3.6.- Momento procedimental de intervención del defensor.

C A P I T U L O : III.

LA FIGURA DEL DEFENSOR DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO.

Como hemos visto, la figura del defensor es necesaria en el procedimiento penal a efecto de contrarrestar los embates de la acción del Estado que se ejercita a través del Ministerio Público, porque así como existen actos de acusación y de decisión, deben corresponder los actos de defensa. Es por ello, que a través de la historia de la humanidad, se han dado esbozos para hacer posible - que a un sujeto se le imponga una sanción, pero que previamente debe ser oído y vencido en juicio, y contando - con la asistencia de una persona especializada en conocimientos jurídicos que se la proporcione, porque recordemos que el representante social es técnico en la materia.

La figura del defensor, aunque sólo es un sujeto de acción, que es el que realiza trámites y no de litigio, porque sobre él no recaerán las consecuencias jurídicas de las determinaciones adoptadas por la autoridad, pero sin intercambio es necesaria para guiar al sujeto activo y aminorarle aquéllas.

3.1.- MARCO LEGAL DE LA FIGURA DEL DEFENSOR DEL SUJETO - ACTIVO DEL DELITO.

El máximo fundamento legal de la figura del defensor lo encontramos en el artículo 20 fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, - pues en este se establece textualmente:

Artículo 20.- "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 la lista de los defensores de oficio para que elija el que, o los que le convengan.- Si el acusado no quiere nombrar defensores, des -- pués de ser requerido para hacerlo, al rendir -- su declaración preparatoria, el Juez le nombra -- rá uno de oficio. El acusado podrá nombrar def -- ensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente -- en todos los actos del juicio, pero tendrá obli -- gación de hacerlo comparecer cuantas veces se -- necesite; y".

Pero asimismo, existen otros fundamentos lega -- les a nivel de reglas procedimentales.

En la etapa de la averiguación previa, a nivel -- federal, contamos con el artículo 128 del código en la ma -- teria; en esta etapa, a nivel fuero común en el Distrito -- Federal, se dispone del artículo 134 bis cuarto párrafo; -- y en el Estado de México con el artículo 127 del ordena -- miento en la materia.

En cuanto a ordenamiento secundarios, podemos -- considerar en materia federal: La ley de la defensoría de

oficio federal que fué creada en fecha 30 de enero de -- 1922 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de febrero del mismo año, ordenamiento que cuenta con - 15 artículos y 7 transitorios.

Las funciones específicas de la defensoría de - oficio federal consiste en patrocinar de forma oficiosa a aquellas personas que se encuentran sujetas a proceso y - que carezcan de defensor particular, siempre que el nom-- bramiento se haga conforme a lo establecido en el artícu-- lo 20 fracción IX de la Constitución federal. Asimismo, - se dispone del Reglamento de la defensoría de oficio fede-- ral, el cual fué publicado en el Diario Oficial de la Fe-- deración en fecha 14 de enero de 1922, y mismo que consta de 3 capítulos que contienen: a).- Del jefe del cuerpo de defensores. b).- De los defensores de oficio - estable-- ciéndose aquí las atribuciones, obligaciones y derechos - de los defensores-. c).- De la oficina del cuerpo de de-- fensores que no cumplan con sus obligaciones.

En materia de fuero común del Distrito Federal, encontramos, que además existe el Reglamento de la Defen-- soría de oficio del fuero común para el Distrito Federal, el cual es de fecha 7 de mayo del año de 1940, mismo que se publica en el Diario Oficial de la Federación el 29 de

junio de 1941, el cual establece el funcionamiento que debe tener el cuerpo de defensores de oficio dependientes del Departamento del Distrito Federal, "Este reglamento consta de 7 capítulos: a).- Disposiciones generales, b).- atribuciones del Jefe del cuerpo de defensores; c).- de los defensores de oficio en el ramo penal; d).- de los defensores de oficio en el ramo civil; e).- de las oficinas de la defensoría de oficio; f).- excusas y g).- sanciones

En este aspecto el artículo 9° del citado reglamento, establece que en los asuntos del orden penal, la defensa se ajustará a los términos de la fracción IX del artículo 20 Constitucional, debiendo darse preferencia a los procesados y sentenciados que no estén en condiciones de nombrar defensor particular".

Por su parte, el artículo 15 del Reglamento en cita, precisa que los defensores podrán poner del conocimiento de los Jefes del Departamento del Distrito Federal y del Departamento de prevención social, así como del Procurador General de Justicia de la circunscripción territorial las quejas que los reos formulen por falta de atención médica o por maltrato en el reclusorio, sugiriendo en su caso, las medidas conducentes para el mejoramiento del régimen penitenciario y la readaptación de los

delincuentes".

Existiendo, también, en el Distrito Federal, el acuerdo A/56/81 de la Procuraduría General de Justicia - del Distrito Federal, aún vigente, unido al acuerdo A/01/91 que establecen en síntesis:

"Nuestra carta fundamental orienta un procedimiento penal humano, por corresponder a un régimen de libertades que tiende a evitar diligencias secretas y procedimientos ocultos, para no restringir el derecho a la defensa por sí mismo o por medio de otro, y que el inculpado pueda ofrecer pruebas y asistir a su recepción, puesto que son actos que le afectan.

Si las sociedades por medio del Ministerio Público tiene completa libertad para acumular todos los datos que haya contra el inculpado, es gran injusticia que éste se le pongan trabas para su defensa.

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

respecto de su acusador. Por lo que debe introducirse formalmente un derecho a nombrar defensor desde el inicio de la averiguación previa, cumpliendo con el espíritu de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"

Se establece que "el inculcado podrá nombrar de defensor desde el momento en que es detenido y puesto a disposición del Ministerio Público, en los casos de flagrante delito, o sin estar detenido, desde el inicio de la averiguación previa y tendrá derecho a que se halle presente en todos los actos del procedimiento".

"Los inculcados, podrán valerse de los servicios de orientación legal con que cuenta la institución, para el disfrute de todos los beneficios que se han creado a favor de la ciudadanía en el marco de la nueva procuraduría de justicia con profundo sentido humano". "El defensor podrá previa protesta que otorgue ante el Ministerio Público entrar al desempeño de su cometido; el inculcado tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite". (53)

Por lo que hace a la legislación del Estado de México, igualmente, existe la Ley de la Defensoría de Oficio del Estado de México de fecha 13 de enero de 1939, la cual consta de 35 artículos y 5 transitorios, misma legis

(53) Compendio de acuerdos y circulares de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. pp. 109, 110, -- 112 y 114.

lación que consta de tres capítulos: a).- Del Jefe de defensores de oficio; b).- de los defensores de oficio y, - c).- sanciones. De cuyo articulado se desprende que se refiere a la rama penal, ante el órgano jurisdiccional, - en la rama civil, familiar. Y con total ausencia de normas relativas a la averiguación previa.

Es de notarse que, en los acuerdos y circulares de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, no existe norma alguna relacionada con la posible intervención del defensor en esta etapa del procedimiento penal sin que exista un acuerdo o circular que precise -- las normas y principios a seguirse en lo relativo al contenido del artículo 127 del Código de procedimientos penales del Estado de México.

3.1.2.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad que debe regir en todo procedimiento lo encontramos precisamente en el artículo 16 de la Constitución general de la República que establece que:

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

Así como el precepto 14 de nuestro máximo ordenamiento que precisa:

"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, para alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate".

Por consiguiente, si alguna persona se le ha de considerar sujeto activo de una presunta conducta delictuosa, y con la finalidad de imponerle una sanción se le debe previamente seguir un procedimiento en su contra basado estrictamente en lo que establecen nuestros ordenamientos jurídicos. Y si es en éstos, en los cuales se ha contemplado un órgano de decisión, y uno que formule la acusación, por consecuencia, debe observarse el de defensa que viene a ser la parte opuesta de éste último, siendo que éste tiene encomendada la acción de parte del Estado. Por ello, se ha establecido que el sujeto activo debe contar con una persona de su confianza que le asista en los embates dirigidos en su contra, pero este órgano de defensa debe estar previamente establecido, y así como el legislador vino a crear en la Constitución General de la --

República de fecha 5 de Febrero de 1917 en su artículo 20 fracción IX al defensor, ente jurídico que había de intentar proteger y amparar de las acciones del Estado al sujeto activo, y que surge como una contraparte del órgano - acusación, qué acontece entonces en la etapa de la averiguación previa?. De verdad podrá intervenir el Defensor? Para ello, y ante el principio de legalidad que existe en México, debemos pensar en un nuevo ordenamiento en materia del defensor en la etapa preprocesal penal.

El principio de legalidad, se ha dicho que, en nuestra materia, se refiere a que la sanción debe estar - previamente determinada en la ley (nulla poene sine lege) Esto significa que el órgano jurisdiccional no puede inventar la sanción tiene que limitarse a la establecida. - Además, que la sanción sólo puede imponerse por una conducta previamente estipulada por la misma ley (Nullum crimen sine lege).

Pero igualmente, debemos pensar que en este aspecto, para imponerse una sanción al sujeto activo y para que éste esté obligado debe ser previamente condenado, y para condenarlo debe previamente haber sido oído y vencido en juicio, y haber tenido la oportunidad de defenderse Por esto, hemos de referirnos, en el presente capítulo, a

la figura del defensor del sujeto activo del ilícito.

3.2.- CONCEPTO DE DEFENSOR.

La palabra defensor etimológicamente significa el que protege o ampara. "Aunque también es la persona encargada en juicio de una defensa y sobre todo la nombrada por el juez para defender los bienes de un concurso, para que sostenga el derecho de los ausentes". (54)

El defensor es aquél que realiza actos de asesoría, asistencia y representación siempre en beneficio de los intereses legítimos del procesado penal, complementando su personalidad jurídica e integrando la relación procesal penal.

Para Manzini el defensor es "el que interviene en el proceso 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 una finalidad de interés público y no solamente para el patrocinio del interés particular". (55)

El defensor también es definido como "una persona que toma a cargo la defensa en juicio de otra u otras. Cuando esta defensa constituye una actividad profesional,

(54) Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para juristas. Ediciones Mayo, S. de R.L. México, 1982. p. 390.

(55) Manzini, Vicenzo. Derecho Penal Procesal II. Editorial - Egea Buenos Aires, Argentina, 1962, p. 576.

el defensor se denomina Abogado". (56)

En el proceso penal la figura del defensor constituye una garantía de los derechos del reo, sin perjuicio de los del ofendido y de los de la sociedad, en general. La defensa significa, por otra parte, un contrapeso colocado frente a la acusación, para hacer posible un examen contradictorio del caso, que permita su resolución -- justa y humana". (57)

La defensa surge para proteger los derechos subjetivos públicos en todo Estado de derecho. En todo Estado en el cual prevalezcan aquellos se concederá el derecho de defensa motivado en que los individuos antes que la sociedad son seres humanos y como tales se les deben reconocer un mínimo de derechos, el no concederlos implicaría llegar al desconocimiento del individuo en forma total.

3.3.- NATURALEZA JURIDICA DEL DEFENSOR DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO.

A través de los años, los teóricos del derecho se han estado preguntando cuál es la naturaleza jurídica de la figura defensor, incluso se han abordado varias teorías, y así tenemos:

(56) Pina Rafael de.- Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, p. 206.

(57) Las figuras del proceso penal. Publicado en la Revista de la Facultad de Derecho, Tomo XV UNAM., 1965, p. 972.

a).- El defensor como mandatario del sujeto activo del delito: Esta teoría manifiesta que la actividad del defensor estará regida a la voluntad del sujeto activo del delito.

Teoría que no es admisible, por las siguientes razones:

1.- Porque la actividad de la defensa, estará - regida por la ley y no por el arbitrio de las partes.

2.- Porque el defensor debe gozar de libertad - en el desempeño de sus funciones sin consultar a su defenso, y

3.- Porque el defensor, en su derecho, "envuelve el ejercicio de una especialidad profesional, que no - puede quedar librada al arbitrio o capricho del procesado por respetable y conmovedora que sea su condición". (58)

b).- El defensor es un auxiliar de la justicia: "El defensor penal no es un patrocinador de la delincuencia, sino - del derecho y de la justicia en cuanto pueda estar lesionado en la persona del imputado. El defensor que no profesa esta santa máxima es un despreciable y peligroso intringante. Es un encubridor del delincuente y no un defensor del imputado". (59)

"La actuación del defensor tiene ciertamente un

(58) Idem, p. 971.

(59) Manzini. Ob. cit., p. 576.

límite intranspasable, el de la moral, que no le permite convertirse en amparador del reo en mayor medida de la tolerada por la justicia de la causa. La moral más estricta es, sin embargo, un obstáculo para que el defensor pueda sentirse ganado por un sentimiento de piedad hacia su patrocinado". (60)

El defensor está obligado a romper el secreto profesional y a proporcionar los datos aportados por su cliente en aras de la justicia, en aras de no convertirse en el encubridor del delincuente.

La presente teoría, tampoco explica la naturaleza jurídica de la figura defensor en México, porque si se le concibe como un auxiliar de la justicia, no se encontrarían previstos los artículos 210 y 211 del Código Penal para el Distrito Federal, que protegen el secreto profesional, así como lo establecido en el precepto 191 del análogo del Estado de México.

c).- El defensor es un órgano imparcial: Dicha teoría, pretende explicar la naturaleza jurídica del defensor basada en la idea de que únicamente, aquél, proporcionará asesoría de carácter técnico al sujeto activo del delito.

"La naturaleza de su intervención, del defensor

(60) De Pina Rafael, Ob. cit., p. 972.

no supone necesariamente la representación del reo, sino que técnicamente debe limitarse a su asistencia". (61)

Teoría que tampoco explica la naturaleza jurídica del defensor.

d).- El defensor como principio de legalidad que tiene el proceso penal: Esta teoría sí explica la naturaleza jurídica del defensor, debido a que el defensor viene a constituir una garantía de los derechos del sujeto activo del delito; la defensa se contrapone a los órganos de acusación y decisión, motivado por proteger la persona, honor y posesiones del acusado.

Respecto a esta teoría, que igualmente compartimos, la sostienen, el doctor Sergio García Ramírez, Julio Acero, Colín Sánchez, Franco Sodi, quienes manifiestan -- que en todo régimen de derecho, en el cual prevalecen órganos de acusación y decisión, debe operar, necesariamente, la figura procesal: defensor con la finalidad de garantizar una resolución más justa en toda causa de tipo criminal.

3.4.- CLASIFICACION DEL DEFENSOR.

De conformidad a lo establecido en el artículo 20 fracción IX de la Constitución general de la República

(61) De Pina Milán, Rafael. Ob.cit., p. 971.

el defensor, puede ser una persona de la confianza del su jeto activo, o bien uno designado de oficio.

En esta primera clasificación se ha establecido que: "el defensor de confianza es el libremente designado por el defendido, en contraposición con el defensor de -- oficio". (62)

O como establece Giovanni Leone quien define al defensor de confianza de la siguiente forma: "es aquel -- que haya sido investido por el nombramiento de la parte - interesada". (63) Agregando que este nombramiento puede ser realizado por la parte interesada en cualquier acto - del procedimiento recibido por la autoridad judicial o -- presentado a ella o bien mediante declaración hecha perso nalmente o por medio de procurador especial en la secretar ía del oficio judicial procedente, o finalmente mediante carta certificada dirigida a dicha secretaría.

En cualquier manifestación de voluntad de nom-- bramiento de un defensor, tiene valor, siempre y cuando - se haya hecho del conocimiento de la autoridad que corres ponde, el ejercicio de actividad inherente a la función - del defensor por parte de un sujeto para ella habilitado, cuando haya sido cumplido en presencia de la parte o con la clara conciencia de ella, el cual equivale a acto for-

(62) Palomar de Miguel, Juan. Ob. cit., p. 388.

(63) Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, edición nes jurídicas Europea - Americana, 1962, p. 569.

mal de nombramiento.

El artículo 134 bis cuarto párrafo del Código - de Procedimientos Penales del Distrito Federal, exige -- ciertas formalidades del nombramiento de confianza, estableciendo que el nombramiento se haga en el acto de declaración de recurso o posteriormente y se conciente a otro abogado distinto del nombrado discutir, una vez que esté provisto de mandato especial. En la práctica admite que tal cargo puede darse también mediante simple instancia - dirigida a la Corte.

Quando se da este caso, el nombramiento de un defensor de confianza y el nombramiento de otro defensor de confianza, la jurisprudencia ha reconocido que debe -- considerarse revocado el nombramiento del primer defensor. Se considera que se trata sólo de cuestión de interpretación de la voluntad de la parte ya que el defensor de confianza no tiene la obligación de asumir el encargo y, por tanto, no puede considerársele responsable del abandono - de la defensa sino ha aceptado el cargo explícita o implícitamente, ya que el silencio no puede considerarse como aceptación tácita.

Esta persona de confianza, acorde a nuestro máximo ordenamiento, por no preveerlo, no requiere que sea

licenciado en Derecho, sin embargo, a nuestro parecer sí resulta indispensable que sea un perito en derecho, pues de no ser así puede dar como consecuencia una defensa deficiente, a virtud de no conocer el derecho y por consiguiente, ignorar los medios legales para defender al sujeto activo del delito.

Igualmente, hemos de referirnos, al artículo -- 296 del ordenamiento en cita (Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal) que no exige que la persona de confianza que nombre el sujeto activo del delito, ostente el título de licenciado en derecho, con lo cual puede decirse que cualquiera persona, aún sin título puede ser defensor del sujeto activo del ilícito.

Ahora bien, el artículo 28 de la Ley de Profesiones dispone: "en materia penal, el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por medio de persona de su confianza o por ambos según su voluntad. Cuando la persona o personas de la confianza del acusado, designados como defensores no sean abogados, se le invitará para que designe, además, un defensor con título. En caso de que no hiciere uso de este derecho, se le nombrará el defensor de oficio".

De lo anterior se desprende, la inconstitucional

lidad del referido artículo, dado que va más allá de lo - que establece la Constitución, porque exige que la persona que designe el sujeto activo del delito tenga título - de licenciado en derecho, lo cual a pesar de su inconstitucionalidad, nos parece adecuado ya que como dijimos anteriormente, la persona que defienda al activo del ilícito debe tener conocimientos suficientes y la autorización legal para ejercer la profesión, pues de no ser así, lo único que sucede es que se le pueda perjudicar a éste en sus intereses.

En este sentido manifiesta Zamora Pierce "que - el artículo 28 relativo al ejercicio de profesiones en el Distrito Federal (Ley de Profesiones) tras confirmar la disposición constitucional diciendo que en materia penal, el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por medio - de persona de su confianza o por ambos, según su voluntad agrega cuando la persona o personas de la confianza del - acusado, designados como defensores, no sean Abogados se le invitará para que designe además, un defensor con título. En caso de que no hiciere uso de este derecho, se le nombrará el defensor de oficio. Esta norma es ejemplar como ley secundaria que, respetando y reiterando el derecho constitucional a la libre designación de defensor lo perfecciona al agregarle, además, un nuevo derecho: el

de tener defensa Abogado" (64)

Por otra parte, en materia federal, el artículo 160 párrafo segundo del Código procedimental penal, establece que el inculpado puede designar a persona de su confianza, para que lo defienda, con la salvedad de que si no tiene título, el órgano jurisdiccional dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio - que lo asesore.

Como podemos ver, este precepto no contiene una prohibición absoluta sobre el defensor que no tenga autorización para el legal ejercicio de la profesión, sino -- que lo acepta, pero en una forma limitativa al no darle -- una intervención total en el proceso, puesto que debe nombrársele al sujeto activo del delito un defensor de oficio para que asesore al que haya designado aquél y que no ejerza legalmente la profesión de Abogado.

En todo caso el defensor de confianza o particular es aquella persona, valga la redundancia, de confianza que nombra el sujeto activo del delito para que lo defienda en el proceso, debiendo tener título legalmente expedido por la autoridad facultada para ese efecto, ello - sin perjuicio de que cobre sus honorarios correspondientes por la actividad realizada.

(64) Zamora Pierce, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Tercera edición Porrúa, S.A. México, 1987, tercera edición, p. - 256.

Debemos mencionar que a novel del Estado de México, por lo que hace a la etapa de averiguación previa, - el artículo 127 del Código de Procedimientos Penales, no establece nada respecto al defensor, ya que se trate de - confianza o particular, o bien al de oficio, pues solamente dispone que "en caso de existir defensor del detenido, se le podrá dar acceso a las actuaciones", por lo que tal disposición es raquítica en su contenido y no nos expresa nada respecto a la primer clasificación que realizamos en el presente tema recepcional.

Por lo que hace al nombramiento de defensor ante el órgano jurisdiccional, debemos tomar en consideración, en todo momento, que el artículo 20 Constitucional, rige para todas las entidades federativas y por consiguiente regirá, también, para el Estado libre y soberano de México, y en este aspecto debe tomarse en consideración la clasificación de confianza o particular, o la respectiva de oficio.

Pero, asimismo, debemos tomar en cuenta lo establecido en el artículo 182 fracción IV del Código procedimental penal del Estado de México, que establece la clasificación a la que nos hemos referido, ya que dice:

Artículo 182.- El Juez tendrá obligación de hacer saber al detenido, en ese acto:

IV.- El derecho que tiene de defenderse por sí mismo o para nombrar persona de su confianza -- que lo defienda, advirtiéndole que si no lo hiciera, el Juez le nombrará un defensor de oficio.

