

269
261



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**"DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INDICIADO EN LA
ETAPA DE LA AVERIGUACION PREVIA O
PREPARACION DE LA ACCION
PROCESAL PENAL"**

T E S I S
que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a :
FRANCISCO MONROY Y PEREZ

México, D. F.

1983



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Palabras previas.

La situación en que se encuentran las personas a quienes se imputa la comisión de un delito es tan penosa, - tan triste y desalentadora y hay tan pocas posibilidades de hacer algo en su favor, por lo menos en la etapa de la averiguación previa, que decidí elaborar mi tesis profesional sobre los derechos fundamentales del indiciado en la etapa de la averiguación previa o preparación de la acción procesal penal, para mitigar, un poco, el profundo dolor de todos aquellos que están detenidos para la investigación de un hecho típico penal.

Sé, perfectamente bien, que estos temas ya han sido estudiados con acucia y profundidad por distinguidos juristas, sin embargo, deseo, modestamente hacer algunos comentarios al respecto, desde mi muy particular punto de vista.

Por último debo decir que este trabajo lo he realizado con profundo cariño, consideración y respeto a mis familiares, amigos y a mi querida Facultad de Derecho.

Capítulo I.- Nociones Generales.

Finalidad de este Capítulo.

El objeto de este Capítulo es precisar, en lo posible, algunas nociones fundamentales relacionadas con el proceso criminal, lo que, según mi punto de vista es necesario para el desarrollo de mi trabajo.

Haré, en consecuencia, alusión a la razón de ser del Procedimiento Criminal; a la terminología del proceso; a nuestro sistema procedimental: a su naturaleza jurídica: al objeto y fines del juicio criminal; a los actos procesales y a los principios que los rigen y por último, a los sujetos de la relación procesal.

La razón de ser del Proceso Penal.

Podemos ubicarla en dos órdenes, a saber:

1.- De carácter teórico-filosófico.- Desde este punto de vista podemos decir que la vida gregaria exige la prohibición de ciertas conductas que de llegar a realizarse impedirían la vida organizada de la sociedad. Así es como surge el Derecho Penal y la clasificación de las actividades que se consideran delictuosas.

Ahora bien, no basta con señalar los tipos penales, sino que es necesario sancionar a quien o a quienes cometen delitos, lo que se logra mediante el Proceso Penal que

se lleva a cabo ante Órganos del Estado.

2.- De Justicia.- Si bien es cierto que el Proceso Penal se lleva a cabo ante Órganos del Estado, no lo es menos que las actividades de esos Órganos estatales deben estar reguladas por normas jurídicas que eviten, en lo posible, actuaciones despóticas y caprichosas, es decir, el proceso penal es una exigencia de orden público para el buen funcionamiento del Órgano judicial.

Terminología.

Entre los procesalistas existen muy diversas opiniones con respecto a los conceptos de Proceso, Procedimiento y Juicio. Según nuestro punto de vista el contenido de los mismos es el siguiente:

Proceso.- Es el conjunto de actividades del juez y de las partes en la relación jurídico-procesal, encaminadas a la realización del derecho objetivo, es decir, a la aplicación de la ley al caso concreto. Contemplado el proceso desde este ángulo comprende desde la denuncia hasta la Sentencia Definitiva.

Procedimiento.- Está constituido por los actos del proceso considerados en su aspecto concreto y puramente formal.

Juicio.- Este concepto tiene las acepciones que a continuación precisamos:

a.- El conocimiento de una causa por el juez.

b.- La sentencia propiamente dicha, considerada como opinión o dictámen del juez con fuerza jurídica.

c.- Los artículos 14 y 16 Constitucionales lo equiparan el proceso propiamente dicho.

Es conveniente hacer notar que en la usual terminología jurídica de nuestro medio se utilizan estos conceptos - en forma indistinta, para referirse a todo el conjunto de actos procesales que culminarán con la sentencia definitiva y - por esta razón así los utilizaré en este trabajo, independientemente que más adelante volveré sobre este tema.

Sistema Procedimental.-

Según algunos procesalistas mexicanos, al Proceso Criminal de nuestro país se le puede catalogar como "Procedimiento Mixto", en virtud de que tiene alguna de las características más sobresalientes tanto del procedimiento acusatorio - como del inquisitivo. De estos autores podemos citar al maestro Manuel Rivera Silva (1) que dice: "El sistema que a nuestro parecer anima la legislación mexicana, es el mixto, pues es al que más se acerca, máxime que posee la característica - esencial de ese sistema: la acusación reservada a un órgano - especial".

Entre las características del sistema de enjuiciamiento de tipo acusatorio que ha plasmado nuestra legislación, podemos señalar las siguientes:

1) Rivera Silva Manuel.- El Procedimiento Penal.- Ed. Porrúa, S. A. Tercera Edición.- Pág. 167.

1o.- El reconocimiento de los principios de publi-
cidad y oralidad.

2o.- Una total y absoluta independencia en las fun-
ciones reservadas al acusador y las que corresponden al acusa-
do y al juez. Cada una de las funciones se encomendaban en el sistema de tipo acusatorio, y así sucede también en nuestro -
sistema, a personas distintas e independientes entre sí y no pueden reunirse dos funciones en una sola persona.

3o.- Por cuanto hace a la prueba, los jueces no tie-
nen la obligación de ceñirse, siempre, a reglas legales.

4o.- La acusación se le encomienda a una Institu--
ción específica que en nuestro medio es el Ministerio Público.

Los elementos del sistema inquisitivo que en nues-
tra legislación se han recogido, son los siguientes:

A.- El empleo del secreto y de la escritura, princi-
palmente en la etapa de la averiguación previa.

B.- La adopción, en algunos casos, del sistema de -
las pruebas tazadas.

C.- El juez disfruta de amplios poderes para buscar,
por sí mismo, los elementos de convicción y además está facul-
tado para hacer uso de los procedimientos que considere más -
convenientes al proceso penal.

D.- En el sistema de enjuiciamiento de tipo inquisi-
torial existía el denominado "Promotor Fiscal", considerado -
como un antecedente del Ministerio Público actual.

Naturaleza Jurídica del Proceso Penal.-

Con respecto a la naturaleza jurídica del proceso penal se han elaborado varias teorías que podemos resumir en la siguiente forma:

1.- Contractual.

De acuerdo con esta teoría el proceso penal es un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades para someterse a la aplicación de la ley.

En la actualidad esta posición se puede considerar superada, ya que la actuación del Órgano jurisdiccional, en materia penal, no puede ser materia de convenciones privadas que no van de acuerdo con su naturaleza de rama del Derecho Público, independientemente de que en la mayoría de los procedimientos penales el acusado no acude, por voluntad propia al juicio.

En este mismo sentido se expresan los distinguidos procesalistas Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga que dicen: (2) "Las teorías contractualistas y cuasi-contractualistas, que tuvieron un arraigo muy profundo en el derecho español e hispanoamericano, especialmente la segunda, han pasado a la categoría de recuerdos históricos".

II.- El Proceso Penal es una Institución.

Esta teoría sostiene que el proceso penal es una Institución establecida por el Estado para conocer y decidir

²⁾ De Pina Rafael y Castillo Larrañaga José.- Instituciones de Derecho Procesal Civil.- Ed. Porrúa, S.A.-3a.Ed. Pág. 182.

sobre la justicia de las pretensiones, contrarias entre sí, que constituyen la esencia del litigio.

Por institución debe entenderse un complejo de actividades que tienen un fin común: la aplicación del derecho vigente.

Esta postura no es aceptada actualmente, porque se estima que el proceso penal no debe ser considerado como una entidad jurídica estática, sino que, por el contrario, implica una relación eminentemente dinámica.

III.- El Proceso Penal Mexicano es una relación jurídica.