Si fueren varios los defensores, están obligados a nombrar un representante común, o, en su defecto, lo hará el juez si éstos o el acusado no lo verificaren dentro del término de 3 días. Si la persona designada defensor no es abogado con título legalmente registrado, se le requerirá para que designe además, a quien lo sea, para que asesore técnicamente al defensor no abogado. Si no lo hace el Juez le designará al de oficio para tal efecto, quien siempre deberá tener título".

Pero igualmente, se refiere al defensor de confianza o particular el precepto 183 del mismo ordenamiento, el cual reza:

Artículo 183.- "no se podrá recibir la declaración preparatoria del inculcado si no está presente el defensor. Si el inculcado designare defensor a una persona que no estuviere presente en el acto, el Juez aceptará la designación, observando, en lo conducente lo dispuesto en el artículo anterior, pero designará al de oficio para que asista al inculcado en la diligencia".

En todo momento, el proceso penal en el Estado de México, admite la presencia de un defensor de confianza que asista al sujeto activo del delito, y sin importar que sea perito en derecho, pero que salvaguarde los intereses de éste, y para equilibrar los aspectos de la acusación que formula el Estado se ha establecido, como lo hacen la Constitución General de la República, los Códigos

procedimentales penales del Distrito Federal y federal, - así como la Ley general de profesiones, que cuando el defensor de confianza o particular no sea titulado sea asignado por uno que sí lo sea, y esto se justifica, porque - cómo podría defender alguna persona que no tenga conocimientos de cómo conducirse en las diligencias?.

En esta clasificación que abordamos debemos tocar lo referente al defensor de oficio, el cual entrará a fungir, cuando no exista un nombramiento, por parte del sujeto activo del delito, de uno de confianza, o cuando existiendo éste carezca del título respectivo de licenciado en derecho, o bien cuando el activo del ilícito se negare a declarar o a nombrar persona que lo defienda.

Pero previamente, debemos establecer qué se entiende por defensor de oficio, teniendo que Juan Palomar de Miguel dice que: "de oficio.- abogado de oficio, de pobres y ausentes. Funcionario que se encarga de defenderlos ante los tribunales de justicia". (65)

Para Marco Antonio Díaz de León, el defensor de oficio es considerado como el "funcionario del Estado que presta el servicio de defensa gratuitamente a los procesados que carecen de recursos económicos o que no hacen designación de defensor particular o de confianza". (66)

(65) Palomar de Miguel, Juan. Ob. cit., p. 388

(66) Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editorial Porrúa, S.A. México, 1968 P. 581.

Giovanni Leone, por su parte, define al defensor de oficio como "aquél que ha sido investido por el -- nombramiento de la parte de la autoridad judicial". (67)

En tanto que Rafael de Pina Vara, establece que el defensor de oficio es "el servicio público que tiene a su cargo la asistencia jurídica de aquellas personas que no se encuentran en condiciones económicas de atender por su cuenta los gastos de un proceso". (68)

Para el diccionario jurídico mexicano la defensa de oficio es "la institución pública encargada de patrocinar los servicios de asistencia jurídica gratuita a las personas que, careciendo de recursos económicos suficientes para cubrir los honorarios de un abogado particular, se vean precisados a comparecer ante los tribunales_ como actores, demandados o inculpados". (69)

La institución del defensor de oficio nace del principio de la obligatoriedad de la defensa, en virtud - de que si el acusado no hace uso del derecho que le con-- fiere la constitución y la ley, de designar persona de su confianza o defensor de oficio que es una institución gra_ tuita regulada tanto en la Constitución como en los códi- gos procedimentales penales, como en las leyes orgánicas_ y sus respectivos reglamentos.

(67) Ob. cit., p. 572.

(68) Diccionario de Derecho, novena edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, p. 204.

(69) Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo II. Editorial Porrúa, México, 1985. p. 47.

Al respecto, el jurista Rafael Pérez Palma establece que "en la actividad no es concebible un proceso -- sin defensa técnica, aún en el supuesto de que el detenido se niegue a hacer nombramiento de defensor, por muchas razones: porque es necesario reintegrar la personalidad moral y psíquica del inculgado, debilitada con la detención, con el encarcelamiento y el ejercicio de la acción penal, porque es necesario equilibrar la contienda jurisdiccional, contrarrestando la influencia y las presiones del Ministerio Público, porque es necesario que procesalmente el inculgado tenga un representante legal que actúe a pesar y en contra de la voluntad del imputado, interponiendo recursos, representando testigos o haciendo valer situaciones que le sean favorables.

De esta manera la defensa no es solamente un derecho para el acusado, sino una obligación procesal; el juez, en el momento en que advierte que el procesado carece de defensor, sea porque el nombrado hubiere abandonado la defensa o por cualquiera otra causa, se verá precisado a tomar las providencias pertinentes, para proveer de defensa al reo". (70)

Por su parte, Don Guillermo Colín Sánchez establece que "la defensoría de oficio tiene por objeto patro

(70) Pérez Palma, Rafael. Guía de Derecho Procesal Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor. segunda edición, 1975. p.281.

cinar a todos los procesados que carezcan de defensor particular. Y que en el orden federal y en la justicia del fuero común, el Estado ha instituido patrocinio gratuito en beneficio de quienes, estando inobservados en un asunto penal, carecen de medios económicos para pagar a un defensor particular, o aún teniéndolo, no lo designan". (71)

Como hemos visto, anteriormente de la clasificación del defensor de oficio, vamos a encontrarbase desde el contenido del artículo 20 fracción IX de la Constitución general de la República, pero también encuentra cabida en los Códigos procedimentales tanto federal, como del Distrito Federal, ya sea en la etapa de averiguación previa, como en los actos que se desarrollan ante el órgano jurisdiccional, ya que se han establecido normas al respecto; e incluso igualmente en los reglamentos que crean las defensorías de oficio. Debemos hacer mención a la clasificación doctrinal de la figura defensor, y así tenemos:

1.- DEFENSA MATERIAL.- Que es aquella que corresponde directa y exclusivamente al sujeto que se le imputa el delito.

En este aspecto, la maestra María Antonieta Landeros Camarena ha precisado que "la defensa material deno

(71) Ob. cit., p. 185.

minada también autodefensa o defensa personal es ejercitada directamente por el inculpado conforme lo postula la - fracción IX del artículo 20 Constitucional, al indicar en lo conducente "... en todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:.. se le oirá en de-- fensa por sí..", esto independientemente de que tenga co-- nocimientos jurídicos o carezca de ellos.

Desde este aspecto de la defensa, la declara--- ción preparatoria es el acto medular de la misma, pues en dicha diligencia al inculpado se le hará saber: el nombre de su acusador, así como la naturaleza y causa de la acu-- sación, con la finalidad de que conozca bien el hecho pu-- nible que se le imputa y pueda contestar el cargo". (72) Agregando nosotros que, igualmente, en este sentido se -- conduce el artículo 182 fracción IV del Código en la mate-- ria del Estado de México.

2.- DEFENSA FORMAL O TECNICA, reservada al defensor. Esta defensa resulta aplicable exclusivamente al que preste -- sus servicios como defensor por estar apoyada en los cono-- cimientos jurídicos adquiridos, realizando actos de asis-- tencia y representación, como señala Franco Sodi: Obra -- por cuenta propia y siempre en interés de su defenso"⁽⁷³⁾

Como actos de asistencia, tenemos la vigilancia

(72) Landeros Camarena, María.- La defensa Camino a la Liber-- tad. Ob. cit., pp. 31 y 32.

(73) Citado por Chávez Hochstrasser, Francisco. La Defensa Ca-- mino a la Libertad, Ob. cit., pp 91 y 92.

del abogado en los diversos actos, verificando el cumplimiento de los términos, el diligenciamiento correcto de los incidentes y manifestando una atención constante hacen el curso del proceso. Esta función se concreta a través de la presencia del Abogado en todos aquellos actos, que como la declaración indagatoria siga compareciendo como representante procesal del acusado, encontramos que actúa por sí solo y sin la presencia de éste, en un gran número de actos procesales como el ofrecimiento y desahogo de las pruebas, la interposición de recursos formulación de conclusiones, etcétera.

La justificación de la intervención técnica, -- consiste en el hecho de suplir las deficiencias del inculpado quien en la mayoría de los casos desconoce su situación legal además, de que por no estar capacitados para contrarrestar la acusación o simple imputación que se formula en su contra, o en ocasiones lo que pretende evitar, esto es, la existencia de defensas deficientes por inexperiencia en el empleo de los medios legales definitivos, -- llegándose al extremo de reconocer legalmente, la suplencia de deficiencias en la defensa o de subsanar en la -- práctica judicial las omisiones de la norma.

Esto es, a medida que el proceso penal alcanza

mayores niveles técnicos, aumente la intervención del defensor y disminuye la del procesado al grado de que apenas se requiere su presencia para algunos actos aislados de carácter personalísimo, tales como la declaración preparatoria o los careos.

3.- DEFENSA MANCOMUNADA.- "realizada tanto por el sujeto activo como por el defensor, la cual nos indica se encuentra claramente establecida en el artículo 417 del Código en la materia para el Distrito Federal, y artículo 182 - fracción IV del Código procedimental penal del Estado de México, al mencionar... "tendrá derecho a apelar..." el acusado y su defensor". (74)

Clasificación que también la podemos encontrar en el artículo 20 fracción IX Constitucional que indica: "se le oira en defensa por sí o por persona de su confianza o por ambos".

3.5.- REQUISITOS CUBRIRSE PARA POSEER LA CALIDAD DE DEFENSOR DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO.

EL SUJETO ACTIVO COMO SU PROPIO DEFENSOR.- Si atendemos a la clasificación que sobre el defensor hemos esbozado, tendríamos que en primer término, respecto al sujeto activo del delito, para que éste figurara como su

(74) Landeros Camarena, María. Ob. cit., p. 31.

propio defensor, atento a lo establecido en el numeral 20 fracción IX en la parte que establece: "Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza o por ambos".- Previamente debe figurar en constancias procesales penales como una persona a la cual se le atribuye una conducta delictuosa, y al adquirir tal carácter, podría empezar a tener la capacidad para ser considerado su propio defensor. Requisito que debe ir unido a que otra persona con conocimientos jurídicos le asista y oriente, y en este su puesto estaríamos hablando de la defensa mancomunada.

El sujeto activo del delito viene a constituir en su primer defensor, pues recordemos que en parte es él el que proporciona conocimientos valiosos en la investigación penal de que se trate, esto es al emitir su declaración, y por la propia naturaleza del ser humano, ante los embates dirigidos en su contra tenderá a protegerse dando su propia versión de los hechos a su manera, intentando demostrar su inocencia en los hechos que se le imputan.

En cuanto a los requisitos que deben cubrir las personas, distintas al sujeto activo, para entrar a fungir con el carácter de defensor penal, tratándose de confianza o particular o de oficio, debemos referirnos previamente a la capacidad subjetiva y objetiva.

LA CAPACIDAD SUBJETIVA se subdivide en:

1.- ABSTRACTA.- Son aquellos requisitos que precisa la ley debe reunir la persona candidata a ocupar el cargo de defensor, entre los que podemos contar, poseer - título de abogado, o bien estar asistido por alguna persona que sí posee a título, no haber sido sentenciado por - ilícitos cometidos por abogados, no encontrarse privado - de su libertad, etcétera.

2.- CONCRETA.- Son los requisitos que debe reunir la persona que ha de detentar el cargo de defensor, a efecto de garantizar su limpia actuación, como son: no tener vínculos de odio, rencor, ser contrario en algún otro proceso del sujeto activo del delito. Refiriéndose esto a los impedimentos y excusas para intervenir en la controversia penal.

LA CAPACIDAD OBJETIVA (Dícese competencia): Que se refiere a que quien debe asesorar al sujeto activo del delito posea conocimientos de cómo conducirse en el procedimiento penal, o si se trata de persona de su confianza, que quien se encuentre asesorándole sí posea los conoci-mientos necesarios sobre las reglas que enmarca el proce-dimiento penal. Aclarando que nuestra legislación no lo establece, pero que nosotros consideramos que todo defen-

sor sí titulado, debe acreditar poseer tales conocimientos, pues es la intención del legislador al establecer que si es persona de confianza éste sea asesorado por quien posea título, y esto porque es deseable sea perito en la materia en la cual interviene debido a que solamente de esta manera podrá contrarrestar los embates de parte del Estado, a través del Ministerio Público quien dispone de todos los elementos técnico-jurídicos para desarrollar su función, y si el defensor no conociere, ni siquiera las reglas sobre las cuales va a normar su conducta en la materia, ¿cómo podría ser posible que pudiera realmente defender al sujeto activo del delito?. Aclarando que bien sabemos que la ley no establece la capacidad objetiva, relativa al conocimiento concreto sobre la materia del derecho en que se va a intervenir, pidiendo solamente que se posea el título de licenciado en derecho, o bien asesorado, en el caso de defensa de confianza, por uno que sí posea título, pero en la práctica encontramos que existen licenciados en derecho que defienden en la materia penal y no tienen conocimientos sobre este punto, por dedicarse a la rama: civil, laboral, familiar, etcétera; haciéndose, en estos casos nugatoria la defensa del sujeto activo del delito. Por ello, consideramos que debe tomarse en cuenta, también, la capacidad objetiva para

que el sujeto activo tendrá, en realidad, un equilibrio procesal.

Por lo que hace a la capacidad subjetiva abstracta, tanto para el defensor de confianza o particular, o bien para el de oficio, tenemos: que no tendrán la capacidad para ser defensores las personas que habiendo sido designadas se encuentren ausentes de las instalaciones en que se encuentre la autoridad que investiga el ilícito, - porque debe protestar el fiel y legal desempeño del cargo conferido. Asimismo, los que se encuentren presos o se hallen procesados. Los que hayan sido sentenciados de manera condenatoria en ilícitos cometidos por Abogados, patronos y litigantes (Artículos 160 del Código de Procedimientos Penales de la materia federal, 183 del Análogo -- del Estado de México. Así como en el capítulo segundo, - título décimo segundo del libro II del Código Penal: artículo 228 a 233, y numerales 135, 136 y 137 del Código - punitivo del Estado de México).

Fuera de los casos excluidos en las líneas anteriores, el sujeto activo del delito puede designar a personas de su confianza para que lo defienda, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en derecho, conforme a la ley -

que reglamenta 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 inculpado en todo lo que concierne a su adecuada - defensa.

Así pues, existe la prohibición para los procesados a los presos para que tengan el carácter de defensores, lo que implica una limitación a éstos, dada la situación jurídica en que se encuentran, esto aún cuando pudie ren tener la calidad de licenciados en derecho.

Por lo que hace a la prohibición de poder tener la calidad de defensores en nuestra materia, respecto a - los que hayan sido sentenciados de manera condenatoria en responsabilidades profesionales, delitos cometidos por Abogados, patrones y litigantes, esta situación consideramos que es correcta en virtud de que precisamente estos - delitos se refieren a la responsabilidad profesional que deben tener los licenciados en derecho y particularmente los defensores en una causa penal, y que indebidamente no la tienen, y a virtud de ella, han sido condenados por ta les delitos, circunstancia que puede probar cualquiera de las partes en el proceso.

En cuanto a que el defensor del sujeto activo -

designado no se encuentre en el lugar donde se desarro--
llan las diligencias del procedimiento penal, esto es por
que es necesaria su presencia para la realización de los
actos defensivos.

Por lo que hace a que no pueden ser defensores_
aquellos que carezcan de título de licenciado y de la au-
torización correspondiente por parte de los servidores pú-
blicos de profesiones, esto es correcto, porque son nece-
sarios los conocimientos jurídicos para poder efectuar --
una real defensa.

Igualmente, debemos mencionar otros requisitos_
en la capacidad subjetiva abstracta que debe reunir el de-
fensor de oficio, y que contemplan los reglamentos de la
defensoría de oficio, tanto a nivel federal, del Distrito
Federal, como en el Estado de México, siendo los siguien-
tes:

- 1.- Ser ciudadano mexicano.
- 2.- Poseer título de licenciado en derecho, con la salve-
dad de que si no existieren en el lugar que sean nece-
sarios se pueda dispensar este requisito.
- 3.- Estar en ejercicio de sus derechos civiles.
- 4.- Mayor de 25 años.
- 5.- Tener mínimo 2 años de ejercicio profesional.

La capacidad subjetiva concreta, también debe ser cubierta por las personas que han de desarrollar una función de defensa, y esta consiste en aquellos elementos que debe reunir el candidato a defensor a efecto de garantizar un verdadero papel de defensor. En este aspecto, - el artículo 514 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal establece en su fracción II que el defensor de oficio podrá excusarse: II.- Cuando el ofendido o perjudicado por el delito sea el mismo defensor, su cónyuge, sus parientes en línea recta, sin limitación de grado, o los colaterales consanguíneos o afines dentro del cuarto grado. Y nosotros agregaríamos, además, que si existiere algún motivo de rencor, venganza, odio etcétera del defensor hacia el sujeto activo del delito, aquél debería excusarse por no poseer la capacidad subjetiva concreta.

Es lamentable que respecto a la capacidad subjetiva concreta, relacionada a los atributos personales que debe reunir una persona para realizar un verdadero papel de defensor, como los estipulados en el artículo 514 antes citado, ni el Código procedimental penal federal ni - su análogo del Estado de México establezcan nada en cuanto este punto, debiendo realizarse una adición a los citados ordenamientos a efecto de establecer la capacidad en

mención.

La capacidad objetiva creemos que no es necesario agregar nada al respecto, pues sentimos que la establecimos en líneas anteriores, a las cuales remitimos al lector.

Pero consideramos que, independientemente de cubrirse los requisitos aludidos para la capacidad subjetiva y objetiva, debe, igualmente, para que el defensor realice actos de defensa, cubrir con el requisito de aceptar y protestar el nombramiento, de tal manera que deberá hacerlo ante el órgano o autoridad correspondiente tan luego como se haga saber su designación, y para que surta efectos se hará constar en el expediente respectivo.

3.6.- MOMENTO PROCEDIMENTAL DE INTERVENCION DEL DEFENSOR.

Como hemos establecido en párrafos anteriores, nuestros ordenamientos jurídicos ya establecen la intervención del defensor del sujeto activo, para los fines defensivos que contrarresten los embates del Estado ejercidos a través del Ministerio Público quien tiene el monopolio de la acción penal, desde la etapa de la averiguación previa, y esto lo encontramos, precisamente en las reformas efectuadas a los artículos 134 bis cuarto párrafo y 128 de los Códigos de procedimientos penales del Distrito

Federal y federal, respectivamente, y además, por darse, acuerdos y circulares de carácter administrativo emitidos por los correspondientes Procuradores generales de justicia, pero que son lineamientos breves a seguirse, citando que además, a nivel del Estado de México, el Código en la materia, únicamente establece que "cuando el detenido -- cuente con defensor las actuaciones le serán entregadas", lo que implica que efectivamente la figura del defensor puede darse desde la etapa de averiguación previa aunque legislativamente muy limitada. Situación que, en la vida real no ocurre, por las circunstancias que más adelante explicaremos.

Pero bien, si la figura del defensor dáse en la etapa de referencia preprocesal, ésta alcanza su magnitud en las etapas procedimentales que se llevan a cabo ante el órgano jurisdiccional, pues existen abundantes normas secundarias en torno a aquella figura o sujeto de la relación procesal, basadas ellas en lo estatuido en la fracción IX del artículo 20 de la Constitución general de la República.

EL DEFENSOR EN LA ETAPA DEL PROCEDIMIENTO PENAL: Averiguación previa: Como establecimos, en reformas efectuadas al numeral 134 bis cuarto párrafo del Código en la ma

teria para el Distrito Federal se vino a introducir la intervención del defensor a efecto de contrarrestar el sistema inquisitivo en el Distrito Federal, incluso se emitieron acuerdos de la Procuraduría General de Justicia -- del Distrito Federal, para hacer efectivo el derecho de -- defensa en la etapa procesal a la que aludimos, tales que fueron el A/56/81 y el A/01/91.

Por lo que hace al artículo 134 bis cuarto párrafo mencionado, éste textualmente dice:

Artículo 134 bis.- párrafo cuarto: "Los detenidos, desde el momento de su detención, podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de uno u -- otro, el Ministerio Público nombrará uno de oficio".

El presente artículo no es muy preciso en su redacción, debido a que se habla de la etapa de averigua---ción previa, y sin embargo, en el contenido del mismo se menciona la palabra Aprehensión, lo cual es muy impropio y nos parece que se remonta a las siguientes etapas del procedimiento penal, pues debemos citar que únicamente el 6rgano que dicta órdenes de aprehensión lo es precisamente el Juez, a petición del Ministerio Público investigador y siempre y cuando se han reunido los elementos medulares -- que son el cuerpo del delito y la probable responsabili--

dad de persona determinada, no teniendo facultad alguna - el representante social para emitirla, ya que el artículo 16 de la Constitución General de la República establece - que nadie podrá ser privado de su libertad.... si no en - virtud de mandamiento judicial, por lo que establecemos - que éste último no pertenece al Poder judicial sino más - bien al Poder ejecutivo y por consiguiente carece de fa- cultades para emitir una orden de aprehensión, por lo que es criticable tal redacción del precepto aludido.