La mayoría de los procesalistas estiman que el proceso es una relación jurídica, porque necesita de la cooperación de varias voluntades encaminadas a un mismo propósito -- que es la aplicación de la ley (propósito contradictorio en su esencia, por cierto, porque cada una de las partes pretende que se aplique la ley, según sus intereses. Podemos decir que se trata de una disonancia armónica).

En apoyo de lo anterior debemos acudir a la opinión de los procesalistas Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga que expresan (3): "No obstante la autoridad de los impugnadores de la teoría de la relación jurídica procesal, ésta es aceptada por la generalidad de los procesalistas de nuestro tiempo".

Las principales características de esta relación ju

3) De Pina Rafael y Castillo Larrañaga José.- Op. Cit. Pág.181

-rídica son las siguientes:

10.- Es autónoma, porque tiene vida y condiciones - propias afirmadas o llevadas a cabo por las partes, indepen-- dientemente de la relación jurídica substancial, porque tiene una ley propia que la rige que es el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal entratándose de delitos del orden común y el Código Federal de Procedimientos Penales, -- cuando se trata de delitos federales.

20.- Es compleja, porque comprende un conjunto de actos procesales coordinados, todos, a un mismo fin que es la aplicación de la ley al caso concreto.

30.- Es de Derecho Público, por las razones siguientes:

1) Porque el debate jurídico entre las partes y el objeto del mismo pertenece al derecho público, porque deriva de normas que regulan una actividad pública.

2) Por el fin del proceso que es la aplicación de - la ley de derecho público al caso concreto.

3) Por la naturaleza del debate, en el que se ventilan situaciones que deben interesar, en principio, a toda la colectividad.

4) Porque el juez se encuentra frente a las partes como un órgano del estado, como poder público.

Objeto y fines del Proceso Penal.

Los fines del proceso, como los de toda actividad -

humana, son múltiples. El proceso tiene un fin último y remoto y otro directo e inmediato. El fin último del Proceso Penal debe ser necesariamente idéntico al del Derecho Penal, - si se toma en consideración que aquél es un simple realizador de las disposiciones de éste.

Desde este punto de vista su objeto es, en forma general, la conservación de la vida gregaria o social y así lo expresa, magistralmente, el maestro Fernando Castellanos Tena (4) que dice: "Todos los bienes u objetos que el Derecho intenta proteger son de importancia incalculable; sin embargo, de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social. Para lograr tal fin el Estado está, naturalmente, facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal - que, por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social".

El fin directo e inmediato del proceso lo constituye la concretización o individualización de la norma jurídica general, es decir, la creación de la norma jurídica individual.

Es necesario hacer notar que para la aplicación de la ley se han establecido etapas precisas que tienen, cada -

4) Castellanos Tena Fernando.- Lineamientos Elementales de - Derecho Penal.- Editorial Jurídica Mexicana.- Segunda Edición.-Página 20.

una, su objetivo, de tal forma que a un lado de los fines señalados, encontramos fines particulares y específicos de cada uno de los períodos del proceso, de manera que podemos decir:

a) La finalidad de la etapa de la averiguación previa consiste en reunir los elementos necesarios para justificar la existencia plena del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del acusado, para estar en condiciones de -- ejercitar acción penal.

b) La instrucción previa tiene por objeto precisar o fijar con claridad la situación jurídica del acusado, por parte del organo jurisdiccional.

c) En la instrucción formal se aportan todos los -- elementos que ilustran al juez con respecto a los hechos delictuosos sometidos a su consideración.

d) En las conclusiones se tiende a precisar la posición de las partes en el proceso y, por último,

e) En la Sentencia se aplica la ley al caso concreto.

Los actos procesales y los principios que los rigen.

El acto procesal es toda actividad de la voluntad humana que se realiza en el proceso y que tiene trascendencia jurídica en el mismo.

Podemos clasificar los actos procesales en la siguiente forma:

1o) Actos de tramitación del juicio que son aquellos

mediante los cuales se lleva a cabo el proceso en forma legal.

2o.) Actos de instrucción que están encaminados a - ilustrar al Órgano jurisdiccional con respecto a los hechos - sometidos a su consideración.

3o.) Actos procesales que fijan y precisan la posición de las partes en el proceso.

4o.) Actos de ejecución que tienden a dar validez a las resoluciones judiciales.

5o.) Actos de decisión.

6o.) Actos de comunicación, por medio de los que se da a conocer a las partes o a otra entidad jurídica las decisiones en el proceso.

7o.) Actos disciplinarios.

8o.) Actos de impugnación, por medio de los cuales las partes objetan la validez o legalidad de las decisiones del Órgano judicial.

Principios que rigen los actos procesales.

Son varios y entre ellos debemos mencionar:

A) El Temporal.- De acuerdo con este principio para que los actos procesales sean válidos deben hacerse precisamente en el tiempo en que la ley ordena que se realicen.

B) Espacial.- Conforme a este principio los actos procesales deben efectuarse en el lugar en donde ejerce jurisdicción la autoridad judicial que los efectúa, so pena de que

sean nulos y que no tengan, en consecuencia, eficacia jurídica.

Se debe hacer notar que muchas veces los actos procesales se realizan fuera del ámbito territorial en donde - - ejerce jurisdicción el juez y en el ejercicio del auxilio jurisdiccional se realizan diligencias necesarias para hacer -- efectivos los mandatos del juez que carezca de jurisdicción - en el territorio donde han de efectuarse.

C) Legalidad.- Este principio implica que los actos procesales deben realizarse conforme a las disposiciones legales correspondientes, para que tengan eficacia jurídica.

Los sujetos de la relación procesal.

Son sujetos de la relación procesal las personas jurídicas que intervienen, con personalidad jurídica, en el proceso. Normalmente la relación procesal se establece entre el órgano jurisdiccional, el Ministerio Público y la Defensa.

Se habla de personas jurídicas, en virtud de que - son aquellas a quienes afectan las resoluciones pronunciadas en el proceso. Desde este punto de vista los abogados, peritos y testigos no son sujetos de la relación procesal, aunque intervengan en el proceso, porque no les afectan en forma directa y personal las decisiones del juez.

Se ha empleado también como sinónimo de sujeto de - la relación procesal el término de "parte" que es significativo por la posición que se ocupa en el ejercicio de la acción

penal, es decir, de acusador o de acusado, de tal manera que no se incluyen en este término a la persona o personas de los litigantes.

Las partes pueden serlo desde un punto de vista formal o desde un punto de vista material.

Analizados formalmente podemos decir que son partes en el proceso quienes actúan en los tribunales haciendo las - promociones necesarias para el desarrollo del proceso y la defensa de los intereses que representan, sin que les afecte, - directamente, en su interés jurídico la sentencia.

En sentido material o substancial las partes son - aquellas cuyos derechos u obligaciones jurídicas constituyen la cuestión litigiosa, la materia propia del juicio. Desde este punto de vista podemos afirmar que son dos las partes de - la relación jurídica procesal: el Ministerio Público y el Acusado. El juez no es parte en el proceso, sino el órgano del - Estado que resuelve sobre las pretensiones, contrarias entre sí, que constituyen la esencia del litigio mediante la aplicación de las normas que en su carácter de leyes son obligatorias para los ciudadanos.

Por lo que toca al Ministerio Público debo precisar que en capítulo por separado de este trabajo, haré referencia a su organización y funcionamiento.

Por lo que corresponde al procesado, basta decir, - por el momento, que es toda persona imputable a la que se le atribuye la comisión de alguna conducta tipificada como deli-

-to en nuestra legislación vigente.

El Organó de la Jurisdicción.