Ahora bien, debemos mencionar que el Agente del Ministerio Público investigador lo que puede remitir son órdenes de detención y no de aprehensión, lo cual son cosas totalmente ajenas, y que en párrafos siguientes expli- caremos, y siempre que se trate de delitos flagrantes o - casos urgentes.

Por lo que hace a los términos detención y apre- hensión, diremos que la legislación establece una equiparación sinónima de los mismos, y así la Constitución Polí- tica del país habla de la orden de detención o aprehen- sión en los supuestos en donde se cumplen ciertos requisi- tos (artículo 16), también se dice que en los delitos fla- grantes cualquier persona puede detener o aprehender al - delincuente y a sus cómplices y en los casos urgentes la

autoridad administrativa puede decretar la detención o --
aprehensión de un sujeto activo del delito. Situación -
que así, igualmente, ocurre al simple repaso del conteni
do de los artículos: 267, 268, 269, 271, 272, 132, y si-
guientes, 285, 287 del Código en materia del Distrito Fe-
deral, y en el artículo 193 y siguientes del análogo fede-
ral, así como, también, en los numerales 152, 155, 156, -
157, 159 del respectivo del Estado de México.

Incluso existen teóricos del derecho que esta-
blecen que no es necesario hacer una separación tajante -
de los términos de detención y aprehensión, pues al ha---
blar de uno u otro, se establecen los mismos procedimien-
tos y condiciones, y que las consecuencias jurídicas no -
son distintas, y por lo cual no es peligrosa esta confu-
sión. Agregando, incluso, que solo debería hacerse dife-
rencial gramatical, donde la aprehensión sería una espe-
cie de género detención. La aprehensión sería el acto ma
terial, la ejecución real u objetiva de la detención, --
pues detención significa tanto la captura como la poste-
rior situación jurídica de privación de libertad, así di-
cen que siempre que existe una aprehensión existirá tam-
bién una detención, pues al sujeto que se le aprehende, -
ya sea mediante orden o en caso de delito flagrante o por
urgencia de la situación, se le está deteniendo y a par--

tir de ese momento y en tanto no se le resuelve su situación jurídica estará en calidad de detenido, agregando, - sin embargo que no siempre que exista una detención habrá una aprehensión.

Se habla más comunmente de orden de aprehensión y no de orden de detención porque lo que la autoridad está ordenando no es que un sujeto deba quedar bajo detención preventiva pues eso se determina por otros datos y - circunstancias y no por una simple orden, sino lo que se ordena es la captura, o sea, la privación material de la libertad física de un sujeto, y siendo así se acomoda más a esta situación el término aprehensión que el de detención. (75) agregando a este aspecto González Bustamante -- que "la aprehensión consiste en la acción de apoderarse - de una persona, de asegurarla para prevenir su fuga. La detención es el estado de privación de libertad que padece aquella persona". (76)

Pero nosotros insistimos que ambos términos de detención y aprehensión son términos totalmente distintos y que si bien es cierto nuestros ordenamientos tanto constitucionales, como procedimentales los toman como sinónimos nosotros en una verdadera técnica jurídica debemos diferenciarlos, y que los autores que se adhieren a la co-

(75) Cfr. basado principalmente en González Bustamante, Juan. Ob. cit., pp 110 a 116 y Briseño Sierra. Ob. cit. p. 211.

(76) Ob. cit., p. 114.

rriente antes aludida no toman en consideración el órgano que emite la orden tratándose de aprehensión o detención, ni la etapa del procedimiento penal en que se realiza, ni -- los casos de procedencia de una u otra, ni asimismo los - requisitos que deben satisfacer para su emisión.

Apoyando nuestra posición, respecto a que los - términos aludidos son distintos y no sinónimos, tenemos - que Don Guillermo Colín Sánchez y Guillermo Cabanellas di- cen que "La detención significa tanto la sujeción mate--- rial de una persona, como la permanencia de ésta en un lu- gar hasta que la autoridad gubernativa resuelva su liber- tad o procesamiento". (77)

La enciclopedia jurídica Omeba la considera co- mo la privación de la libertad de una persona para poner- la a disposición de un juez o autoridad competentes. Tec- nicamente es una medida transitoria que restringe la li- bertad de una persona, hasta en tanto una resolución judi- cial o de la autoridad que determine la detención, defina la situación jurídica causa de la misma". (78)

Por lo que notamos que se refiere a un acto - efectuado por una autoridad distinta de la judicial, pues es para que se prevea precautoriamente, para evitar que - el sujeto activo del delito se evada, y que pueda ser pa-

(77) Cabanellas, Guillermo. Diccionario enciclopédico de Dere- cho usual. Tomo III. Editorial Heliasta, Argentina, 1983 17a. edición, p. 222.

(78) Enciclopedia jurídica Omeba. Tomo VIII. Editorial Drakill. Argentina, 1978, p. 749.

ra ponerlo a disposición de un juez, por lo que tales hipótesis se refieren a autoridades distintas del órgano jurisdiccional, así como ante una etapa del procedimiento - distinta del proceso o instrucción, por lo que pensamos - que el término detención en el sentido técnico del procedimiento penal se va a referir a la que lleva a cabo la - autoridad administrativa: Ministerio Público o cualquier autoridad bajo su más estricta responsabilidad, cuando se trate de flagrante delito o caso urgente, por los efectos de evitar que se evada de la acción de la justicia el sujeto activo del delito. Ahora, nótese que es para los efectos, si es procedente, sea puesto a disposición del órgano jurisdiccional, por lo que nos vamos a referir a la etapa preprocesal. Asimismo, no se habla de que se hallan reunido los elementos medulares: cuerpo del delito y/o -- presunta responsabilidad, que van a ser necesarios para la orden que emita el Juez, aunado al pedimento del Ministerio Público, por lo que pensamos que son términos totalmente distintos.

Detención "debe entenderse la medida precautoria establecida en beneficio de la sociedad, por virtud de la cual se priva de la libertad al sujeto activo en un procedimiento penal cuando se le imputa la comisión de un delito y por ello existe la presunción de que intentará -

evadir la acción de la justicia o entorpecer los fines -- del proceso punitivo'. (79)

El diccionario enciclopédico de Derecho usual - la define como la privación gubernativa o disciplinaria - de la libertad, como medio de contribuir a la investiga-- ción de un delito". (80)

También la detención ha sido establecida como - "la medida cautelar debido a su gravedad, tiende a la pri vación de la libertad física del indiciado a fin de asegur ar si ha lugar o no a la prisión preventiva". (81)

Por consiguiente, la detención será la priva--- ción de la libertad sin orden de autoridad judicial escrit a ordenada por el Ministerio Público, misma que se dá en casos urgentes y bajo su más estricta responsabilidad, -- cuando no existe en el lugar ninguna autoridad judicial - que pueda expedirla y siempre que se trate de delitos per seguibles de oficio.

Asimismo, hemos de citar que, el término APRE-- HENSION, viene del origen latín que implica la idea de -- "coger o asir alguna persona o cosa, para retenerla) del_ latín aprehensio, derivado del verbo aprehendere, asir, - tomar". (82)

(79) Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. cit., Tomo III, p. 275

(80) Citado por Cabanelas, Guillermo. Ob. cit. p. 223.

(81) García ramírez, Sergio. Ob. cit., p. 468.

(82) Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo I. p. 742.

Y tomando en consideración nuestros ordenamientos procedimentales, la orden de aprehensión es la determinación que emite la autoridad jurisdiccional en una -- causa penal cuando en actuaciones se encuentran comprobados los elementos medulares: del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, cuando existe un requisito de procedibilidad comprobado y siempre que se trate de delitos que traigan aparejada una sanción privativa de libertad y a petición del Ministerio Público.

O bien, "la aprehensión debe ser liberada por autoridad competente en forma fundada y motivada, debe estar presidida por denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal". (83)

Por lo que llegamos a concluir que la orden de aprehensión siempre la va a emitir el juez u órgano jurisdiccional en las etapas del procedimiento que se ventilan ante su presencia, y no en la etapa de averiguación previa, por lo que si la emite el Ministerio Público investigador éste carece de facultades legales para hacerlo por tratarse de autoridad administrativa y no judicial. Por consecuencia, pensamos que existen diferencias en los términos aludidos.

(83) Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. cit., p. 478.

DETENCION

Puede ser realizada por:

- a) Cualquier cuerpo policíaco
- b) Ministerio Público
- c) Cualquier autoridad bajo -
su más estricta responsabi-
lidad.
- d) Cualquier persona tratándo
se de delitos perseguibles
de oficio.

CASOS

- a) Casos urgentes.
- b) Flagrante delito.

AUTORIDAD RESPONSABLE

Ministerio Público investiga-
dor.

ETAPA DEL PROCEDIMIENTO

PENAL

APREHENSION

Puede ser realizada por:

- a) Policía judicial por or-
den judicial y a peti--
ción del Ministerio Pú-
blico, cuando se reúnen
los elementos medulares
del artículo 16 Consti-
tucional.

CASOS

- a) Al integrarse cuerpo
del delito y proba--
ble responsabilidad_
y después de ejerci-
tarse la acción penal

AUTORIDAD RESPONSABLE

Organo jurisdiccional.

ETAPA DEL PROCEDIMIENTO

PENAL

Averiguación previa

Después de la averiguación
previa.

Por lo anteriormente expuesto, pensamos que los términos detención y aprehensión no son sinónimos aunque varios de nuestros ordenamientos así lo consideran. Por ello opinamos que por lo que hace al término aprehensión utilizado en el numeral 134 bis cuarto párrafo del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal es equivoco o poco afortunado.

Pero bien, si hemos establecido que el numeral de referencia hace alusión a la etapa preprocesal, como podrá verse se podrá nombrar persona de confianza del sujeto activo o abogado que se encargue de su defensa. Aunque de nueva cuenta encontramos, otro problema, que indica que -- desde el momento de su aprehensión, o como establecimos -- más afortunada la redacción del artículo 128 del Código federal en la materia ya que hace alusión a la palabra detención y no aprehensión, por lo que nos preguntamos qué pasará cuando el sujeto activo tenga que emitir declaración en un expediente de averiguación previa y no se encuentre privado de su libertad, sino que sea citado para hacerlo sin restringirle su libertad?. ¿En qué casos tendrá facultades para designar defensor en la averiguación previa?.

En realidad, aunque, igualmente, el acuerdo antes citado estableció que el defensor y el indiciado podrían ofrecer pruebas, en la práctica no resulta aplicable y su intervención.." se concretará a la de vigilar -- que la declaración que rinda su defenso sea la correcta, y que su emisión es sin coacción alguna. El defensor, en esta fase, no podrá aleccionar al sujeto activo del delito, pues desvirtuaría los primeros indicios con los que cuenta el agente investigador del Ministerio Público en descubrir la verdad histórica de un hecho presumiblemente delictoso". (85)

En este aspecto de nueva cuenta, debemos citar que es más afortunada la redacción del artículo 128 del Código de Procedimientos Penales federal ya que éste establece que el defensor podrá ofrecer pruebas, aunque con la salvedad de que se desahogarán si así lo estima prudente el representante social investigador.

Debemos hacer notar que, por no establecerlo -- los artículos 134 bis cuarto párrafo y 128 de los Códigos en la materia del Distrito Federal y federal, respectivamente, y por carecer de guías administrativas en este sentido como lo son los acuerdos y circulares de las Procuradurías generales de justicia, al defensor no se le podrá

(85) Arriaga Flores, Arturo. Ob. cit., p. 379.

dar acceso al expediente de averiguación previa, ni a que el representante social le indique las diligencias a practicar por lo que de nueva cuenta caemos en la característica de "secreto" del sistema inquisitivo.

Ante las reformas efectuadas a los numerales citados, y a la emisión de los acuerdos A/56/81 y A/01/91, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, el reglamento de defensores de oficio se tuvo que reformar para crear una llamada defensoría de oficio que dependerá del Departamento del Distrito Federal para sí hacer realidad la última parte del artículo 134 bis cuarto párrafo y 128 de los Códigos procedimentales penales del Distrito Federal y federal, respectivamente, pues en caso de que el sujeto activo no designare defensor se le debería nombrar uno de oficio y por virtud de que éste debería pertenecer a dependencia distinta del monopolizador de la acción penal, debía crearse un cuerpo en este sentido, tal que así se realizó, porque la función de defensor de oficio la realizaban, antes de la creación del cuerpo de defensores adscritos a las agencias investigadoras del Ministerio Público, los llamados orientadores legales que era un organismo surgido dentro de la estructura del poder administrativo: Ministerio Público y que dependía de orientación social, donde prestaban servicio social dife-

rente personas que no posean la capacidad o experiencia para "defender" al sujeto activo del delito.

Por otra parte, hemos de precisar que, igualmente, la intervención del defensor en la etapa de averiguación previa es estatuida en el artículo 270 del Código -- distrital en la materia, el cual dice:

Artículo 270.- "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..".

Por lo que hace a la materia federal, también, dase la intervención del defensor en la etapa de averiguación previa, ya que así se prevé en el artículo 128 párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales federal, que a la letra dice:

Artículo 128 párrafo tercero.- "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, y el Ministerio Público hará la consignación si están satisfechos los requisitos para -

el ejercicio de la acción"

Por lo que con el citado artículo, de nueva -- cuenta se confirma la presencia del defensor del sujeto - activo del delito en la etapa de la averiguación previa, - dándose la siguiente hipótesis:

1.- Que tiene mejor terminología refiriéndose a detenido_ y no aprehendido, como lo hace erróneamente el numeral -- del Distrito Federal mencionado.

Lo que implica que el defensor sólo podrá ac--- tuar cuando el sujeto activo se le limite su libertad, no operando cuando se encuentre en libertad y tenga que de-- clarar en un expediente de averiguación previa. Al res-- pecto, debemos dejar asentado que no existe ningún acuer- do o circular de la Procuraduría General de la República, que aclare más bien permita la intervención del defensor_ cuando el sujeto activo no esté detenido.

2.- Que el defensor o sujeto activo del delito en la eta- pa de averiguación previa, pueden ofrecer pruebas que -- acredite lo manifestado por éste último. Situación que - es potestativa ya que puede hacerlo o no hacerlo.

Dándose el requisito que debe realizarse oportu- namente.

3.- Que las pruebas ofrecidas por el defensor o sujeto activo del delito se desahogarán al prudente criterio del - funcionario del Ministerio Público que practique las diligencias de averiguación previa.

4.- Si no se practicare el desahogo de las pruebas ofrecidas por el defensor o el sujeto activo del delito, el Ministerio Público les reservará sus derechos para que se - realicen ante la presencia del Órgano jurisdiccional.

5.- Que las pruebas aportadas por el defensor o el sujeto activo del delito serán tomadas en consideración para la emisión de la resolución respectiva.

Por lo que, afirmamos, es más afortunada la redacción del numeral 128 párrafo tercero del Código en la materia federal, aunque limita la intervención del defensor a cuando se encuentre DETENIDO el sujeto activo del delito, no operando en situaciones distintas a ésta. Por otra parte, se pueden ofrecer pruebas, pero el desahogo - queda al prudente criterio del servidor público que practique las diligencias de averiguación previa. Asimismo, - el contenido del numeral aludido no establece si puede tener acceso al expediente de averiguación previa, el defensor, por lo que pensamos que no deberá tener acceso al - mismo, ni a que el representante social le notifique las

diligencias de averiguación previa ha de practicar.

En cuanto a la legislación que rige en el Estado de México, solamente contamos con el artículo 127 del Código de Procedimientos Penales vigente en la entidad, y de cuyo contenido se puede afirmar que si dáse la intervención de la figura del defensor del sujeto activo del delito, pero sólo cuando éste se encuentre detenido, aunque la redacción es muy deficiente, siendo urgente una reforma en torno al mismo.

El artículo de referencia textualmente establece:

Artículo 127.- "El Ministerio Público, en las diligencias de averiguación previa, podrá emplear todos los medios mencionados en el capítulo V del Título V, sin más excepciones que las establecidas en este Código o en otras leyes. Dichas diligencias se practicarán secretamente y sólo podrá tener acceso a ellas el defensor del detenido, en el caso de que lo hubiere. El funcionario que quebrante el secreto será destituido de su cargo por el Procurador general de justicia del Estado".

Como observamos del contenido del precepto que líneas arriba reproducimos, del mismo se desprende, de manera rústica, la intervención del defensor, al establecerse que sólo podrá tener acceso a.. las diligencias.. el defensor del detenido, en el caso de que lo hubiere". Si

tuación que realmente no se da pues por no existir otra - regla que la complemente no se lleva a cabo. no permitien- do los agentes del Ministerio Público investigador, el ac ceso a los defensores en esta primera etapa del procedi- miento penal, argumentándose que existe el carácter secre to en esta etapa del procedimiento penal.

Debemos hacer notar que, no se sabe exactamente en qué etapa, dentro de la averiguación previa, podrá in- tervenir el defensor del sujeto ¿Qué requisitos deben com plementarse a efecto de ostentarse el cargo de defensor?. ¿Cuáles serán las funciones del defensor?.

Lo único que podemos afirmar es que sí podrá -- darse la figura del defensor del sujeto activo del delito pero solamente cuando éste se encuentre con la calidad de detenido, es decir, desde el preciso instante en que le - sea restringida su libertad a aquél el defensor podrá en- trar a fungir. No pudiendo darse la intervención del de- fensor, cuando no se encuentre el activo del delito en li bertad.

Ahora bien, dentro de las facultades que se le conceden al defensor, únicamente existe la respectiva a - que se le pueda dar acceso a las diligencias de averigua- ción previa, sin concedérsele ninguna otra facultad, como

podría ser la de estar presente en la diligencia en que - le recabe su declaración al posible infractor de la norma penal, o bien a estar presente en las demás diligencias, - o aún a ofrecer pruebas, por lo que el actuar del defen-- sor se encuentra muy restringida, concretándose sólo a -- que pueda tener acceso a las actuaciones, pero esta facultad de qué le serviría si se le está imposibilitando para realizar alguna otra tarea, o de actos defensivos a favor del activo del ilícito.

Debemos hacer notar que, en la primera etapa -- del procedimiento penal, solamente existe el artículo 127 del Código en la materia, referente a la intervención del defensor del sujeto activo del delito, pues las demás reglas procedimentales se refieren a las siguientes etapas_ que se desarrollan ante el órgano jurisdiccional. Pero - asimismo, del contenido del Reglamento de la Defensoría - de Oficio que rige en el Estado de México, no se hace alusión a regla alguna referente a su intervención en la etapa preprocesal, y tampoco se han emitido acuerdos o circulares de parte del Procurador general de justicia en el - Estado a efecto de dar reglas a seguirse en el caso del - precepto en estudio, lo que invalida, totalmente, la intervención del defensor en esta etapa. Siendo nugatoria_la defensa del sujeto activo del delito en el Estado de -

México en la etapa preprocesal.

Por lo que hace a las siguientes etapas del procedimiento penal, podemos decir, que dáse con plenitud la figura del defensor, desde el preciso instante en que el sujeto activo del delito realice la designación respectiva, y el defensor acepte y proteste cumplir fielmente el cargo conferido; así lo establece la Constitución General de la República en su numeral 20 fracción IX, como en los Códigos procedimentales penales del Distrito Federal, federal y del Estado de México, previéndose que desde la declaración preparatoria el sujeto activo podrá nombrar defensor y si se reservará el derecho para hacerlo, o bien no tuviere persona de confianza que le asista, se le nombrará un defensor por parte del Estado, pero en todo momento de los actos que se celebren ante el órgano jurisdiccional el infractor de la norma deberá contar con la asistencia de un defensor que contrarreste los embates de la acusación. En este sentido, se conducen los artículos 69 y 86 de los códigos procedimentales penales del Distrito Federal y federal, respectivamente al decir:

Artículo 69.- "En todas las audiencias el acusado podrá defenderse por sí mismo o por personas que nombre libremente.

El nombramiento de defensor no excluye el derecho de defenderse por sí mismo. El juez o presidente de la audiencia preguntará siempre al -

acusado, antes de cerrar el debate, si quiere - hacer uso de la palabra, concediéndose en caso afirmativo.

Si algún acusado tuviere varios defensores, no se oirá más que a uno en la defensa y al mismo u a otro en la réplica".

Artículo 86.- "Las audiencias serán públicas y en ellas el inculcado podrá defenderse por sí mismo o por su defensor.

El Ministerio Público podrá replicar cuantas veces quisiere, pudiendo la defensa contestar en cada caso.

Si el acusado tuviere varios defensores, no se oirá más que a uno de ellos cada vez que toque hablar a la defensa. Cuando intervinieren varios Agentes del Ministerio Público, sólo se oirá a uno de ellos cada vez que corresponda intervenir al Ministerio Público".

Por su parte, el Código de Procedimientos Penales del Estado de México, igualmente, previene la intervención plena del defensor en las etapas procedimentales que se desarrollan ante el órgano jurisdiccional, y así tenemos que el artículo 76 establece:

Artículo 76.- "Las audiencias serán públicas y en ellas el inculcado podrá defenderse por sí mismo, o por su defensor.

El Ministerio Público podrá replicar cuantas veces quisiere, pudiendo la defensa contestar en cada caso.

Si el acusado tuviere varios defensores no se oirá más que a uno de ellos en cada vez que corresponda a la defensa. Lo mismo se hará cuando intervinieron varios agentes del Ministerio Público".