En la ley penal se encuentran previsiones abstractas e indeterminadas de imputabilidad para los delitos y la peligrosidad de los delincuentes. Ahora bien, para que ese derecho penal pueda aplicarse es necesario que estas previsiones abstractas se individualizan para convertirse en inculpaciones concretas y más tarde en penas o medidas de seguridad. De esta necesidad surge el concepto de jurisdicción que es, según el maestro Carlos Franco Sodi (5) "la facultad de aplicar la ley".

En otros términos, puedo afirmar que la jurisdicción es la facultad que tiene un órgano del estado para aplicar la ley al caso concreto y de que tal declaración sea cumplida. Ahora bien, esta facultad debe analizarse en dos vertientes:

I) La facultad de aplicación de la ley que de acuerdo con el artículo 21 Constitucional es un atributo que tiene reservado, en forma exclusiva, el Estado. Esta facultad se aprecia en toda su amplitud en el momento en que se dicta sentencia.

II) El imperio o la facultad coercitiva que tiene el juez para hacer que se cumplan sus determinaciones. Este segundo elemento es muy importante, ya que sin esta facultad los mandatos de los jueces quedarían incumplidos y las atribuciones judiciales se limitarían a simples declaraciones sin

5) Franco Sodi Carlos.- El Procedimiento Penal Mexicano.- Talleres Gráficos de la Penitenciaría del D.F. México 1937. Pág. 78.

ninguna fuerza.

Es conveniente hacer notar que el Estado, en ejercicio de su soberanía realiza la función jurisdiccional, sin embargo, todas sus actividades las realiza por medio de órganos o instituciones a cuyo frente se encuentra una persona física o titular del órgano.

Entratándose de la actividad judicial o jurisdiccional los órganos son los llamados judiciales y las personas físicas son los jueces, los magistrados y los ministros.

De acuerdo con nuestra estructura jurídico-política, los órganos jurisdiccionales ordinarios que funcionan en el Distrito Federal son los siguientes:

1o.) Los del orden común que son, en orden jerárquico, los siguientes: Las Salas del Tribunal Superior de Justicia que conocen de la materia penal; los jueces penales y los jueces de paz.

2o.) Los federales que son, en orden jerárquico: La Sala de lo Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; los Tribunales Unitarios y los Juzgados de Distrito.

Jurisdicción y Competencia.-

Ya hemos dicho que la jurisdicción es la facultad de decir o declarar el derecho.

Competencia es el límite de esa facultad, que en nuestra legislación puede ser

Capítulo II.- La etapa de la averiguación previa o Preparación de la acción procesal penal.

Finalidad del Capítulo.- El objeto de este Capítulo así como del III, es dar una visión general del Proceso Penal en el Derecho Mexicano y ubicar, dentro de este contexto general la etapa de la averiguación previa en la que, según -- nuestro punto de vista, no se respeta, como es de desearse, la garantía de audiencia, en favor de quienes son acusados - de la comisión de algún delito.

De acuerdo con nuestra opinión el proceso penal - - constituye una unidad orgánica indivisible y sólo para los - efectos de su estudio en este trabajo, se puede dividir en - las siguientes etapas o períodos:

- 1.- Etapa de la averiguación previa.
- 2.- Instrucción previa o preparación del proceso.
- 3.- Instrucción o proceso mismo.
- 4.- Período de las conclusiones o preparación del juicio.
- 5.- Sentencia Definitiva.

- 1.- Etapa de la averiguación previa.

En este Capítulo estudiaremos la averiguación previa, haciendo, por necesidad didáctica, un análisis del Ministerio Público, Institución encargada de realizar la investigación previa, en su carácter de autoridad administrativa.

Perseguir al delincuente y al delito tiene una - - enorme importancia jurídica y social. La investigación de la conducta y de los hechos punibles reuniendo todos los hechos y vestigios del delito para hacer posible la aplicación de - la ley, trae consigo, en sus más íntimas raíces, la seguridad de los hombres. Al Estado corresponde velar por el equilibrio entre el comportamiento humano y los bienes jurídicos cuya - validez es tan alta como la vida misma.