También, el artículo 80, precisa: "Durante la audiencia el inculcado podrá comunicarse con sus defenso-

res, pero no con el público".

Y el artículo 182 precisa que: "El Juez tendrá la obligación de hacer saber al detenido, en el acto de la declaración preparatoria.

IV.- El derecho que tiene de defenderse por sí mismo o para nombrar persona de su confianza que lo defienda, advirtiéndole que si no lo hace, el Juez le nombrará un defensor de oficio.

Si fueren varios los defensores, están obligados a nombrar un representante común o, en su defecto, lo hará el Juez si éstos o el acusado no lo verificaren dentro del término de 3 días.

Si la persona designada defensor no es Abogado con título legalmente registrado, se le requerirá para que designe además, a quien lo sea, para que asesore técnicamente al defensor no Abogado. Si no lo hace, el Juez le designará al de oficio para tal efecto, quien siempre deberá tener título".

Como hemos establecido, en nuestra legislación, tanto en las esferas federal, distrital y del Estado de México, se han sentado bases para que el defensor intervenga desarrollando actividades en favor del sujeto acti-

vo, aunque en esta última entidad federativa es muy raquí-
tica y con deficiencia técnica, en la etapa de la averi-
guación previa, y aún más existen abundantes preceptos -
que sí establecen la presencia del defensor en las etapas
procedimentales que se ventilan ante el órgano jurisdic-
cional, con mayor plenitud, ¿pero cuáles son las activida-
des que en general desarrolla el defensor?.

Pues bien, éstas se podrían resumir de la si-
guiente manera:

- 1.- Aceptar el cargo conferido de defensor de un sujeto -
activo.
- 2.- En la etapa preprocesal sería:
 - a).- Estar presente en la emisión de la declaración inda-
gatoria que realiza el indiciado, a efecto de verifi-
car que se asiente lo que realmente declara, y que -
se emite sin coacción alguna.
 - b).- En materia federal, ofrecer pruebas que estime perti-
nentes.
 - c).- Vigilar que se le concedan los beneficios a que ten-
ga derecho el sujeto activo del delito en la primera
etapa del procedimiento penal.
- 3.- Pero asimismo, en las siguientes etapas del procedi-
miento penal el defensor podrá realizar las siguien-

tes actividades:

- a).- Solicitar la libertad caucional del sujeto activo -- del delito en los términos del artículo 20 fracción I de la Constitución general de la República.
- b).- Promover las pruebas conducentes en defensa del sujeto activo.
- c).- Dirigir en su defensa al sujeto activo del ilícito.-
- d).- Asistir al sujeto activo en las diligencias del proceso que señale el Juez.
- e).- Formular todas las promociones que sean conducentes para la tramitación regular del proceso.
- f).- Interrogar a los testigos que depongan en contra de su defenso.
- g).- Interrogar al ofendido en relación a las declaraciones vertidas ante el Ministerio Público en la averiguación previa, para la defensa del procesado.
- h).- Formular las conclusiones del inculpado dentro del término que señale la ley.
- i).- Interponer los recursos que procedan en los términos que marque la ley, cuando las resoluciones del juzgador sea desfavorable a su defenso.
- j).- Expresar los agravios que procedan en la tramitación del recurso de apelación que haya promovido en contra de una resolución del Juez que sea desfavorable.

a los intereses del sujeto activo.

k).- Interponer los incidentes que señale la ley a favor_ del sujeto activo del delito, cuando así proceda.

C A P I T U L O : I V**INOPERANCIA DEL ARTICULO 127 DEL CODIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE
MEXICO RELATIVO A LA FIGURA DEL DEFENSOR.**

- 4.1.- Los derechos subjetivos públicos del sujeto activo del delito.
- 4.2.- El sujeto activo del delito y el defensor.
- 4.3.- Momento de intervención del defensor en el procedimiento penal en el Estado de México.
- 4.3.1.- Análisis del contenido del artículo 127 del Código de Procedimientos Penales.
- 4.3.1.1.- Designaciones que realiza el sujeto activo del delito en relación con el defensor.
- 4.3.2.- La averiguación previa y el defensor en el Estado de México.
- 4.3.2.1.- Ausencia de normas procedimentales que rijan la actuación del defensor en la averiguación previa.
- 4.3.2.1.1.- Sistema procedimental que se aplica.
- 4.3.2.2.- Facultad concedida al defensor de tener acceso al expediente de averiguación previa.
- 4.3.2.3.- Incongruencia de la redacción del numeral 127 - del Código de Procedimientos Penales.

4.3.3.- Propuesta personal.

4.3.3.1.- Reforma al numeral 127 del Código de Procedimientos penales del Estado libre y soberano de México.

C A P I T U L O : IV.
INOPERANCIA DEL ARTICULO 127 DEL CODIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO
DE MEXICO RELATIVO A LA FIGURA DEL DEFENSOR.

Atento a lo establecido en los capítulos que anteceden en el presente tema recepcional, y motivado por virtud de que en la legislación del Estado de México, en la práctica, no es operable la figura del defensor en la etapa preprocesal: Averiguación previa, debido a la ausencia de una verdadera norma que lo prevea, aunque exista - el rústico precepto 127 del Código procedimental penal, y con la finalidad de intentar se realice una reforma al - mismo que establezca la incorporación clara del sujeto - procedimental aludido, es por ello que en el presente título haremos un estudio de que sí es posible su incorporación legislativa y así intentar seguir rompiendo el sistema inquisitivo que predomina en esta fase del procedimiento penal en la entidad federativa aludida.

4.1.- LOS DERECHOS SUBJETIVOS PUBLICOS DEL SUJETO ACTIVO_
DEL DELITO.

En este punto, nos hemos de referir a los Derechos subjetivos públicos en lugar de garantías individuales, por virtud de que tanto la Constitución Política de

los Estados Unidos Mexicanos, como la particular del Estado de México, en realidad, lo que contemplan en sus primeros artículos no son garantías sino más bien derechos, - por los argumentos que estableceremos.

"Parece ser que la palabra "garantía" proviene del término anglosajón "Warranty" o "Warantie", que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant). Por lo que tiene una connotación - muy amplia. "Garantía" equivale, pues, en su sentido lato, a "aseguramiento" o "afianzamiento", pudiendo denotar también "protección", "respaldo", "defensa", "salvaguardía" o "apoyo". Jurídicamente, el vocablo y el concepto "garantía" se originaron en el derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas.

En el derecho público, según afirmación de Sánchez Viamonte, la palabra garantía y el verbo garantizar son creaciones institucionales de los franceses y de -- ellos las tomaron los demás pueblos en cuya legislación aparece desde mediados del siglo XIX.

El concepto "garantía" en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones en favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructura

da y organizada jurídicamente, en que la actividad del go
bierno está sometida a normas pre-establecidas que tienen
como base de sustentación el orden constitucional. De es
ta guisa, se ha estimado, incluso por la doctrina, que el
principio de legalidad, el de división o separación de po
deres, el de responsabilidad oficial de los funcionarios_
públicos, etcétera, son garantías jurídicas estatuidas en
beneficio de los gobernados, afirmándose también que el -
mismo concepto se extiende a los medios o recursos ten-
dientes a hacer efectivo el imperio de la ley y del dere-
cho". (86)

"La doctrina no se ha podido poner de acuerdo -
en la acepción estricta y específica que debe tener el -
concepto de "garantía" en el derecho público, y, especial-
mente, en el constitucional. La diversidad de definicio-
nes o de opiniones sobre lo que debe entenderse por "ga--
rantía" obedece a que sus autores toman la idea respec-
tiva en su sentido amplio o lato, es decir, con la sinoni-
mia a que nos hemos referido, sin contraerla al campo don-
de específicamente debe ser proyectada, o sea, al de las
relaciones entre gobernantes y gobernados. Además, den-
tro de la amplitud del término "garantía" los doctrinados
enfocan la definición de este concepto desde diferentes -
puntos de vista, sugiriendo ideas confusas o demasiado -

(86) Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Po-
rrúa, S.A. Décima tercera edición. México, 1980. pp.159 y
160.

generales". (87)

"El distinguido maestro Don Alfonso Noriega Cantú, identifica a las garantías individuales con los llamados "derechos del hombre", sosteniendo que estas garantías son derechos naturales, inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas, que el estado debe reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico y social, que permite el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social".

"Discrepamos de esta concepción, pues aún aceptando la idea de que existan "derechos naturales" del ser humano y no meras potestades naturales del hombre que al reconocerse por orden jurídico positivo se convierten en DERECHOS PUBLICOS SUBJETIVOS (que es nuestra opinión), esos derechos se asegurarían o preservarían por las garantías establecidas por la Constitución o por la ley. De ahí que no es lo mismo el elemento que garantiza (garantía) que la materia garantizada (derecho humano). Además, las garantías denominadas impropriadamente "individuales" no se consignan únicamente para el hombre o persona física, ni sólo protegen sus "derechos" sino que se extienden a todo ente jurídico, distinto del ser humano en cuanto --

(87) Idem. p. 160.

tal, que se encuentre en la situación de gobernado. La - identidad que proclama el maestro Noriega deja fuera del concepto de "garantía individual" las que la Constitución implanta para las personas morales de diferente índole, - que en substancia no son hombres, aunque están formados - por ello.

En atención a las diversas acepciones del vocablo y de la idea "garantía" dentro del campo del derecho, nosotros prescindiremos de los múltiples significados que tienen, para contraer el concepto respectivo a la rela--- ción jurídica de supra o subordinación de que vamos a hablar, y de la que surge el llamado "derecho público subje tivo" del gobernado y que equivale, en cierta medida, al derecho del hombre "de la Declaración francesa de 1789 y de nuestra Constitución de 1857.

Por consiguiente, el derecho en su aspecto sub- jetivo siempre reclama la existencia de una obligación co rrelativa. Un derecho sin un sujeto frente a quien se -- ejercite o pueda ejercitar obligatoriamente, no merece el calificativo de tal. El derecho subjetivo no es una sim-- ple facultad, o potestad sino una facultad o potestad o-- bligatoria que puede ser violada, imperativa y coercitiva. Así por ejemplo, tomando en consideración el acertado --

ejemplo que nos proporciona el licenciado Jesús Castillo Sandoval (88) estableceremos que no son garantías sino de de rechos subjetivos públicos, debido a que si a Juan Pérez encontrándose saliendo de un examen profesional, agentes de la Policía Judicial proceden a detenerlo sin existir - expediente de averiguación previa, u orden de aprehensión la ley no le estaría asegurando lo establecido en la Cons t t i t u c i o n l i c i o n, sino que únicamente habrá preceptuado un dere ch o que posee aquél de no ser privado de su libertad sino solamente en caso de haber cometido un delito en flagran cia o caso urgente, o por orden de aprehensión, y si no se cumple con esto no se podría hablar de garantía lo que im p l i c a, que existiría certeza en que lo establecido en la ley no se podría violar por lo que al violarse no consti t u y e garantía sino más bien un derecho público subjetivo, como acertadamente establecen nuestros maestros Doctos Ig n a c i o B u r g o a y licenciado Jesús Castillo Sandoval.

Entre los derechos subjetivos públicos que en general, se pueden mencionar y que deben operar a favor del sujeto activo de un delito encontramos:

"1.- No ser privado de su libertad, sino mediante orden de aprehensión, o detención (en este último caso cuando se trate de caso urgente o flagrante) fundada en denuncia

(88) Ejemplo proporcionado por el licenciado Jesús Castillo Sandoval, en la impartición de sus clases de Garantías y Amparo.

acusación o querrela de un hecho determinado que la ley - castigue con pena privativa de libertad y que se encuen-- tre apoyada por declaración de persona digna de fé o por__ otros datos que hagan probable su responsabilidad, hecha__ excepción de los casos de flagrante delito o en casos ur- gentes.

2.- No ser privado de la libertad, propiedades, posesio- nes o derecho sino mediante previo juicio en el cual se - cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y - conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

3.- No ser aprehendido por deudas de carácter civil.

4.- Ser puesto en libertad cuando solo exista la simple - imputación directa de un hecho delictivo y aquella no es- té apoyada por otros elementos probatorios que hagan pro- bable su responsabilidad.

5.- Encontrarse en instalaciones decorosas de detención - que garanticen su salud.

6.- Encontrarse recluido en sitios destinados a cada eta- pa del procedimiento. En la etapa del proceso en prisio-- nes preventivas; y al encontrarse cumpliendo una pena, en lugares destinados específicamente a la extinción de la - pena. Así como, separación de lugares de detención para mujeres y hombres.

- 7.- No ser obligado a trabajar en los lugares de detención preventiva.
- 8.- No pagar servicio alguno, en administración de justicia, que el Estado otorgue gratuitamente.
- 9.- No ser sujeto de cobro o contribución o cualquier gabela en las cárceles.
- 10.- Tener un trato digno y decoroso.
- 11.- No ser maltratado, ni sujeto a azotes, palos, tormentos de cualquier especie.
- 12.- No ser compelido a declarar en su contra, y no ser incomunicado.
- 13.- Tener derecho a nombrar defensor.
- 14.- No podrá obligársele a admitir convenio en que pacte su proscripción o destierro.
- 15.- Podrá ejercitar el derecho de petición, siempre que éste sea formulado por escrito, de manera pacífica y respetuosa, teniendo la obligación el servidor público, a quien vaya dirigida la petición de emitir acuerdo por escrito y hacerlo conocer en breve tiempo a aquél.
- 16.- Inmediatamente que lo solicite ser puesto en libertad bajo caución, cuando así proceda.
- 17.- En el Distrito Federal, en la averiguación previa, -

tener derecho al arraigo domiciliario cuando proceda.

18.- No será sometido a ningún registro de identificación criminal que afecte su dignidad humana, en los casos de delitos por imprudencia a los que pueda corresponder una sanción privativa de libertad corporal no mayor de 5 años

19.- En los delitos de querrela necesaria, tiene derecho, el sujeto activo del delito, a aceptar o no el perdón que le concede la parte legitimada a fin de extinguir la acción penal, es decir, se deja a la discreción del inculpado resolver si acepta el perdón o prefiere por considerar lo procedente que el juicio continúe.

20.- En los delitos de querrela necesario, tiene derecho a alcanzar el perdón que se conceda a uno de los co-delincuentes, siempre y cuando el ofendido o legitimado para otorgarlo ya hubiere obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos privados.

21.- El derecho a que se le reconozca a su favor la prescripción, que así opere, de la acción penal o de las sanciones.

22.- Ser consignado, cuando se encuentren reunidos los extremos que marca el artículo 16 Constitucional: cuerpo del delito y presunta responsabilidad, de inmediato ante el órgano jurisdiccional a fin de que éste le resuelva su

situación jurídica.

23.- Dentro de las 48 horas siguientes a su consignación, a la justicia se le hará saber el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la misma, a fin de que conozca - bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contes-
tar el cargo, rindiendo su declaración preparatoria.

24.- No encontrarse detenido, cuando esté a disposición - del órgano jurisdiccional por más de 3 días, sin que se - justifique la detención con auto de formal prisión debida-
mente fundado y motivado de conformidad a lo preceptuado_ en el artículo 19 Constitucional.

25.- Ser procesado por los delitos señalados en el auto - de formal prisión.

26.- Tendrá derecho a que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

27.- Tendrá derecho a aportar todas las pruebas que ofrez-
ca en el procedimiento.

28.- Será careado con los testigos que depongan en su con-
tra.

29.- Tendrá el derecho a ser juzgado antes de 4 meses en
ilícitos cuya pena máxima no exceda de 2 años de prisión_
y antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiem-
po.

30.- Tiene derecho a que al ser juzgado se apliquen los fines específicos del proceso penal en las doctrinas modernas. Es decir, que se llegue a la verdad histórica del hecho delictuoso y al estudio de su personalidad, a efecto de concretizar la sanción.

31.- Ser juzgado por los tribunales y leyes previamente establecidas, anteriores a la comisión del hecho delictuoso.

32.- A que no se le imponga pena alguna por simple analogía o por mayoría de razón, que no se encuentre decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

33.- Le sean concedidos los sustitutos que prevea la ley, cuando reuna los requisitos necesarios, a criterio del juzgador o de la autoridad ejecutiva, tales como conmutación de la pena, condena condicional, libertad preparatoria, tratamiento en libertad o en semilibertad, etcétera.

34.- El derecho a que cuando aparezca que el sentenciado es inocente, se le reconozca tal inocencia.

35.- A que se le rehabilite, al condenado que ha cumplido con la sanción, en sus derechos civiles, políticos, familiares, privados por virtud de sentencia decretada en un proceso.

36.- No ser sujeto pasivo del contenido de tratados para la extradición de reos, cuando se violen sus derechos subjetivos públicos.

37.- Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstas en el artículo 18 Constitucional. Así como los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al País de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto". (89)

4.2.- EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO Y EL DEFENSOR.

CONCEPTO DE SUJETO ACTIVO DEL DELITO.

Es la persona física, con capacidad de entender y querer que se ha colocado en el supuesto legal establecido en la norma como delito. O bien, es la persona física, con capacidad de entender y querer que mediante un hacer o un no hacer entra en la comisión de un hecho delictuoso.

Para ser sujeto de derecho es necesario men

(89) Arriaga Flores, Arturo. Ob. cit., pp. 162 a 172.

cionar que sólo, pueden tenerse como tales a "aquellos -- que poseen naturalmente capacidad de querer y de obrar. - Estos requisitos psicológicos esenciales se encuentran ante todo en el hombre. El posee en sí las condiciones naturales para su propia actividad; es capaz de imponerse a sí mismo y a otros una dirección y un límite de obrar; -- puede exigir, pretender un comportamiento de los demás; y a su vez reconocerse sometido a una obligación. Por lo - cual podemos afirmar la máxima de que todo hombre es sujeto de derecho, en cuanto tiene naturalmente una capacidad de querer y de determinarse con respecto a otros". (90)

En las distintas etapas del procedimiento - penal, la terminología a aplicarse al sujeto activo del - delito variará, así en :

La averiguación previa se le debe llamar indiciado, porque la palabra "indicio" significa dato aparente que informa sobre la existencia de algo; y por virtud de que el agente del Ministerio Público labora con indicios para llegar a la verdad histórica de un hecho presumiblemente delictuoso.

Al ejercitar acción penal, al sujeto activo del delito se le debe denominar, a partir del auto de formal prisión o sujeción a proceso, procesado.

Al formular conclusiones acusatorias el Ministerio Público adscrito al juzgado se le llamará acusado hasta que se dicte sentencia.

Quando la resolución judicial causare estado se le denominará reo.

Así pues:

Indiciado.- Es la persona contra la cual existen signos - aparentes de haber cometido un ilícito.

Presunto responsable.- Es la persona física en contra de quien existen datos suficientes para hacer probable su participación en un delito.

Imputado.- Persona física a quien se atribuye un hecho delictuoso.

Inculpado.- Persona física a quien se atribuye participación en un ilícito.

Encausado.- Persona física que se encuentra siendo procesada.

Acusado.- Persona física contra quien se ha formulado una acusación.

Condenado.- Persona física a quien se le ha formulado o impuesto una pena.

Ahora bien, que hemos referido lo que debe

entenderse por sujeto activo del delito, así como las diferentes denominaciones que se adoptan al mismo, acorde a la etapa del procedimiento penal, y atento a que hemos de finido 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 una finalidad de interés público y no solamente para el patrocinio del interés particular". Hemos de establecer la singular comu nión que se da entre ambas figuras jurídicas, principalmente en la etapa de la averiguación previa, motivo de -- nuestro tema recepcional.

El sujeto activo del delito desde el preciso instante en que efectúa una conducta de las denominadas delictuosas se va a encontrar en desventaja respecto del aparato estatal, ya que éste va a tener facultades, desde aquél instante, para los efectos de investigar el ilícito cometido, pudiendo hacer uso de todos los medios humanos y materiales a su alcance, y teniendo amplias facultades para solicitar la imposición de una sanción en contra de aquél, solicitar órdenes de aprehensión o de de tención, que como hemos visto no son lo mismo, y en tanto que el Estado contará con toda una infraestructura, el po bre sujeto activo del delito solamente contará con los --

recursos que tenga a su alcance contra todo el poderío - del Estado, quien contará con infinidad de peritos en derecho que intentarían se cumpla con lo preceptuado en la ley. Por ello, si al sujeto activo del delito se le dirijan acciones para los efectos de imponerle la sanción respectiva, ante el principio de legalidad que existe en México, por lo menos debe contar con una persona que realice actos defensivos intentando cotrarrestar las acciones del Estado, y esto es por justicia, pues si dáse un órgano de acusación, debe haber uno de defensa, que también - posea conocimientos en la ciencia jurídica, aunque no los recursos abundantes que posee el Estado, pero que por lo menos pueda dirigir esa asistencia al infractor de la norma penal, para los efectos de hacer se cumpla lo preceptuado en el artículo 14, en su segundo párrafo, de la -- Constitución general de la República, que establece que "nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante -- juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".

Y así, el sujeto activo del delito sea efectivamente oído y vencido en juicio, contando, desde luego

en todo momento, con la asistencia de un perito en derecho. Y si decimos en todo momento, nos referimos también a la etapa preprocesal: averiguación previa, pero siendo una real intervención, sin menoscabar las facultades que posee el Órgano administrativo: Ministerio Público investigador, pues, cuando, en materia del Distrito Federal y federal, se introduce la figura del defensor en esta etapa es solamente para estar presente en las diligencias, - sin poder intervenir en algún momento, y máxime que en el Estado de México la única facultad conferida al defensor, en la etapa aludida, se concreta a tener acceso a las actuaciones, sin existir ninguna otra facultad ya que no existe otro precepto u ordenamiento que reglamente la intervención o facultades de esta figura: defensor, viendo, así, que el representante social sigue conservando facultades grandísimas que pueden ir en contra de los principios establecidos en nuestra carta magna. Pero en fin - existe ya por lo menos un cimiento para que se observen o se tenga acceso a las diligencias de averiguación previa, y conservando que el activo de la infracción penal no sea sometido a coacción al emitir su declaración.

Pero realmente, si decimos que el defensor_ debería fungir en todo momento para hacer efectivo el - - principio de legalidad, estableciendo que la comunión que

entabla entre aquél y el sujeto activo del delito, no necesariamente tiene que ser de cómplice el primero respecto del segundo, sino más bien de asesoría jurídica, pues si el defensor cubriera las faltas del activo sería más integrante y peligroso que el sujeto activo, y sería un verdadero peligro para la sociedad, pues la función de éste no debe ser el de faltar a la verdad, intrigando o dando consejos que den impunidad al activo de la infracción penal, pues en este caso, el defensor estaría faltando al juramento que prestó al obtener su título de licenciado en derecho, no queremos indicar que el defensor se convierta en un auxiliar de la autoridad encargada de la investigación penal, no, sino que a nivel jurídico, únicamente, debe prestar asesoría al activo del delito, velando por los intereses de éste, en la medida que sea posible, sin desconocer que no puede taparse los hechos acontecidos en el pasado, porque eso sería intentar tapar el sol con un dedo.

La actividad del defensor debe estar encaminada a procurar que los lineamientos que se establecen en nuestros ordenamientos jurídicos, se cumplan que no se le cause un daño al sujeto activo alterando el orden jurídico o por parte de la autoridad, a vigilar que florezca la verdad, pero en todo lo más benéfico a su defenso, argu--

mentando las modalidades y circunstancias que rodearon la comisión de la conducta delictuosa, haciendo que surjan - los móviles que orillaron a cometer el delito, a efecto - de que como decía Ulpiano, "se dé a cada quien lo que co- rresponde". Y si efectivamente, no es el autor, su defen- so, de la conducta delictuosa que se le atribuye intentar que así se declare, desenmascarando a los falsarios.

La comunión que se da entre el sujeto acti- vo del delito y el defensor surge con mayor plenitud du- rante la fase del proceso penal, pues como hemos estable- cido, en la etapa preprocesal realmente no surge ninguna_ comunión, solamente la de vigilar los actos de autoridad_ que realmente estén apegados a derecho, pero encontrándo- se cruzado de brazos el defensor por no tener facultades_ para ofrecer pruebas o intervenir en el desahogo de las - mismas, esto en el Estado de México, concretándose su fun- ción con enterarse de los hechos a través del expediente_ de averiguación previa, y concretándose a hacer uso sola- mente de poderse comunicar con el activo de la infracción penal, pues recordemos que aunque el Código procedimental penal del Estado de México, no establece precepto más al- guno en torno de la figura del defensor, debemos conside- rar lo estatuido en la Constitución general de la Repúbli- ca, respecto de los derechos con que cuenta el indiciado_

en esta etapa y que son precisamente los que esbozamos en el punto que antecede del presente capitulado del tema re cepcional, y por consiguiente, ni en nuestra Carga Magna_ se establece que no puede comunicarse al inculpado. Por consiguiente, esto trae consigo que se pueda hablar con - él, y el defensor lo podrá hacer, aunque esta condición - no exista plasmada en actuaciones. Asimismo, sí procede_ y solamente (en el Estado de México) podrá solicitar la - libertad previa caucional de su defenso en los casos de - delitos imprudenciales cometidos con motivo del tránsito_ terrestre. A vigilar que no se le dé trato indigno o se le coaccione, y que si se ejercita acción penal contra de su defenso se encuentren reunidos los elementos medulares que establecen el artículo 16 Constitucional: cuerpo del delito y probable responsabilidad, pero nos preguntamos - ¿qué pasará si no se cumple con lo establecido en la Cons titución general de la República?. ¿El defensor deberá - promover en el expediente de averiguación previa?. ¿Le se ran aceptadas sus promociones?.

Pensamos que de conformidad al artículo 8° de la Constitución general de la República sí podría promover, y el representante social tendría la obligación de agregar el escrito al expediente de averiguación previa,- y hacerlo saber al defensor. Pero, realmente, sería la

solución, pues no, por lo que insistimos en que debe urgentemente, reformarse el artículo 127 citado o adicionar se un capítulo especial que prevea la intervención del defensor.

Ahora bien, el defensor podría acudir al superior jerárquico del Ministerio Público que actuará en contra de la ley para solicitar respetuosamente se cumpla con lo establecido en la ley.

Por ello, establecemos que la comunión que surge entre el activo de la infracción penal y el defensor, en esta primera etapa del procedimiento penal, es muy limitada, concretándose, en conclusión a tener comunicación verbal con su defenso, pero siempre después de que rinda su declaración, a aconsejarle que derechos tiene en ese momento procedimental, así como a realizar las gestiones de obtener la libertad previa caucional de su defenso cuando proceda, atento a los delitos imprudenciales en tránsito terrestre, y a tener acceso a las actuaciones practicadas en el expediente de averiguación previa. Debiendo, el defensor, en todo momento, conservar su ética profesional y la dignidad que posee, evitando caer en intrigas que intenten sacar adelante al activo del delito, pero que vienen a constituir en conductas peligrosas para

la sociedad y que le resta dignidad al defensor.

4.3.- MOMENTO DE INTERVENCION DEL DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL EN EL ESTADO DE MEXICO.

Atento a lo que establecimos en el capítulo III punto 3.6 del presente trabajo recepcional, diremos - que la figura del defensor debe darse en todo momento en el procedimiento penal, ya se trate de la etapa de averiguación previa o las etapas siguientes que se desarrollan ante la autoridad del Órdano jurisdiccional. Esto independientemente de la rústica y falta de técnica jurídica del texto del artículo 127 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

Como dijimos, si consideramos la redacción del artículo 127 citado, debe darse la figura del defensor - dese la primera etapa del procedimiento penal: averiguación previa, porque el mismo establece que si hubiere defensor se le podrá dar acceso a las actuaciones del expediente que para tal fin se levante, lo que implica, que - sí puede entrar a figurar el defensor a la etapa en estudio, aunque con la salvedad que solamente cuando el activo de la infracción penal se encuentre en calidad de detenido, salvo fuera de estos casos no operará la figura del defensor.

En este aspecto, debemos tomar en consideración que son aplicables los ordenamientos máximos de la República Mexicana, y así disponemos de lo estatuido en la fracción IX del artículo 20 Constitucional que establece que el activo de la infracción penal podrá nombrar persona de su confianza que le asista en su defensa, o bien a falta de éste se le designará uno de oficio, y por consiguiente, si observamos este precepto tenemos que efectivamente la figura defensor en etapa preprocesal cabe en el Estado de México, aunque en la práctica los servidores públicos responsables de esta área no lo entiendan así.

Asimismo, si precisamos que en la averiguación previa cabe la figura del defensor, con mayor razón se da en las siguientes etapas del procedimiento penal, pues en éstas existen reglas que le conceden plenitud. En las etapas del procedimiento penal que se desarrollan ante la autoridad del órgano jurisdiccional, observamos lo estatuido en el artículo 20 fracción IX Constitucional, así como los artículos 182 fracción IV, 183, 186, 187, 201, 202, 270 del Código de Procedimientos Penales vigente en la entidad federativa aludida, de cuyo contenido se desprende que en todas las diligencias efectuadas por el órgano jurisdiccional, dese la declaración preparatoria, tendrá intervención el defensor del sujeto activo del de-

lito y esto en cotraposición a la presencia del órgano monopolizador de la acción penal.

4.3.1.- ANALISIS DEL CONTENIDO DEL ARTICULO 127 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MEXICO

A efecto de continuar en el punto de la intervención del defensor en el procedimiento penal en el Estado de México, debemos previamente hacer un análisis del numeral 127, el cual textualmente dice:

Artículo 127.- "El Ministerio Público, en las diligencias de averiguación previa, podrá emplear todos los medios mencionados en el capítulo V del título V, sin más excepciones que las establecidas en este Código o en otras leyes. Dichas diligencias se practicarán secretamente y sólo podrá tener acceso a ellas el defensor del detenido, en el caso de que lo hubiere. El funcionario que quebrante el secreto será destituido de su cargo por el Procurador general de justicia del Estado".

El precepto en estudio, claramente se refiere a la etapa del procedimiento penal: averiguación previa, en la cual funge como autoridad el Ministerio Público, lo cual igualmente, establece, agregando que este numeral se referirá a las diligencias que practique el órgano monopolizador de la acción penal. Por lo que no cabe duda que se trata de la etapa preprocesal, además que se encuentra en el título II del capítulo II del Código de Procedimien

tos Penales vigente en el Estado libre y soberano de México que se refiere a "las reglas especiales para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de averiguación previa".

Debemos recordar, como establecimos anteriormente, que el Ministerio Público investigador al tomar conocimiento de un hecho delictuoso, tendrá, primeramente que recabar el requisito de procedibilidad de que se trate el caso concreto, pudiendo ser: denuncia, acusación o querrela, o bien excitativa, autorización o en los delitos bancarios la petición, lo cual deberá quedar plasmado en un expediente de averiguación previa, para acto seguido practicar diligencias acorde a las reglas que la misma legislación le precisa en el capítulo II del título II del ordenamiento en cita y todo esto a efecto de verificar si se encuentra integrado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad para los fines de ejercitar o no la acción penal. Y toda esta primera parte del numeral en estudio se encuentra apegado al ordenamiento 21 de la Constitución general de la República.

Agregándose que en la investigación penal, podrá emplear todos los medios de prueba mencionados en el capítulo V del título V del Código procedimental en la -

materia, que pueden llevar o que sirvan de convicción, - siempre que a juicio del representante social pueda constituirlo, pudiendo recabarse la confesión del sujeto activo del delito, la testimonial de persona que conozca por sí y por referencia de otros hechos constitutivos del delito o relacionados con él, los careos, ya que el artículo 221 del ordenamiento en cita, establece que "siempre que el funcionario del Ministerio Público en la averiguación previa y la autoridad judicial durante la instrucción, observen algún punto de contradicción entre las declaraciones de 2 o más personas, se procederá a la práctica de -- los careos correspondientes, sin perjuicio de repetirlos cuando lo estime oportuno o surjan nuevos puntos de contradicción; la confrontación esto a fin de despejar dudas de identificación de una persona cuando así se desprenda del contenido de una declaración; la pericia e interpretación; las documentales se trate de públicas o privadas; - la inspección; la reconstrucción de hechos, todo esto con la finalidad de intentar esclarecer los hechos que le son puestos a su consideración.

Igualmente, se precisa que las diligencias que practique el representante social investigador se harán - en secreto, es decir, que de ellas no deberá darse conocimiento a ninguna otra persona que no pertenezca al monopolo

lizador de la acción penal, siempre y cuando tenga ingerencia en las mismas. Recordando que, en este aspecto, volvemos al sistema inquisitivo, tema que abordaremos líneas más adelante.

Enseguida, se estatuye que de las diligencias practicadas secretamente solo PODRA TENER ACCESO A ELLAS EL DEFENSOR DEL DETENIDO, EN EL CASO DE QUE LO HUBIERE. De este párrafo, es del cual desprenderse que jurídicamente a nivel procedimental dáse la intervención del defensor del sujeto activo del delito, pues como lo señalamos anteriormente, del todo el contenido de la legislación procedimental penal, así como de las leyes orgánicas de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, leyes orgánicas del Tribunal Superior de Justicia de la entidad aludida, manuales y circulares, de estas dos últimas instituciones, así como del Reglamento de la Defensoría de oficio de la misma entidad, no se desprende norma alguna que establezca la intervención del defensor en la etapa de averiguación previa, encontrando únicamente el párrafo al cual hacemos alusión, del Código procedimental penal, y de cuyo contenido se da claramente que el defensor podrá tener acceso a las diligencias de averiguación previa practicadas por el representante social investigador.

Del párrafo en examen desprendemos que únicamente la figura defensor podrá surgir pero cuando el sujeto activo del delito se halle detenido, y entendiéndose como "la aplicación de una medida precautoria en beneficio de la sociedad, por virtud de la cual se priva de la libertad al sujeto activo en un procedimiento penal cuando se le imputa la comisión de un delito grave y por ello existe la presunción de que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer los fines del procedimiento punitivo". (91) Es decir, cuando a una persona concreta y determinada se le restringe su derecho de libertad persona, restringiéndolo a un área de vigilancia física en donde se le asegurará a fin de que no eluda la acción de la justicia. En este supuesto que al sujeto activo de la infracción penal se le restrinja su libertad física es cuando surgirá la figura del defensor.

Pero nos preguntamos, en qué momento de la etapa de averiguación previa entrará a fungir el defensor? - La legislación no dice nada al respecto, pero como dice "detenido" se entiende que es instantes después de que al sujeto activo del delito se le restrinja su libertad física de manera legal, entendiendo que existirá otro problema: ¿el defensor podrá fungir aún cuando no conste en el expediente de averiguación previa?. Creemos que no, pues

(91) Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo III. Ob. cit., p.275.

el defensor debe ser designado por el propio sujeto activo del delito, y esto lo hará precisamente cuando se encuentre rindiendo su declaración indagatoria, pero, ¿Cómo podría entonces designar defensor si es en este preciso instante en el cual más se encuentra indefenso?. Siendo que como no existe norma procedimental alguna que establezca una obligación para el representante social investigador del Estado de México de que le haga saber al indiciado que tiene derecho a nombrar persona de su confianza o abogado que le asista en la investigación, y por las condiciones psicológicas en que se encuentra éste, no será posible hacer la designación de defensor, aún cuando se encuentre detenido, y mucho menos entonces a que actúe el mismo. Por ello sigue diciendo el precepto en comento SI LO HUBIERE.- Además, debemos tomar en cuenta que en efecto en su indagatoria el indiciado hace designación de defensor, éste tendrá, después de rendida la declaración que hacer protesta y aceptar el cargo conferido, habiéndose pasado un momento determinante para el sujeto activo del delito, como lo es la versión que da él sobre los hechos que se le imputan, y que tal vez esa primera declaración pudo ser coaccionada, y declaración que tiene mucho valor jurídico ante el principio de inmediatez procesal, en el cual se establece que las primeras declaraciones tendrá mayor valor probatorio -

que las posteriores. Ahora bien, en el caso que encon---
trándose presente el defensor al momento de estar rindiendo
indagatoria el sujeto activo del delito, la ley no es-
tablece ninguna facultad para él, por lo que se limitará_
solo a tener acceso a las diligencias de averiguación previa
practicadas.

El párrafo en comento, al referirse únicamente_
al defensor del detenido, excluye, automáticamente la in-
tervención del sujeto activo del delito cuando éste no se
encuentre privado de su libertad, por lo que de nueva -
cuenta con alguna persona de su confianza que esté presente
al rendir su indagatoria puede originar abusos en el -
poder y que servidores públicos de la noble institución -
Procuraduría general de justicia del Estado de México le
coaccionen a fin de que rinda una declaración que él no -
ha dado. Por esto, pensamos que, como en materia distri-
tal o federal, el término detención no es el correcto, -
que más debiera utilizarse la palabra INDICIADO, inculpa-
do o sujeto activo del delito y con esto se ampliaría el
posible campo de intervención del defensor del sujeto ac-
tivo del delito, así estuviere, éste último, detenido o -
no, solamente observándose que en un expediente de averi-
guación previa fungiera como indiciado para que pudiera -
tener posibilidad de nombrar defensor, y esto traería una

mayor técnica jurídica, actuación que pensamos que, igualmente, debe observarse en las otras competencias penales del Distrito Federal y federal, respectivamente.

Nótese que del contenido del párrafo en comento se refiere que SOLO PODRA TENER ACCESO A ELLAS EL DEFENSOR DEL DETENIDO. Es decir, que las diligencias de averiguación previa practicadas por el representante social, - no deberá dársele acceso a persona ajena a la institución y por excepción se podrá dar tal facultad al defensor del DETENIDO. Pero la palabra PODRA implica potestad y no -- obligación, por lo que al utilizarse tal término se establece un ejercicio potestativo; en otras palabras, que si el representante social desea darle acceso a las diligencias de averiguación previa al defensor, así lo hará, y - si no lo desea realizar no existirá poder jurídico o humano que así lo logre. Otra situación se plantería si se utilizara el término DEBERA lo que vendría a implicar una obligación que necesariamente tendría que cumplir el Ministerio Público investigador respectivo de hacerle llegar las diligencias del expediente de averiguación previa al defensor so pena de incurrir en responsabilidad oficial. Es por ello que opinamos que la redacción del artículo en estudio es deficiente y con poca técnica jurídica.

Asimismo, al establecer "SI LO HUBIERE" refiriéndose al defensor, se denota que no es obligatorio que el sujeto activo del delito designe defensor, pues puede hacerlo o no, lo que le resta validez a la intervención - en esta etapa preprocesal penal.

Por último, comentando el artículo 127 del Código de Procedimientos Penales, estableceremos que al estatuir: "El funcionario que quebrante el secreto será destituido de su cargo por el Procurador General de Justicia - del Estado", viene a reglamentarse una consecuencia por - virtud que el servidor público que revele el contenido - del expediente de averiguación previa se hará acreedor a que se le destituya del cargo conferido y esto porque ya no existiría confianza en él en el ejercicio de las delicadas funciones que se le han encomendado. Pero no olvidemos, que existe delito de Revelación de secreto que cometen los servidores públicos cuando dan acceso a la información a entes ajenos a la institución, y que independientemente de la consecuencia aludida, también, deberá - procesárseles por la conducta antisocial efectuada, para los efectos de que el órgano jurisdiccional sea el encargado de imponerle la sanción a que se halla hecho merecedor.

Igualmente, esta última parte, recuerda que en

la etapa de la averiguación previa se sigue dando una característica del sistema inquisitivo consistente en que - las diligencias se practicarán de manera secreta, lo que es aún obsoleto y que debe más bien aplicarse el sistema procesal mixto, tema del cual nos referiremos líneas más adelante.

Atento al breve análisis realizado del contenido del artículo 127 del Código en materia, y acorde al mismo, hemos de precisar los siguientes puntos, para posteriormente estar en aptitud de adoptar una postura concreta al tema recepcional.

4.3.1.1.- DESIGNACIONES QUE REALIZA EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO RELACIONADAS CON EL DEFENSOR.

De conformidad a lo estatuido en el artículo -- 127 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, el sujeto activo del delito únicamente podrá designar defensor cuando se encuentre en calidad de detenido - en la etapa de averiguación previa. fuera de esta hipótesis en la misma tendrá la posibilidad de designar defensor que le asista en la imputación que se haga en su contra.

Pero si bien, afirmamos, que el sujeto activo -

del delito detenido puede designar defensor en la averiguación previa, y por no existir otra norma que reglamente tal situación, y en caso de hacerse real la intervención del defensor, ¿a quién podrá nombrar como defensor - el detenido?.

Aquí, debemos tomar en cuenta lo establecido - en la fracción IX del artículo 20 de la Constitución general de la República que establece:

Artículo 20.- "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 la lista de los defensores de oficio para elija el que, o los que le convengan".

Y así, el sujeto activo del delito, por principio de cuentas podrá defenderse por sí mismo, pero en esta etapa de averiguación previa ¿Cómo podrá defenderse, - si psicológicamente no se encontrará en condiciones de hacerlo?. Seguido de que quizá no tenga conocimiento jurídicos para realizarlo de manera aceptable. Y por otra parte, se encontrará imposibilitado para allegarse de los medios de prueba pertinentes que desvanezcan la imputación que se formula en su contra, ya sea por estar imposibilitado físicamente para desplazarse y atraerselos, y - además porque no tendrá conocimientos, realmente, de los

medios de prueba aportados en el expediente de averiguación previa. Pero, asimismo, podrá designar persona de su confianza, quien para entrar a fungir como defensor tendrá previamente que protestar cumplir fielmente el cargo conferido, y ¿Cómo podría formular la protesta aludida si el artículo en mención no establece regla alguna el respecto?. Por ello, pensamos que es necesaria la reforma al precepto aludido, o en su caso aplicar en la práctica lo estatuido en el artículo 20 fracción IX de la Constitución general de la República, y a pesar de que no dice nada nuestra legislación reglamentaria protestársele y aceptarle al defensor de confianza, y esto solamente para los fines de la vigilancia de la legalidad en que se practiquen las diligencias de averiguación previa.