El delito tiene su origen en el origen mismo de los grupos humanos, así lo afirma el maestro Raul Carranca y Trujillo (1) al expresar que "Desde las primeras asociaciones humanas encontramos ya hechos extra y antisociales, que a su tiempo se convertirán en extra y antijurídicos. Son un desperdicio de energía, son deslealtad para con la asociación humana apenas naciente, como hoy lo son para la sociedad humana adulta; pero son tan humanos como lo humano mismo. Diríase -- que la humanidad nació con vocación innata para el crimen, al igual que con vocación para su contraria, la solidaridad que lo combate y mediante la cual ha de ascender hasta las cumbres de su propio perfeccionamiento. Contra aquella luchan las fuerzas superiores del espíritu al amparo de las disciplinas morales; el mismo Freud, que sostiene que todo ser humano es obediente a las fuerzas heredadas de sus instintos vigilantes desde su subconsciencia, confía, no obstante, en la educación para la mejoría de nuestras herencias y abre así la puerta a la esperanza de un continuo perfeccionamiento de la humanidad; la criminalidad deja de ser así una tara de nacimiento para convertirse en un defecto de educación; pues, como dice Weldenreich, lo que el hombre es lo debe en muy gran parte a sus propios esfuerzos de autoconfiguración; no a una ciega casualidad".

Podemos afirmar que los hombres no pueden desarrollarse positivamente dentro de una sociedad si su vida, su pa

1) Carranca y Trujillo Radl.- Derecho Penal Mexicano.- Tomo I. Editorial Antigua Librería Robredo. Cuarta Edición. Pág.15.

-rimonio o su honor peligrasen por la inseguridad o la impu-
nidad.

Toca al Ministerio Público, dentro de nuestro siste-
ma jurídico-procesal, promover la aplicación de la ley median-
te el ejercicio de la acción penal, ya que el artículo 21 de
la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así
ha definido la función de esta Institución al establecer que
"La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público
y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y -
mando inmediato de aquél".

Evolución Histórica del Ministerio Público.- Nos re-
mitimos a las consideraciones que en este sentido hace el Doc-
tor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (2) que expresa: "Se ha -
sostenido que el ministerio público mexicano se basa en tres
elementos: la promotoría fiscal española, el ministerio públi-
co francés y diversos elementos nacionales; y se ha objetado
que ello es cierto si se arranca de la Constitución de 1917,
ya que la de 1857 no quiso establecerlo y, en consecuencia, -
reservó a los ciudadanos el ejercicio de la acción penal y --
mantuvo la promotoría fiscal, que subsistió a lo largo del si-
glo XIX y comienzos del XX"... "La Constitución de 1857 fue -
contraria a la implantación de un ministerio público tipo fran-
cés"... "el 12 de diciembre de 1903 se expidió la primera ley
orgánica del ministerio público para el Distrito y Territorios

2) Alcalá-Zamora y Castillo Niceto.- Panorama del Derecho Me-
xicano.- Síntesis del Derecho Procesal.- Publicaciones del
Instituto de Derecho Comparado.- Universidad Nacional Autó-
noma de México.- México 1966.- Páginas 182 y 183.

Federales. Promulgada la Constitución de 1917, sus artículos 21 y 102 asientan el ministerio público sobre bases distintas, y ello condujo a que en septiembre de 1919 se sancionase una nueva ley distrital del ministerio público, reemplazada primero por la de 2 de agosto de 1929 y luego por la vigente de 29 de diciembre de 1954".

Cabe precisar que la actual ley Orgánica de la Institución fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1971.

En la actualidad se encuentra vigente la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 15 de Diciembre de 1977, referente al fuero común y en el ámbito federal la Ley de la Procuraduría General de la República, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de Diciembre de 1974 (3)

Naturaleza Jurídica.