Por otra parte, existe, de la redacción del numeral de nuestro máximo ordenamiento antes señalado, que en caso de no hacer nombramiento, el sujeto activo del delito, podrá nombrársele uno de oficio, y en la presente hipótesis lo debería realizar el Agente del Ministerio público investigador, tomándose de la plantilla de los defensores de oficio existentes en esta área. Pero veamos que, en este sentido dáse otro problema, que consiste en la inexistencia de tal plantilla, y por consiguiente el servidor público investigador no podría hacerlo, además -

de que no existe ordenamiento alguno al respecto, tal como acertadamente sí se hace en el Distrito Federal y a nivel federal. Por lo que pensamos que, debería emitirse un acuerdo por parte del C. Procurador General de Justicia del Estado de México, para adoptar el mismo criterio que en principio tuvo la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en el sentido de habilitar o crear un nuevo cuerpo de defensores de oficio, que en aquél tiempo, en esta última institución, se les llamaba orientadores legales y conformados con pasantes en derecho que realizan servicio social, y así la institución aludida en el Estado de México respondería y dispondría de recursos humanos suficientes para hacer efectivo el contenido del artículo 127 del ordenamiento en cita, dándose cumplimiento a lo estatuido que en caso de que el activo de la infracción penal no designe defensor lo haga el Estado nombrándole uno de oficio.

Cabría, igualmente, preguntarnos, ¿Si en la etapa de averiguación previa, en el Estado de México, el sujeto activo del delito puede nombrar varios defensores?, ya que atento al precepto 127 aludido, se indica que el defensor podrá tener acceso a las diligencias de averiguación previa, por lo que nos dá una idea singular, denotándose que no cabría más que un sólo defensor y no varios,-

tal que pensamos es incorrecto, porque debemos precisar - que incluso, en las siguientes etapas del procedimiento penal, si el activo de la infracción penal designa varios defensores, se tendrá que nombrar, necesariamente, un representante común de la defensa, para que éste sea quien represente a todos en las diligencias por no ser posible atender a todos y cada uno de los defensores designados, - y que esta regla debería, también, aplicarse en la etapa preprocesal. Por esto, pensamos que se refiere al defensor, pero cabe, también, la posibilidad de que sean varios los defensores del indiciado, ya que si la ley no -- distingue, los servidores públicos no tienen porque hacer lo. Aún consideramos que, en esta etapa de averiguación previa puede darse la defensa mancomunada, a la que aludimos en líneas anteriores, como es que el sujeto activo - del delito puede defenderse por sí mismo, pero, también, - conjuntamente con un defensor.

4.3.2.- LA AVERIGUACION PREVIA Y EL DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL EN EL ESTADO DE MEXICO.

Como establecimos, previamente, en el capítulo II del presente tema recepcional, la averiguación previa puede entenderse como "la etapa preprocesal por medio de la cual el órgano administrativo: Ministerio Público prac

tica diligencias tendientes a integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de persona determinada a efecto de ejercitar la acción penal o abstenerse a hacerlo (92).

La averiguación previa viene a ser la primera fase del procedimiento penal, es la etapa en la cual el agente del Ministerio Público actúa como autoridad, preparando el ejercicio de la acción penal, practicando diligencias tendientes a tratar de esclarecer los hechos delictuosos que le han sido sometidos a su consideración, y todo ello, con fundamento en el artículo 21 de la Constitución general de la República. En esta etapa, el órgano administrativo Ministerio Público es el ente jurídico que decide qué diligencias se han de practicar y cuáles no, y todo por velar por los intereses de la sociedad, sin inclinarse hacia ninguna de las personas contendientes en la controversia penal, por virtud de ser una institución de buena fé.

En esta etapa de averiguación previa, los entes jurídicos que plenamente tienen atribuciones que le han sido conferidas por nuestro máximo ordenamiento, así como -- por los ordenamientos secundarios, y aún por los acuerdos y circulares que se han dictado al respecto, tenemos al Ministerio Público que es el órgano monopolizador de la ac-

(92) Arriaga Flores, Arturo. Ob. cit., p. 188.

ción penal, y el cual tiene bajo su mando directo e inmediato a la policía judicial, así como a los elementos que dependen de servicios periciales de la misma institución, y otros entes jurídicos que han sido considerados auxiliares de la representación social, como son cuerpos policíacos, servicios de emergencia, etcétera, pero en todo momento en esta etapa del procedimiento penal el Ministerio Público es la autoridad, el organismo encargado de disponer las actividades a realizarse y siéndole prestada ayuda por los demás entes jurídicos. Nótese que en la etapa preprocesal no dásen otras figuras jurídicas, de manera autónoma como sería en el proceso penal, como pudieran ser las partes: sujeto pasivo, ya que, la actividad de éste queda encuadrada en las respectivas del Ministerio Público, concretándose aquél a formular su narración de hechos y a proporcionar los elementos probatorios que le sean requeridos por el representante social, aquí no habría ningún representante legal que supla al ofendido, salvo en los casos que así lo permita la ley o en los casos de las personas morales. Debiendo aclarar, que al pasivo de la infracción penal en ningún momento se le puede considerar parte por disposición expresa de la ley. Y por lo que hace al sujeto activo del delito, diremos que éste solamente se concreta a emitir su versión de los he-

chos, y quedando inmerso en las decisiones adoptadas por el representante social, sin saber qué diligencias se están practicando en su contra, pues a pesar de que el artículo 127 del Código de procedimiento penales en el Estado de México establece que el defensor tiene la facultad de tener acceso a las diligencias de averiguación previa, independientemente de que esta facultad, en realidad, como explicaremos en líneas adelante, es nula. Si el sujeto activo sufre una imputación en su contra es justo que disponga de una persona que por lo menos vigile la legalidad de los actos que realiza el representante social, y aunque el numeral de referencia da intervención al defensor en esta etapa de averiguación previa, pero solamente cuando posee, el activo de la infracción penal, la calidad de detenido, en la práctica resulta inaplicable por no existir otra disposición normativa al respecto.

Pero bien, se aseveramos que en esta etapa de averiguación previa, sí cabe la figura del defensor del sujeto activo, pero únicamente en la hipótesis que se encuentre detenido, realmente ¿Cuáles serán las atribuciones del primero?. La ley no nos aclara nada en este sentido, por lo que solamente sería un vigilante de que la declaración que emite su defensor es la que él proporciona y que no se altere la misma, que no se le coaccione al -

emitir la misma, pudiendo tener acceso a las diligencias practicas, pero cuando así lo considere pertinente el Ministerio Público; y si se le diera acceso a las diligencias, de todas formas se encontrará cruzado de brazos para actuar ya que en la legislación del Estado de México, el defensor no tiene más que una sola facultad expresa, no debe ofrecer pruebas pues la ley no se lo permite, y aún cuando las ofrezca su desahogo estará en la decisión del representante social, sin existir ningún control a éste, más que el de la responsabilidad oficial o bien el recurso de queja ante los superiores de éste. Por todo esto afirmamos que debe establecerse una verdadera legislación al defensor, pues si se pretende darle intervención a éste en la etapa preprocesal, se le debe limitar sus derechos, obligaciones y atribuciones, porque de lo contrario debe derogarse el numeral 127 del código en la materia, y así quitarnos de problemas de interpretación de la ley.

El problema que abordamos en el presente temarecepcional, radica precisamente en que es inaplicable el precepto en comento, por virtud de ser un ordenamiento aislado, por esto hemos de abordar la ausencia de normas procedimentales que rijan la actuación del defensor en la etapa preprocesal en el Estado de México.

4.3.2.1.- AUSENCIA DE NORMAS PROCEDIMENTALES QUE RIJAN LA ACTUACION DEL DEFENSOR EN LA AVERIGUACION PREVIA

En el presente subtítulo, nos referimos a que -- en toda la legislación del Estado de México, desde la -- Constitución política de la entidad, del contenido de los ordenamientos secundarios: Código procedimentales, leyes_ orgánicas, reglamentos, acuerdos y circulares de carácter administrativo, etcétera, no se desprende norma alguna re ferente a la actuación del defensor del sujeto activo del delito, excepto el caso del artículo 127 del Código de -- procedimientos penales, y en este último, nos preguntamos ¿por qué el legislador agregó al defensor del detenido pa ara que se le diera acceso a las diligencias de averigua- ción previa?. ¿Por qué el legislador no pensó en reglamen tar las funciones del defensor, si ya introducía tal figu ra en la etapa preprocesal?.

Para contestarnos la preguntas de referencia, - tendremos que acudir a la exposición de motivos de la ley y, en la cual solamente encontramos que se refiere a la - obligación del representante social de mantener en secre- to las diligencias que practica, y esto a efecto de inten tar el éxito en el esclarecimiento de hechos delictuosos_ que tiene encomendado, aclarándose que únicamente el de--

defensor del detenido si lo hubiere podrá tener acceso a ta les diligencias, y esto contrarrestando el sistema inquisitivo que debe desterrarse de la entidad. Porque se ha denotado un fenómeno que es contrario a los intereses de la sociedad, en que con bastante frecuencia las diligencias son entregadas para enterarse de ellas a otros entes jurídicos distintos del representante social, fenómeno - que debe erradicarse por completo en la entidad y volverle a dar la verdadera atribución al Ministerio Público de monopolizador de la acción penal.⁽⁹³⁾ Y en caso de que - alguno de los funcionarios violara el secreto de la práctica de diligencias tendrá como sanción la destitución.

Por lo que encontramos que la intención del legislador del Estado de México no fué exactamente la de - darle intervención al defensor, en esta etapa del procedimiento penal, sino más bien erradicar un especial fenómeno dado que era la indiscreción de los servidores públicos de la Procuraduría general de justicia del Estado en informar a gente extraña a la institución de las diligencias que estaban efectuándose, lo que trafa casos de impu nidad, y una gran alarma en la sociedad, por lo que para solucionar el problema planteado, se estableció, de nueva cuenta, de manera expresa unaa de las características -- principales del sistema inquisitivo, en el cual las dili-

(93) Cfr. Gaceta de Gobierno, Estado de México de fecha 30 de diciembre de 1960.

gencias deben mantenerse, y aún practicarse, de manera secreta, y aún cuando se estableció que tal característica debe ir contra el sistema inquisitivo, pudiendo darse la intervención del defensor, siendo que éste, también, debería mantener el secreto de lo actuado, en realidad no se logró, por ser una norma aislada y carente de sentido y - por su redacción deficiente desde el punto de vista técnico jurídico, y si en cambio se ha seguido manteniendo el sistema inquisitivo, y lo que en realidad, intentaba el legislador era combatir la indiscreción en las actuaciones, e incluso estableció una sanción especial, como lo es la destitución del cargo del servidor público que actuará en tales condiciones, lo que pensamos que no era necesario porque solamente aplicando la ley existente en el sentido de los delitos que se cometen en administración - de justicia se hubiera podido combatir el fenómeno social que se presentaba, sin tener que haber introducido nuevas lagunas en la ley, como lo fué el relativo a la intervención del defensor en la etapa preprocesal, que al asentarse su posible facultad de tener acceso a actuaciones, se le estaba dando su intervención en esta etapa preprocesal aún cuando no haya sido esa intención la del legislador.

Es por ello que, ahora nos explicamos el porque existe el precepto 127 del Código en la materia, y no --

otra norma más que lo reglamente. Y tal vez al leer el contenido del numeral aludido se piense que es una mala copia de la legislación federal y del Distrito Federal, lo cual es falso, porque nótese que tal numeral tiene su antecedente en el año de 1960, situación que todavía no se planteaba en estos dos últimos campos competenciales, pues las reformas realizadas a los numerales 134 bis cuarto párrafo y 128 párrafo tercero de los Códigos procedimentales penales del Distrito Federal y federal, respectivamente se efectuaron durante el gobierno del licenciado José López Portillo (1976 - 1982). Pero bien, la norma procedimental del Estado de México, existe, y sin encambio en lugar de establecerse una reglamentación en relación a la intervención del defensor en la etapa preprocesal, lo único que vino a traer fué una nueva laguna legal porque, en la práctica denotamos que algunas personas que acuden a las agencias del Ministerio Público investigador a efecto de abogar por la situación jurídica de un indiciado, inentan tener acceso a las diligencias de averiguación previa fundándose en el precepto aludido, lo que se hace nugatorio al no condecorarlo el representante social, originándose una situación especial en cuanto a si el defensor en realidad tiene o no intervención en esta etapa del procedimiento penal. Máxime que, como dijimos, no -

existe ningún otro precepto al respecto.

Es por ello, que ahora nos explicamos el porqué los titulares de la Procuraduría General de Justicia del Estado, así como el Tribunal Superior de Justicia, de la Defensoría de Oficio, hayan emitido algún acuerdo o circular de carácter administrativo que reglamente la presente hipótesis, manteniéndose mejor al margen de tal situación y también, por tal causa, el legislador no ha establecido normas en este sentido, afirmándose por una parte que sí existe la intervención del defensor, y por otra que no, - lo que viene a impliar un problema para los responsables de las agencias del Ministerio Público investigador. Por tal razón, afirmamos que debe aportarse una solución al - tema que abordamos, dándose o no la intervención del defensor y así intentar no dejar lagunas procedimentales - que tanto afectan a la entidad.

En el sentido de darle intervención o no al defensor en la etapa del procedimiento penal: averiguación previa, algunos autores piensan que es correcto, pero que debe limitarse solamente a vigilar la legalidad de las actuaciones del representante social, como lo establece el licenciado Arturo Arriaga Flores, al decir: "Debo mencionar que la intervención del defensor en la etapa preproce

procesal (averiguación previa) se concretará a la de vigilar que la declaración que la declaración que rinda su defensor sea la correcta, y que su emisión es sin coacción alguna. El defensor, en esta etapa preprocesal, no podrá aleccionar al sujeto activo del delito, pues desvirtuaría los primeros indicios con los que cuenta el agente investigador del Ministerio Público en descubrir la verdad histórica de un hecho presumiblemente delictuoso". (94)

O bien, el licenciado Agustín Alanís Fuentes, - también piensa que debe dársele intervención al defensor en esta etapa preprocesal, manifestando que: "la práctica constante, indica que quien es acusado y se encuentra en libertad, puede ofrecer todas las pruebas y argumentos de que dispone en un término más o menos largo, y no resulta lógico que quien está detenido, no tenga ese derecho, --- cuando además la sola privación de la libertad lo coloca en una situación muy desventajosa respecto de su acusador por lo que, debe introducirse formalmente un derecho a -- nombrar defensor desde el inicio de la averiguación previa, cumpliendo con el espíritu de la Constitución política de los estados unidos mexicanos". (95)

En tanto que existen otros autores que le niegan intervención al defensor en la etapa de la averigua--

(94) Ob. cit., p. 181.

(95) Compendio de acuerdos y circulares de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. p. 109.

ción previa, esto como Oronoz Santana que establece, comentando la disposición introducida en el Distrito Federal en el artículo 134 bis cuarto párrafo del Código de procedimientos penales, "inicialmente se plantean 2 preguntas: ¿el defensor en la averiguación previa va a intervenir?, y la segunda, en caso de ser afirmativa la primera: ¿puede ofrecer pruebas, y quién las va a valorar?.

En el primer caso si el defensor no va a tener ninguna intervención durante la fase de averiguación previa, no tendrá razón de ser dicha adición en virtud de que ya se encontraba estatuida en la fracción IX del artículo 20 Constitucional desde el año de 1917, y si por el contrario tiene facultades para intervenir, necesariamente tratará de aportar elementos que exculpen a su defensa, lo que obligará por otra parte a que el Ministerio Público analizará y valorará dichos elementos de juicio, rompiendo con ello con nuestro sistema jurídico que delimita a los diversos poderes que integran el poder supremo de la Nación, o sea el Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Por tanto, el Ministerio Público, de conformidad con las facultades que le conceden los artículos 21 y 102 Constitucionales, no posee la de decisión, reservándose entre otras la de reunir elementos que permitan esta--

blecer presuntivamente el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, y si la costumbre basada en un principio de economía procesal ha permitido ver con naturalidad que el Ministerio Público resuelve si una persona es culpable o no al consignarlo o dejarlo en libertad, no significa - que tenga esas facultades, ya que se debe concretar a reunir elementos; y cuando a su criterio no se den los extremos del 16 Constitucional, deberá remitir ante el juez al detenido señalando que no ejercita la acción penal, para - que sea inmediatamente puesto en libertad gozando de esa - manera de una mayor seguridad jurídica.

Por otra parte, si el Ministerio Público es una institución de buena fé que representa tanto al detenido - como al ofendido, no existe razón para que se le imponga - un vigilante a sus actividades, ya que la averiguación previa en México tiene el carácter de privada en tanto le permita integrar los elementos, lo cual no quiere decir que - sea oculta, lo que resta dignidad a una institución que merece verse con mejores ojos y que malos funcionarios han - desprestigiado.

Las reformas, si bien elaboradas de buena fé, - cuando se realizan por personas que no conocen debidamente el medio en que se van a aplicar no pueden ser concebidas_

en su justa medida; se debe prever que en las agencias investigadoras no siempre se cuenta con el personal adecuado tanto por sus conocimientos, como por su honestidad, por - ello es necesario primeramente corregir el campo donde se van a efectuar y después establecer adiciones.

Es por ello que considero que la adición, en lugar de ser un avance resulta un retroceso considerable; si antes de 1917 el Juez podía investigar y luego llevar el - proceso, hoy el Ministerio Público puede con esta adición investigar, recibir pruebas de la defensa y resolverlas - restando así facultades exclusivas del Órgano jurisdiccional en momentos en que el País demanda una verdadera renovación de la impartición de justicia". (96)

Pero nosobros pensamos que, este último criterio es incorrecto, porque bien es cierto que la institución de la Procuraduría de justicia es de buena fé, no debemos menos que reconocer que la falla se encuentra en los recursos humanos, y que por ello es acertado el criterio sustentado por los dos primeros teóricos del derecho, pues debe dársele un margen de vigilancia de la legalidad que priva en México, además que el hecho de introducir la figura del defensor en la etapa preprocesal no implica invasión de -- competencia del Órgano jurisdiccional, pues es éste el que

(96) Oronoz Santana, Carlos M. Manual de Derecho procesal Penal. Noriega editores, México, 3a. edición, pp. 57 y 58.

va a decidir el derecho y no el órgano jurisdiccional, -- pues es este el que va a decir el derecho y no el órgano administrativo Ministerio Público. Ahora bien, el último autor nos indica que en México priva la investigación privada, remembrándonos al sistema inquisitivo, situación que no dáse en México porque recordemos que el sistema que se aplica es el mixto, y a efecto de corroborar, aún más, este sistema, se le debe quitar las características inquisitivas a la averiguación previa, además que es deseable que el activo de la infracción penal pueda contrarrestar la imputación que se le formula, y con la finalidad de esto, y en la búsqueda de la verdad histórica del hecho delictuoso el Ministerio Público, debe escuchar tanto al pasivo como al activo de la infracción penal, por ser precisamente una institución de buena fé, y sí como se ha establecido el inculpaado no puede tener libertad para allegar pruebas que esclarezcan los hechos debe hacerlo alguien de su confianza, recordando, que si se alteran los hechos acontecidos en el pasado sería por falta de ética profesional de parte del defensor, y en esta hipótesis no se le podría considerar como tal. Por lo que pensamos que sí debe darse la intervención del defensor desde la etapa preprocesal, a efecto de hacer más equitativa la impartición de la justicia en México, y esto no es quitarle atribuciones al órgano -

jurisdiccional, ni de establecer un vigilante al representante social, ya que éste no tiene nada que ocultar. Y por virtud de que la función del defensor es de asistir al inculcado sin faltar a su ética profesional, por lo que el autor Oronoz Santana olvida la naturaleza jurídica que tiene el defensor del sujeto activo y por ello llega a conclusiones equívocas.

Por otra parte, cada vez más debemos contrarrestar el sistema inquisitivo, del cual todavía tenemos características, pero nos preguntaría el lector en qué consiste éste, por ello, hemos de explicarlo brevemente.

4.3.2.1.1.- SISTEMA PROCEDIMENTAL QUE SE APLICA.

Como establecimos anteriormente, se han dado características del sistema inquisitivo y hemos citado el sistema mixto, pero qué son?

A través de la historia jurídica se han dado 3 diferentes sistemas procesales penales, a saber: a) inquisitivo; b) acusatorio y c) mixto.

a) El sistema inquisitivo.- Consiste en la concentración en un sólo ente ó órgano de los actos de acusación, defensa y decisión; operando la acusación anónima, la confesión en base a tormento, y existiendo libre actua-

ción a capricho del juzgador en aras de llegar a una verdad histórica material, sin importar el ser humano.

En este sistema opera la expresión escrita en la instrucción, y el secreto de práctica de diligencias, así como inapelable de las resoluciones.

b) El sistema acusatorio.- Es aquel en el cual - las funciones de acusación, defensa y decisión se encuentran encomendadas en manos de 3 órganos independientes, - formando un proceso de partes. Existiendo libertad de acusación en manos de todo ciudadano, libre defensa, y las partes se encuentran en la misma igualdad.

La expresión es de oralidad y publicidad, existe proposición independiente de pruebas por las partes, apreciación libre de éstas por el juzgador y las decisiones - del órgano jurisdiccional son apelables.

El sistema acusatorio tuvo sus orígenes cuando - la imposición de sanciones en conductas antisociales era - interés privado.

c) El sistema mixto.- Es aquel, en el cual se - mezclan principios de los sistemas procedimentales inquisitivo y acusatorio. Es menester la existencia de un órgano del Estado que formule la acusación ante un órgano juris-

diccional a fin de que éste actualice la pretensión punitiva.

Se da la existencia de 3 órganos: acusación, defensa y decisión.

El sistema mixto es el que prevalece actualmente en los Códigos de procedimientos penales mexicanos, -- pues es necesario, analizar que existe un órgano administrativo: Ministerio Público quien ejerce la acción penal a fin de que otro órgano del Estado (Poder Judicial) resuelva la pretensión punitiva. Existiendo el indispensable defensor del sujeto activo del delito. Si observamos a nivel de averiguación previa, operan principios del sistema inquisitivo, no puro, pues las averiguaciones previas son semisecretas (si atendemos al contenido del artículo 127 - del Código procedimental penal del Estado de México) y -- principios del sistema acusatorio, debido a que es menester cumplir con los requisitos de procedibilidad para dar inicio a una investigación de un hecho presumiblemente delictuoso, existiendo, la figura del defensor (de oficio o particular). Asimismo, se podrá allegar las pruebas que corroboren los hechos. Por otra parte, existen resoluciones que pueden ser apelables (sistema acusatorio o inapelables (sistema inquisitivo)).

Por consiguiente, nuestro actual Código procedimental penal en el Estado de México es de naturaleza mixta debido a que existen preceptos que mezclan principios de los sistemas procedimentales: inquisitivo y acusatorio.

Por lo anteriormente expuesto, afirmamos que el sistema que se aplica es el mixto y que por esto debe adecuarse la figura del defensor en la etapa preprocesal, e irle quitando el aspecto inquisitivo, pues como se ve en realidad el sujeto activo divaga al emitir su declaración, porque no le indican el motivo de la imputación que se formula en su contra, y por esto es necesaria la intervención del defensor y así quitarle toda la actividad al representante social, pues existiría por lo menos un control a su imponente poder.

4.3.2.2.- FACULTAD CONCEDIDA AL DEFENSOR DE TENER ACCESO AL EXPEDIENTE DE AVERIGUACION PREVIA.

El numeral 127 del Código de procedimientos penales vigente en el Estado de México, viene a establecer como anteriormente lo mencionamos, una facultad singular que es tener acceso al expediente de averiguación previa, y con la finalidad de que tenga conocimiento de los hechos asentados, pero de qué valdrá que el defensor se entere de las diligencias practicadas y de los medios de prueba -

aportados, si no se le concede facultad más alguna?. Será para que por lo menos se encuentre en conocimiento y se cruce de brazos?. Esta facultad nos parece obsoleta, porque bien es cierto se le da una facultad al defensor, pero no se le proporcionan instrumentos jurídicos para que pueda realizar sus funciones de defensor, que bien se pueden reglamentar de manera limitada, tomando en consideración la fase preprocesal en la cual se está y no concederle facultades amplísimas que posee en las siguientes etapas del procedimiento penal.

Pero bien, decimos que el defensor, por lo menos tiene una facultad para actuar en la averiguación previa, pero se dará en la realidad?.

Para que proceda la facultad concedida al defensor deben cubrirse los siguientes requisitos:

a).- Que el sujeto activo del delito tenga la calidad de detenido.

Es decir, que el activo de la infracción penal se encuentre privado de su libertad por habersele imputado un delito que traiga aparejada una pena privativa de libertad. - Pues en caso de que el indiciado esté en libertad no tendrá derecho a asistirse de defensor, de conformidad a lo -

establecido en el artículo que se comenta, pues debemos recordar que en ocasiones comparece a declarar, siendo citado, y en esta hipótesis no valdrá la designación de defensor en la etapa de averiguación previa.

b).- Que previamente el sujeto activo del delito que tiene la calidad de detenido le haya hecho recaer el nombramiento de defensor.

Hipótesis que es difícil de cubrir, porque esto debe quedar asentado en las actuaciones, y al emitir su declaración lógico que no se encuentra asesorado, el activo de la infracción penal, de persona alguna que le indique quién realizará su defensa; y en el supuesto de que quisiera hacerlo, en la mayoría de los casos, no se le pregunta nada al respecto de designar defensor y si él menciona tal pretensión, no se plasma en el expediente de averiguación previa. Por lo que si no está escrito no existe designación y por consecuencia nadie puede entrar a fungir como defensor. Aclarando que, todavía en el Estado de México, no se da la llamada Defensoría de oficio en esta etapa preprocesal.

c).- Pero en el supuesto de que designare defensor y quedare plasmado en actuaciones se le debe tomar la protesta a la persona aludida para que se comprometa a desempeñar --

fielmente el cargo que le fué conferido.

d).- Tomando en consideración que efectivamente se cumple la designación del defensor, que éste proteste desempeñar el cargo conferido, se denota que ya podrá intervenir, pero ya no podrá vigilar que la recabación de la declaración del sujeto activo se lleve a cabo con todas las formalidades que establece la ley, debido a que para llegar a este momento el indiciado ya debió haberla rendido.

e).- Pero bien, protestando el cargo, la única facultad -- concedida es la de tener acceso a las actuaciones. Acceso el cual, queda condicionado:

1.- Es potestad del representante social el dar acceso al defensor del indiciado de las actuaciones, debido a que el artículo 127 establece que PODRA dársele acceso del expediente al defensor del detenido, lo que indica que si no lo desea hacer aquél no lo hará, no realizando -- conducta contraria a la ley, por virtud a que no se utiliza la palabra DEBERA que implicaría una obligación para el servidor público que practica las diligencias de averiguación previa de darle acceso al defensor de las actuaciones

2.- Si el representante social le da acceso al expediente de averiguación previa al defensor del indicia-

do, nos preguntamos, ¿en qué momento lo hará, dentro de la averiguación previa?. Pues, le puede dar acceso en los momentos en que ya haya ejercitado la acción penal - contra el sujeto activo del delito, a efecto de impedir_ que se realice alguna actividad a favor de éste.

3.- Si se le da acceso al defensor del indicio do al expediente de averiguación previa, ¿qué atribuciones tendrá el órgano de defensa?. Ya en este punto hemos establecido que, no posee ninguna otra atribución, - por lo que es obsoleto darle conocimiento de las diligencias practicadas, sino tiene facultad alguna para hacer_ nada en favor de su defenso.

Por lo que puede verse, que la facultad concedida en la práctica no tiene relevancia alguna, pues no tendrá efecto jurídico el que sólo se entere el defensor de lo asentado en el expediente, si está imposibilitado_ para actuar en la citada fase preprocesal, pues pudiere_ ser que los hechos atribuidos a su defenso fueren falsos y que existiere forma de contrarrestarlos haciendo flore cer la verda en esta etapa, evitando que se ejercite la acción penal en contra del activo de la infracción penal lo cual no es posible jurídicamente hacerlo debido a lo limitada de la facultad concedida.

4.3.2.3.- OBSOLENCIA DE LA REDACCION DEL NUMERAL 127 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES VIGENTE EN EL ESTADO DE MEXICO.

En realidad, por lo reducido de la redacción - del numeral 127 del Código de procedimientos penales, - por su deficiencia técnica jurídica, es obsoleta e improbable que se lleve a cabo, y esto hace nulo el derecho - de defensa en la etapa de averiguación previa en el Estado de México, pero ya hemos establecido que el verdadero deseo del legislador no fué darle intervención al defensor en esta etapa, sino más bien solucionar otro fenómeno que se presentaba como lo fué el rompimiento del secreto en la práctica de las diligencias de averiguación previa.

Decimos que es obsoleta la redacción, por virtud de que no establece la obligatoriedad del nombramiento del defensor en esta etapa preprocesal, sino más bien sólo se cita como una posibilidad muy remota que exista defensor, esto al decirse "SI LO HUBIERE". Por otra parte, si existiera tal posibilidad, deberá ser únicamente tratándose de detenido (privado de su libertad, el sujeto activo del delito) y no cuando esté en libertad pero que también, le puede afectar las decisiones adoptadas por el Ministerio Público y tales pueden dañar la esfera

jurídica del indiciado.

Además, es obsoleta la existencia del artículo 127, debido, en cuanto a lo que se refiere al defensor, a que no existe, como establecimos anteriormente, otra norma que reglamente esta situación, en ninguno de los ordenamientos que rigen en el Estado de México, por lo que proponemos o bien se derogue tal "intervención del defensor del detenido", o en su defecto se formule una verdadera legislación dándole atribuciones y obligaciones específicas a la figura: defensor; así como limitar su participación, con la finalidad de que realmente se investiguen los hechos delictuosos de que se trate. Por lo que pensamos que debe adoptarse éste último punto, y así humildemente esbozamos una propuesta personal.

4.3.3.- PROPUESTA PERSONAL.

Si atendemos a que darle la intervención del defensor en la etapa de averiguación previa, no vulnera nuestros ordenamientos legales, sino más bien los robustece, fortaleciendo el derecho de defensa y haciendo válido el principio de legalidad que debe regir en México, aplicándose desde la primera etapa del procedimiento penal lo estatuido en la fracción IX del artículo 20 de la Constitución general de la República y no se le deja en

estado de indefensión al activo de la infracción penal, por ello debe reformarse, previamente el numeral aludido pero no solamente éste, sino también, debe agregarse un capítulo específico en el reglamento de la Defensoría de Oficio vigente en el Estado de México, y aún más, tanto en la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, como el Tribunal Superior de Justicia y la Defensoría de Oficio, deberían emitir acuerdos administrativos que reglamenten la reforma propuesta, y así hacer válida la intervención del defensor, quitándosele la característica de inquisitivo a la etapa de averiguación previa.

4.3.3.1.- REFORMA AL NUMERAL 127 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES VIGENTE EN EL ESTADO DE MEXICO

El artículo de referencia, debe reformarse en el sentido siguiente:

Artículo 127.- "El Ministerio Público, en las diligencias de averiguación previa, podrá emplear todos los medios mencionados en el capítulo V, sin más excepciones que las establecidas en este Código o en otras leyes. Dichas diligencias se practicarán sin poner del conocimiento de las mismas a terceras personas que no tengan vinculación con los hechos. El funcionario que quebrante la presente disposición será destituido de su cargo por el Procurador general de justicia del Estado. En la práctica de diligencias de averiguación previa, el Ministerio Público deberá hacerle saber al indiciado el derecho que tiene a defenderse por sí mismo y por persona de su confianza, a efecto de que haga el nombramiento -

de referencia; en caso de no hacerlo se le nombrará uno de oficio, el cual entrará a desempeñar sus funciones una vez que otorgue la protesta de cumplir el fiel y legal desempeño del cargo conferido.

El defensor, en la etapa de averiguación previa, deberá estar presente en todas las diligencias que se practiquen, deberá tener acceso al expediente que se redacte con tal fin y podrá proponer pruebas que se desahogarán a criterio del representante social, el cual actuará con equidad. En caso de no poderse desahogar las probanzas ofrecidas por el defensor y/o el sujeto activo del delito, el servidor público de la Procuraduría hará constar en actuaciones el motivo y dejará a salvo los derechos del indiciado para que los haga valer en su momento procesal oportuno.

El Ministerio Público al resolver la situación jurídica del indiciado tomará en consideración todos y cada uno de los medios de pruebas que conformen el expediente de averiguación previa no importando si fueron aportadas por indiciado o por el sujeto pasivo de la infracción penal"

Nótese que de la reforma que se propone se establece:

a).- Ya no se habla de detenido, sino de indiciado o sujeto activo de la infracción penal, a efecto de darle posibilidad de la actividad del defensor, en cualquier hipótesis, esté privado o no de la libertad el sujeto activo de la infracción penal.

b).- No se utiliza la palabra podrá lo que implica facultad potestativa del representante social, sino más bien DEBERA lo que trae consigo una obligación que debe obser

var el Ministerio Público.

c).- La obligatoriedad que en toda tramitación de un expediente de averiguación previa se encuentre presente el defensor del indiciado, el cual deberá estar presente en todas y cada una de las diligencias que se practiquen.

d).- La obligación para el defensor de estar presente en todas y cada una de las diligencias de averiguación previa, y en caso de no estar presente, lo estará el defensor de oficio, el cual deberá asistir al sujeto activo - del delito.

e).- La posibilidad de que el activo de la infracción penal, se pueda defender por sí mismo y por persona de su confianza, lo cual trae la llamada defensa mancomunada, - o bien, asistido, también, por un defensor de oficio.

f).- La posibilidad de hacer real el principio de legalidad que debe regir en México.

g).- La obligatoriedad para el Ministerio Público de dar le acceso al defensor del expediente de averiguación previa, a efecto de que se entere, éste último, así pues - que le sean ministrados los datos necesarios para desa--rrollar la defensa.

h).- La posibilidad de poder ofrecer pruebas, tanto el -

defensor como el sujeto activo del delito.

i).- La facultad potestativa del representante social de desahogar o no las pruebas ofrecidas por la defensa, esto a efecto de evitar prácticas viciosas originadas por una mala actuación del defensor a nivel de ética profesional. Facultad potestativa que deberá, el representante social, motivar para que no quede a su capricho.

j).- La posibilidad de dejar a salvo los derechos del activo de la infracción penal, para que los haga valer en su momento procesal oportuno, respecto de las probanzas ofrecidas por él o su defensor.

k).- La obligatoriedad del Ministerio Público de valorar todas y cada una de las pruebas que integran el expediente de averiguación previa, independientemente de su procedencia. Esto a efecto de garantizar la neutralidad de la actuación del representante social.

l.- La obligatoriedad del Ministerio Público de no dar acceso a las actuaciones del expediente de averiguación previa a personas extrañas al hecho delictuoso que investiga.

Con la reforma que proponemos, se estarían aclarando lagunas a la ley procedimental penal, y se esta

ría adoptando la postura de la intervención al defensor_ en la etapa preprocesal, tal que afortunadamente han ya realizado los Códigos procedimentales penales del Distri_ to Federal y federal.

Pero bien, si se llegara a la reforma que proponemos, deberían establecerse reformas a otros ordena- mientos jurídicos.

Así pues, a nivel de la Procuraduría general - de justicia del Estado de México, deberá emitirse un - - acuerdo, el cual reglamente lo estatuido en el precepto_ 127 del código en cita, a efecto de dar guías o linea- - mientos al personal de la institución para que lo lleven a cabo. Acuerdo que proponemos fuera de la siguiente ma nera:

Acuerdo número A/ /91 por el que se propor- - cionan lineamientos a los agentes del Ministerio Público que integran la institución a efecto de reglamentar el - contenido del artículo 127 del código de procedimientos_ penales vigente en el Estado.

Con fundamento en los artículos 14, 16, 20 -- fracción IX, 21 de la Constitución Política de los Esta- dos Unidos Mexicanos; 1º, 2º, y 3º de la Ley Orgánica de

la Procuraduría General de Justicia del Estado; 3°, los respectivos contenidos en el título segundo, capítulo I del Código de Procedimientos Penales vigente en la entidad, y

C O N S I D E R A N D O :

Que el legislador de 1917 estableció que en todo procedimiento penal el sujeto activo del delito debe contar con una persona que le asesore respecto de la imputación que se le formula en contra, por virtud de haberse establecido en nuestro País el principio de legalidad, en el cual sí se da la existencia de un ente jurídico que sostiene la acusación y que por ende dispone de toda una infraestructura jurídica para llegar al esclarecimiento de los hechos presumiblemente delictuosos, y - que por consecuencia de esto debe dársele vida al correspondiente que intente contrarrestar los embates del Estado, para así hacer válido lo establecido que:

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

Y si bien es cierto, que la ley máxima del - - País no establece en qué fase del procedimiento penal va

a figurar la defensa del activo de la infracción penal, y donde la ley no hace distinciones nuestra institución tampoco debe hacerlo, y como acertadamente se ha precisado que nuestro procedimiento penal debe orientar más a lo humano, por corresponder a un régimen de libertades que tienda a evitar procedimientos ocultos, para no restringir el derecho a la defensa por sí mismo o por medio de otros, y que el indiciado pueda ofrecer pruebas y asistir a su recepción, puesto que son actos que le afectan, por consiguiente en estricta justicia el defensor debe fungir desde el preciso instante en que se estén practicando diligencias de averiguación previa sin que se dé ninguna traba para su actuación y así dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 127 del código procedimental penal, por ello cumpliendo con el espíritu de nuestros ordenamientos legales he tenido a bien dictar el siguiente:

A C U E R D O :

PRIMERO.- El indiciado podrá nombrar defensor desde el preciso instante en que ha de emitir su declaración indagatoria y tendrá derecho a que se halle presente en todos los actos del procedimiento penal. En caso de que no designare defensor, el Ministerio Público in-

investigador tendrá la obligación de nombrarle uno de oficio a efecto de que en ningún momento se encuentre en estado de indefensión.

SEGUNDO.- El defensor podrá previa protesta - que otorgue ante el Ministerio Público entrar al desempeño de su cometido. El indiciado tendrá el derecho de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite.

TERCERO.- El indiciado podrá valerse de los - servicios de Orientación legal con que cuenta la institución, para el disfrute de todos los beneficios que nuestras leyes le otorgan.

CUARTO.- A efecto de dar cumplimiento a los - puntos primero y tercero del presente acuerdo, se crea - el Departamento de servicios de orientación legal, el - cual dependerá de la Subprocuraduría del área geográfica respectiva, y mismo que estará compuesto de orientadores legales, pasantes de derecho que se hallen prestando servicio social en la institución y el cual formará la Defensoría de Oficio.

QUINTO.- El defensor en la etapa de averiguación previa, tendrá facultades de encontrarse presente - en la diligencia en que se recabe la declaración indaga-

toria al indiciado, velando porque se asiente lo textualmente declarado por su defensor y que su declaración se emite sin coacción alguna, no pudiendo comunicarse con éste antes de rendir la indagatoria aludida, pudiendo hacerlo momentos después. Asimismo, deberá tener acceso a las diligencias de averiguación previa practicadas, para los efectos de ofrecer probanzas a favor de su defensor que estime pertinente. En caso de infracción a sus facultades podrá acudir ante el superior jerárquico del Ministerio Público para que éste adopte las medidas pertinentes y no se deje en estado de indefensión al activo del delito.

SEXTO.- El Ministerio Público al recibir un ofrecimiento de pruebas por parte del defensor y/o del indiciado lo hará constar en el expediente de averiguación previa, acordando lo procedente debiendo motivar la aceptación o rechazo de las probanzas ofrecidas. En el caso de que no fuere posible el desahogo de alguna probanza ofrecida por el defensor y/o del sujeto activo del delito se le reservarán sus derechos a éstos últimos para que se haga valer en su momento procedimental oportuno. Igualmente, el Ministerio Público al momento de valorar el expediente de averiguación previa tomará por igual las probanzas que obren en actuaciones ya sean des

ahogadas a iniciativa de él mismo, del ofendido o del defensor o del indiciado.

T R A N S I T O R I O S :

PRIMERO.- Los Subprocuradores, en sus respectivas esferas competenciales territoriales, y el Directorgeneral de averiguaciones previas proveerán lo conducente para la exacta aplicación del presente acuerdo.

SEGUNDO.- Los titulares de las distintas unidades administrativas, harán del conocimiento de su personal el contenido de este acuerdo.

TERCERO.- El presente acuerdo entrará en vigor en la fecha de su expedición".

Toluca de Lerdo, México, a de de .

El Procurador General de Justicia del Estado de México,-
Lic.- RÚbrica.

La propuesta que formulamos en el acuerdo que antecede es posible efectuarla, debido a que el Estado - no tendría erogación adicional para el pago de recursos humanos, pues éstos se estarían "tomando" del personal - que presta su servicio social, gran fuente que puede hacer posible nuestro planteamiento y que vendría a constituir

tuir un antecedente de la Defensoría de Oficio dentro de la etapa de averiguación previa. ¡Claro está!, que podríamos ser objeto de crítica, por indicarnos que la Defensoría de oficio se encontraría contemplada dentro de la misma institución: Procuraduría general de justicia - del Estado, pero debemos observar que por principio de cuentas dependerá de distintos órganos administrativos - como sería la Subprocuraduría respectiva, como un ente - jurídico con funciones y facultades propias, distintas - de las que le corresponden al representante social investigador. Propuesta que formulamos, en tanto que en la Defensoría de oficio estatal no se plantee la creación - de un cuerpo encargado de atender la etapa preprocesal, - como actualmente se contempla para las siguientes etapas del procedimiento penal.

En caso de que se adicionara al Reglamento de la Defensoría de oficio del Estado de México un capítulo que prevea la existencia de defensores de oficio de la - averiguación previa, entonces, lógico que el acuerdo que proponemos tendría que modificarse en el sentido de que la función de defensa ya no sería llevada a cabo por los orientadores legales sino por un defensor de oficio dependiente de la Secretaría de Gobernación del Estado de México, tal que sería lo deseable.

Por otra parte, afirmamos, que el Tribunal Superior de Justicia, igualmente, debe emitir un acuerdo o circular de carácter administrativo por medio del cual - dé instrucciones al personal adscrito a los juzgados, en el sentido de que observen si en la etapa de averigua---ción previa le fué designado un defensor al sujeto activo de la infracción penal, esto con la finalidad de llevarse a cabo la valoración de las diligencias practica--das en la etapa preprocesal, así como también, si estuvo presente en todas y cada una de las diligencias efectua--das en esta etapa el defensor del indiciado y si estuvo_ presente en todas y cada una de las diligencias efectua--das en esta etapa el defensor del indiciado y si estuvo_ estimar que las probanzas fueron practicadas con las for_ malidades que la ley establece para tal efecto, salvo - que se hubiere plasmado alguna objeción o aclaración de parte de aquél, o prueba en contrario.