La determinación de la naturaleza jurídica del Ministerio Público ha provocado discusiones interminables, habiéndosele considerado desde los siguientes aspectos:

1.- Representante de la sociedad en el ejercicio de la acción penal.

Para fundamentar la representación social se toma como base el hecho de que el Estado le otorga el derecho para

3) Códigos de Procedimientos Penales.- Editorial Porrúa, S. - A. México 1980. Páginas 315 a 367.

ejercer la tutela jurídica general, para que de esa manera - persiga judicialmente a quien atente contra la seguridad y el normal desenvolvimiento de la sociedad, o sea, que representa el interés general y provee todo lo necesario para el mantenimiento de la legalidad y el orden.

Su función constitucional de consejero, vigilante - del cumplimiento de la ley y titular del ejercicio de la acción penal, lo elevan hasta el rango de protector de la sociedad.

2.- Como Órgano administrativo que actúa con el carácter de parte.

Según esta teoría el Ministerio Público no puede, - ni debe resolver controversias judiciales y en consecuencia - no es posible considerarlo Órgano jurisdiccional, siendo su - carácter más bien el de institución administrativa, lo que -- justifica al considerársele parte de la relación jurídico-procesal por ejercitar la acción penal, por interponer recursos y por la facultad que tiene de solicitar la práctica de diligencias ante el juez, independientemente de que la represión penal pertenece a la sociedad y al Estado, quien la realiza - por conducto del poder judicial, de acuerdo con el artículo - 21 Constitucional.

Con respecto de esta posición, considero muy interesante transcribir la siguiente opinión del jurista Julio Acero (3 Bis): "los jueces en lugar de tener ante sí a litigantes
3 Bis) Acero Julio.- Procedimiento Penal.- Editorial José M. Cajica, Jr., S. A. Puebla, Pue.- Cuarta Edición.- Página 36.

de la misma situación, encuentran por un lado autoridades imponentes paralelas a la suya y ante las cuales el reo resultaría muy desprovisto de valimiento. Pero por otra parte al contrario esa dependencia de los altos poderes del Estado no contrapesada con garantías de inamovilidad o de otro género, quita vigor y libertad a los representantes del Ministerio - Público que se convierten en instrumentos a sueldo de los intereses del gobierno que muchas veces varían con las circunstancias y hasta con los vaivenes políticos y tendencias muy poco armonizables con el verdadero bienestar social".

3.- Es un auxiliar de la función jurisdiccional. Se afirma lo anterior debido a que todas las actividades que realiza en el proceso penal van encaminadas a la aplicación de - la ley al caso concreto. Ahora bien, si esta facultad corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional, resulta obvio que la actividad del Ministerio Público es de auxiliar. Por - nuestra parte consideramos que el Ministerio Público es un representante social, que como tal le corresponde esforzarse - por el descubrimiento de la verdad histórica del hecho que la y la personalidad del implicado en el mismo. Sin tomar partido, recurrir y apartar al órgano jurisdiccional -- las pruebas para ello, perjudiquen o beneficien al procesado, ya que tanto el ofendido en el delito como el implicado en el mismo forman parte de la sociedad.

Características del Ministerio Público Mexicano.

El ministerio público en México tiene una caracte-

-rística singular: independientemente de las explicaciones - doctrinarias y teóricas que se le dan y que recogen experiencias de valor universal, son nuestras mismas exigencias las que lo definen y precisan, pudiéndose decir que sus principales características son las siguientes:

- a.- Constituye un cuerpo orgánico o entidad colectiva.
- b.- Actúa bajo una dirección que es la del señor Procurador.
- c.- Depende del poder ejecutivo.
- d.- Es parte en los procesos penales.
- e.- Aun cuando tiene pluralidad de miembros, posee indivisibilidad pues sus miembros actúan a nombre de la institución.
- f.- Tiene a sus órdenes a la policía judicial.
- g.- Tiene el monopolio de la acción penal.
- h.- Actúa como representante social, en este sentido

podemos decir que su papel no es el de delator, inquisidor, ni siquiera perseguidor o contendiente forzoso de los procesados. Su interés no es necesariamente el de la acusación o la condena, sino simplemente el interés de la sociedad: ya que a la sociedad le interesa tanto el castigo del culpable como la absolución del inocente, el ministerio público no puede ser un adversario sistemático del procesado, más bien su tarea es buscar las pruebas para descubrir la verdad histórica del hecho que se le denuncia.