CONCLUSIONES

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

1.- El ser humano que ha sido afectado en su esfera jurídica, y con ello lesionado de una u de otra forma, tiene derecho a que se le resarsa en lo posible el daño ocasionado, y asimismo surgirá para el Estado la facultad de sancionar al infractor de la norma penal. Pero igualmente, éste último posee el derecho a defenderse por sí mismo y por persona de su confianza.

2.- El derecho de defensa ha ido sufriendo cambios a través de los distintos estadios histórico jurídicos por los cuales ha pasado la humanidad.

3.- En las civilizaciones antiguas, si alguna persona dañaba a otro de sus congéneres tendría que recibir un castigo, sin apreciarse figuras jurídicas como las que ahora conocemos: Ministerio Público y el defensor del infractor de la norma penal, pero sin intercambio dábanse sanciones a éste último.

4.- Es precisamente en Grecia donde encontramos grandes esbozos de antecedentes de figuras jurídicas que podemos asimilar al Ministerio Público y al defensor en una relación que surge cuando un ser humano invade la esfera jurídica de sus congéneres.

5.- Los historiadores afirman que en Grecia antigua, la abogacía se convirtió en una verdadera profesión, desde el momento en que el defensor tenía facultad de invocar del delito.

6.- En el proceso penal romano el sujeto activo del delito podía ser presentado por los llamados "patronus o -causidicus" que debían ejercer actos de defensa de éste, debiendo tener cualidades de oratoria y de recursos legales instruidos por el verdadero advocatus, el perito en jurisprudencia y habituado al razonamiento forense.

7.- En las Leyes del Fuero juzgo, Novísimas recopilación, se estableció que los procesados deberían ser representados por defensores letrados que tenían amplias facultades de defensa.

8.- En la cultura Azteca, en el proceso penal, las partes podían hacer su propia defensa, basado esto en el Código Matritente y según narraciones de los historiadores pudiendo, aquéllos, ser auxiliados por patronos (Tepantloani) o por representantes (Tlanemimachi). Dándose, también, la figura del Tepantlato que significaba intercesor o abogado, es decir abogar por otro.

9.- A inicios de la conquista Española, dásen la figura

de los frailes que podemos afirmar fueron los primeros - abogados de los nativos de América. Surgiendo la Enco-- mienda, que intentaba crear ordenamientos y entes jurídi-- cos que protegieran a los nativos de la tierra conquista-- da de los abusos de los "conquistadores).

10.- En la época colonial, en el sistema inquisitivo, es nula la figura del defensor, ya que las funciones de éste, así como las respectivas de acusación y decisión las poseía la llamada Santa Inquisición.

11.- La Constitución de 1857 estableció en la fracción V del artículo 20, que el acusado tenía derecho de defen-- derse por sí mismo o por persona de su confianza o por - ambos, y en caso de no tener quien lo defienda, se le de-- signaría uno de oficio.

12.- La Ley Mirinda de 1858 estableció en los artículos_ 460 a 467, la figura del defensor del sujeto activo del delito, el cual podía intervenir al concluir la confe--- sión de éste último.

13.- Igualmente, la figura del defensor fué incluida en el Código de procedimientos penales del año de 1880, en la Ley orgánica de los Tribunales del mismo año, y en la Ley orgánica del Ministerio Público de 1903.

14.- La Constitución general de la República de 1917, vino a establecer con mayor cientificismo jurídico la figura del defensor, a efecto de garantizarle al sujeto activo del delito su derecho a defenderse por sí o por persona de su confianza, o por ambos, lo cual se realizó en - el artículo 20 fracción IX del ordenamiento en cita.

15.- La defensa surge para proteger los derechos subjetivos públicos en todo Estado de derecho. En todo Estado, en el cual prevalezcan aquellos se concederá el derecho de defensa motivado en que los individuos antes que la - sociedad son seres humanos y como tales se les debe reconocer un mínimo de derechos, el no concedérselos implicaría llegar al desconocimiento total del individuo.

16.- La palabra defensor etimológicamente significa el - que protege o ampara. El defensor es la persona 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 una finalidad de interés público y no solamente para el patrocinio del interés particular.

17.- La naturaleza jurídica del defensor se explica por el principio de legalidad que existe en el procedimiento penal, debido a que éste viene a constituir una garantía

de los derechos del sujeto activo del delito; la defensa se contrapone a los órganos de acusación y decisión, motivado para proteger la persona, honor y posesiones del sujeto activo de la infracción penal.

18.- El fundamento legal de la figura defensor la encontramos en el artículo 20 fracción IX de la Constitución General de la República, así como en la etapa de averiguación previa, en los artículos 128, párrafo tercero, - 134 bis cuarto párrafo y 127 de los Códigos de procedimientos penales federal, del Distrito Federal y del Estado de México, respectivamente.

19.- Existe la polémica doctrinal, en el sentido si es conveniente la intervención de la figura defensor en la etapa de averiguación previa, expresando algunos autores que no es posible ponerle un vigilante al Ministerio Público investigador, el cual actúa de buena fé; y otros - en el sentido de que debe humanizarse el procedimiento penal permitiéndose la participación del defensor en la etapa preprocesal, postura, ésta última que, también, nosotros adoptamos.

20.- El defensor debe intervenir desde el preciso instante en que el sujeto activo del delito emita declaración, tratase de detenido, o no detenido, pudiendo estar pre-

sente en todas y cada una de las diligencias que practique el Ministerio Público investigador, debiendo tener acceso a las actuaciones efectuadas e incluso a ofrecer pruebas que se desahogarán a potestad del representante social.

21.- La redacción del artículo 127 del Código de Procedimientos penales vigente en el Estado de México es obsoleta, ya que en el mismo, se establece una posibilidad de que intervenga el defensor del indiciado, ya que se utiliza el término SI LO HUBIERA refiriéndose a éste, y concediéndole una facultad de tener acceso a las diligencias de averiguación previa practicadas, lo cual es potestativo del representante social, ya que si éste así lo considera pertinente le dará acceso a las actuaciones al defensor y si no lo estima procedente no lo hará. Sin establecerse facultad más alguna.

22.- Con la redacción actual del artículo 127 del Código de procedimientos penales vigente en el Estado de México se da la intervención del defensor en la etapa de averiguación previa, pero solamente cuando el indiciado tenga la calidad de detenido, es decir, privado de su libertad sin poder participar en otra hipótesis.

23.- Proponemos la reforma al artículo mencionado para -

quedar como sigue:

Artículo 127.- "El Ministerio Público, en las diligencias de averiguación previa, podrá emplear todos los medios mencionados en el capítulo V del título V, sin más excepciones que las establecidas en este Código o en otras leyes. Dichas diligencias se practicarán sin poner del conocimiento de las mismas a terceras personas que no tengan vinculación con los hechos. El funcionario que quebrante la presente disposición será destituido de su cargo por el Procurador general de justicia del Estado.

En la práctica de diligencias de averiguación previa, el Ministerio Público deberá hacerle saber al indiciado el derecho que tiene a defenderse por sí mismo y por persona de su confianza, a efecto de que haga el nombramiento de referencia; en caso de no hacerlo se le nombrará uno de oficio, el cual entrará a desempeñar sus funciones una vez que otorgue la protesta de cumplir el fiel y legal desempeño del cargo conferido.

El defensor, en la etapa de averiguación previa, deberá estar presente en todas las diligencias que se practiquen, deberá tener acceso al expediente que se redacte con tal fin y podrá proponer pruebas que se desahogarán

a criterio del representante social, el cual actuará con equidad. En caso de no poderse desahogar las probanzas ofrecidas por el defensor y/o el sujeto activo del delito, el servidor público de la Procuraduría hará constar en actuaciones el motivo y dejará a salvo los derechos del indiciado para que los haga valer en su momento procesal oportuno.

El Ministerio Público al resolver la situación jurídica del indiciado tomará en consideración todos y - cada uno de los medios de pruebas que conformen el expediente de averiguación previa, no importando si fueron - aportados por el indiciado o por el sujeto pasivo de la infracción penal".

24.- La reforma que proponemos en el punto que antecede, viene a establecer:

a) Que ya no se refiere al término detenido, sino indiciado o sujeto activo del delito, a efecto de darle posibilidad a la actividad del defensor, en cualquier hipótesis, ya se encuentre o no privado de la libertad el activo de la infracción penal.

b) Viene a establecerse la obligación para el Ministerio Público de nombrar defensor al activo de la infracción penal, en los casos que éste no lo designe, así como la

obligación de darle acceso al defensor al expediente de averiguación previa.

c) La obligatoriedad que en toda tramitación de un expediente de averiguación previa se encuentre presente el defensor del indiciado.

d) La obligación para el defensor de estar presente en todas y cada una de las diligencias de averiguación previa.

e) La posibilidad de que el activo de la infracción penal, se pueda defender por sí mismo y por persona de su confianza, lo cual trae la llamada defensa mancomunada; o bien asistido, también cuando proceda, por un defensor de oficio.

f) La posibilidad de ofrecer pruebas por parte del sujeto activo de la infracción penal o por su defensor.

g) La facultad potestativa del representante social de desahogar o no las pruebas ofrecidas por la defensa, debiendo motivarse la determinación adoptada.

h) La posibilidad de dejarse a salvo los derechos del activo de la infracción penal, para que los haga valer en su momento procesal oportuno, respecto de las probanzas ofrecidas por él.

i) La obligatoriedad del Ministerio Público de valorar todas y cada una de las pruebas que integran el expediente de averiguación previa, independientemente de su precedencia. A efecto de garantizar la neutralidad de las actuaciones del representante social.

25.- Acorde a la reforma que proponemos, el Procurador general de justicia del Estado de México, deberá emitir un acuerdo con el cual proporcione lineamientos a los servidores de esta institución para aplicar el artículo 127 del Código procedimental penal, estableciéndose que el indiciado desde el preciso instante en que ha de rendir declaración indagatoria deberá designar defensor, o ante su negativa se le nombrará por parte del Ministerio Público uno de la Defensoría de oficio, integrada por orientadores legales. El defensor para entrar a desempeñar el cargo conferido deberá protestar cumplir el fiel y legal desempeño, y desde este momento tendrá las facultades establecidas en el precepto antes aludido. Con ello se haría real la intervención del defensor en la etapa de la averiguación previa dentro del procedimiento penal del Estado de México, humanizándose cada vez más éste.

BIBLIOGRAFIA

B I B L I O G R A F I A

- 1.- Arriaga Flores, Arturo.- "Derecho procedimental penal mexicano". Textos de Derecho de la Escuela Nacional de estudio profesionales plantel "Aragón". - UNAM. Mes de Diciembre 1989. Número 5. 1a. Edición.
- 2.- Burgoa, Ignacio.- "Las garantías individuales". Editorial Porrúa, S.A. México 1980. Decimatercera edición.
- 3.- Bravo Valdez, Beatriz y Bravo González, Agustín.- - "Primer curso de Derecho Romano". Editorial Pax-México, 1980. 1a. edición.
- 4.- Briseño Sierra.- "El enjuiciamiento penal". Editorial Trillas, S.A., México, 1986. Décima quinta edición.
- 5.- Cabanelas, Guillermo.- "Diccionario enciclopédico - de Derecho usual". Tomo III. Editorial Heliasta, Argentina, 1983. 17a. edición.
- 6.- Castellanos Tena, Fernando.- "Lineamientos elementales de Derecho penal". Editorial Porrúa, S. A. México, 1989.
- 7.- Colín Sánchez, Guillermo.- "Derecho mexicano de procedimientos penales". Editorial Porrúa, S. A. México 1987. Décima tercera edición.
- 8.- Cuestas G., Carlos.- "Funciones históricas de la -

- prisión preventiva". Anuario de Derecho, año XIII, número 13, Panamá, Panamá, 1988.
- 9.- Chávez Hochstrasser, Francisco.- "La defensa. Camino a la libertad". Estudio polivalente. UNAM, ENEP_ Aragón, México, 1986.
- 10.- Demóstenes.- "La figura de la defensa". Diccionario jurídico mexicano". Tomo I. Instituto nacional de - investigaciones jurídicas. UNAM, Editorial Porrúa,- S. A. México, 1987.
- 11.- Díaz de León, Marco Antonio.- "Diccionario de Derecho procesal penal". Tomo I. Editorial Porrúa, S.A. México, 1986. primera edición.
- 12.- Diccionario jurídico mexicano. Instituto de investigaciones jurídica. Editorial Porrúa, S.A. México, - 1977.
- 13.- "Dios Habla hoy". La Biblia, Versión popular, segunda edición. Sociedades bíblicas unidas, Canadá, -- 1989.
- 14.- Enciclopedia jurídica Omeba. Tomo VIII. Editorial_ Drakill. Argentina, 1978.
- 15.- Franco Villa, José.- "El Ministerio público Federal" Editorial Porrúa, S. A., México, 1986.
- 16.- García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra, Victoria_ "Prontuario de procedimientos penales". Editorial -

Porrúa, S.A. México, 1989.

- 17.- García Ramírez, Sergio. "Derecho procesal penal". - Sexta edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1985
- 18.- Garduño Garmendia, Jorge.- "El Ministerio Público - en la investigación de delitos". Editorial Limusa.- 1a. edición, México, 1988.
- 19.- G. Getlell, Raymond.- "Historia de las ideas políticas". Editora Nacional. México, 1982. Octava edición.
- 20.- Giovanni, Leone.- "Tratado de Derecho procesal penal". Buenos Aires, ediciones jurídicas Europea.- - americana, 1962.
- 21.- González Blanco.- "El procedimiento penal". Editorial Porrúa, S. A. México, 1976.
- 22.- González Bustamante, Juan José.- "Principios de Derecho procesal penal". Editorial Porrúa, S.A. Décima edición, México, 1989.
- 23.- Hermosillo, Carlos. "Instituciones de Derecho Azteca". Instituto de investigaciones jurídicas. UNAM.- México, 1984.
- 24.- Landeros Camarena, María Antonieta.- "La defensa. - Camino a la libertad". UNAM Aragón, México, 1986.
- 25.- Manzini, Vincenzo.- "Derecho procesal penal". Tomo II. Editorial Egea. Buenos Aires, Argentina, 1962.

- 26.- Mendieta y Núñez, Lucio.- "El Derecho precolonial". México. Editorial Porrúa, S. A., 1937.
- 27.- Momsen, Teodoro.- "El Derecho penal romano". Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1976.
- 28.- Obregón Heredia, Jorge.- "Código de procedimientos penales para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S. A. México, 1989.
- 29.- Olivares, Clementina.- "La mujer delincuente". -- UNAM. México, 1986.
- 30.- Oronoz Santana, Carlos M.- "Manual de Derecho procesal penal". Noriega editores, 3a. edición, México,- 1989.
- 31.- Osorio y Nieto, César A.- "La averiguación previa". Editorial Porrúa, S. A. México, 1985.
- 32.- Palomar de Miguel, Juan.- "Diccionario para juristas". Ediciones Mayo, S. de R.L. México, 1982.
- 33.- Pérez Palma, Rafael.- "Guía de Derecho procesal penal". Cárdenas editor y distribuidor. 2a. edición,- México, 1975.
- 34.- Pina Rafael de, y Pina Vara, Rafael de.- "Diccionario de Derecho". Editorial Porrúa, S.A. México, - - 1985.
- 35.- Pina Vara, Rafael de.- "Las figuras del proceso penal". Publicado en la Revista de la Facultad de De-

- recho. Tomo XV UNAM. México, 1965. Octubre-Diciem--bre. Número 60.
- 36.- Rosas Romero, Sergio.- "La defensa. Camino a la li-berdad". ENEP Aragón, 1986.
- 37.- Rivera Silva, Manuel.- "El procedimiento penal". E-ditorial Porrúa, S. A. 1986.
- 38.- Taylor, Caldwell.- "Gloria y esplendor". Vida de -Grecia. Editorial Grijalbo, México, 1989.
- 39.- Tena Ramírez, Felipe.- "Leyes fundamentales de Méxi-co. Editorial Porrúa, S. A. 1985.
- 40.- Zamora Pierce, Jesús.- "Garantías y proceso penal". Editorial Porrúa, S.A. México, 1987, tercera edi--ción.

L E Y E S

- 1.- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Instituto federal electoral, México 1991. 1a. edición.
- 2.- Código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y en toda la República en materia federal. Editorial Andrade, México 1991.
- 3.- Código penal del Estado libre y soberano de México.- Editorial Cajica, Puebla, Puebla, México 1991.
- 4.- Código de procedimientos penales para el Distrito Federal. Editorial Andrade, México 1991.
- 5.- Código de procedimientos penales para el Estado libre y soberano de México. Editorial Cajica, Puebla, Puebla, México 1991.
- 6.- Código federal de procedimientos penales. Editorial Andrade, México, 1991.
- 7.- Leyes orgánicas del Ministerio Público publicadas en la revista mexicana de justicia 84. Mes Septiembre - 1984. Procuraduría General de la República.
- 8.- Ley de la Defensoría de oficio federal. Trigésima - sexta edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1987.
- 9.- Reglamento de la Defensoría de oficio federal. Editorial Porrúa, S. A. México 1987.

- 10.- Reglamento de la Defensoría de oficio del fuero común en el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S. A. México, 1987.
- 11.- Ley federal de profesiones.- Editorial Andrade, México 1991.
- 12.- Gaceta de Gobierno del Estado libre y soberano de México de fecha 30 de diciembre de 1960.
- 13.- Compendio de acuerdos y circulares de la Procuraduría general de justicia del Distrito Federal.

I N D I C E

"INOPERANCIA DEL ARTICULO 127 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MEXICO RELATIVO A LA FIGURA DEL DEFENSOR".

CAPITULO I.- BREVE HISTORIA.

| | | |
|-------|------------------|----|
| 1.1.- | Antigüedad | 4 |
| 1.2.- | Grecia..... | 7 |
| 1.3.- | Roma..... | 11 |
| 1.4.- | España..... | 13 |
| 1.5.- | México..... | 14 |

CAPITULO II.- LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL Y LOS -
SUJETOS PROCESALES.

| | | |
|---------|--|----|
| 2.1.- | Las etapas del procedimiento penal..... | 23 |
| 2.1.1.- | La averiguación previa..... | 25 |
| 2.1.2.- | La preinstrucción..... | 40 |
| 2.1.3.- | La instrucción..... | 46 |
| 2.1.4.- | El juicio..... | 50 |
| 2.2.- | LOS SUJETOS PROCESALES..... | 52 |
| 2.2.1.- | Concepto de sujetos procesales..... | 53 |
| 2.2.2.- | Clasificación de los sujetos procesales... | 53 |
| | a) Principales..... | |
| | b) Secundarios..... | |

| | | |
|---------|---|----|
| 2.2.3.- | Terceros..... | 60 |
| 2.2.4.- | Posición particular del sujeto pasivo y activo del delito en el procedimiento penal - mexicano..... | 61 |

CAPITULO III.- LA FIGURA DEL DEFENSOR DEL SUJETO ACTIVO_
DEL DELITO.

| | | |
|---------|--|-----|
| 3.1.- | Marco legal de la figura del defensor del - sujeto activo del delito..... | 66 |
| 3.1.1.- | Legislación que rige al respecto..... | |
| 3.1.2.- | Principio de legalidad..... | 72 |
| 3.2.- | Concepto de defensor..... | 75 |
| 3.3.- | Naturaleza jurídica del defensor del sujeto del delito..... | 76 |
| 3.4.- | Clasificación del defensor..... | 79 |
| 3.5.- | Requisitos a cubrirse para poseer la cali-- dad de defensor del sujeto activo del deli-- to..... | 93 |
| 3.6.- | Momento procedimental de intervención del defensor..... | 101 |

CAPITULO IV.- INOPERANCIA DEL ARTICULO 127 DEL CODIGO -
DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO LIBRE
Y SOBERANO DE MEXICO RELATIVO A LA FIGURA_
DEL DEFENSOR.

| | | |
|-------------|---|-----|
| 4.1.- | Los derechos subjetivos públicos del sujeto activo del delito..... | 129 |
| 4.2.- | El sujeto activo del delito y el defensor.. | 140 |
| 4.3.- | Momento de intervención del defensor en el procedimiento penal en el estado de México. | 150 |
| 4.3.1.- | Análisis del contenido del artículo 127 del Código de procedimientos penales..... | 152 |
| 4.3.1.1.- | Designaciones que realiza el sujeto activo del delito relacionados con el defensor.... | 161 |
| 4.3.2.- | La averiguación previa y el defensor en el Estado de México..... | 165 |
| 4.3.2.1.- | Ausencia de normas procedimentales que rijan la actuación del defensor en la averiguación previa..... | 169 |
| 4.3.2.1.1.- | Sistema procedimental que se aplica..... | 179 |
| 4.3.2.2.- | Facultad concedida al defensor de tener acceso al expediente de averiguación previa.. | 182 |
| 4.3.2.3.- | Obsolencia de la redacción del numeral 127 del Código de procedimientos penales..... | 187 |
| 4.3.3.- | Propuesta personal..... | 188 |
| 4.3.3.1.- | Reforma al numeral 127 del Código de procedimientos penales..... | 189 |
| | CONCLUSIONES..... | 201 |
| | BIBLIOGRAFIA..... | 212 |