Atribuciones de la Institución.

Las mismas están precisadas en el artículo 10. de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del -- Distrito Federal, página 341 que a la letra dice:

Art. 10. Son atribuciones del Ministerio Público:

Fracción 1a.- Investigar por sí mismo y con auxilio de la Policía Judicial, los delitos de su competencia;

Fracción 2a.- Ejercitar la acción penal en los casos en que proceda, aportando las pruebas y promoviendo todas las diligencias conducentes a la comprobación del delito y de la responsabilidad de los inculpados, así como de la existencia y monto del daño privado causado por el delito;

Fracción 3a.- Recabar de las oficinas públicas correspondientes federales o locales, organismos descentralizados, empresas de participación estatal y demás organismos del sector público, así como de las personas privadas, físicas o morales, los documentos e informes indispensables para el -- ejercicio de sus funciones;

Fracción 4a.- Promover lo necesario para la recta y pronta administración de justicia;

Fracción 5a.- Recibir las manifestaciones de bienes de los funcionarios y empleados del Distrito Federal, al tomar posesión de sus cargos y al dejarlos;

Fracción 6a.- Conocer en auxilio del Ministerio Público Federal, de las denuncias o querellas que se le pre-

-senten con motivo de los delitos de ese fuero, en los términos legales;

Fracción 7a.- Intervenir, en los términos de ley, en la protección de incapaces y en los procedimientos del orden familiar que se ventilen ante los tribunales respectivos y,

Fracción 8a.- Intervenir en todos los demás asuntos que las leyes determinan.

Considero necesario dar una visión general de la actividad que desarrolla el ministerio público que es, según los artículos transcritos, quien lleva a cabo la función investigadora o persecutoria así como la acusatoria. Estas funciones imponen al ministerio público la realización de dos clases de actividades, a saber:

- 1o.- Una actividad investigadora, y
- 2o.- El ejercicio de la acción penal.

La actividad investigadora se caracteriza porque implica una labor de auténtica investigación, de búsqueda -- constante de las pruebas que justifiquen los delitos y la responsabilidad de quienes participaron en su comisión.

Esta actividad debe regirse por las disposiciones contenidas en las leyes de las procuradurías que hemos transcrito en este trabajo y en los artículos del 262 al 286, inclusive, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de Procedimientos Penales.

De acuerdo con estos preceptos y los constitucionales que rigen el funcionamiento de la Institución, se puede afirmar que hay tres principios que rigen su desarrollo y que son los siguientes:

A.- Principio de iniciación.

De acuerdo con este principio, no puede dejarse a la iniciativa del Ministerio Público el comienzo de la investigación, sino que es necesaria la existencia de una denuncia o querrela, es decir, como afirma el maestro Rivera Silva (4): "es menester, para iniciar la investigación, el cumplimiento de ciertos requisitos legales o de iniciación. Estos requisitos son la presentación de la "denuncia" o de la "querrela". El señalar como únicos los requisitos que hemos apuntado, ofrece como reverso el destierro total, de nuestro Derecho, de instituciones jurídicas como la pesquisa particular, la pesquisa general, la delación anónima y la delación secreta".

B.- Principio de Oficiosidad.

De acuerdo con este principio una vez formulada la denuncia o querrela ya no sería necesaria la excitación del particular para que el Ministerio Público proceda a la búsqueda de elementos de prueba y la práctica de diligencias, es decir, una vez que se inicia la investigación, el ministerio público debe realizar oficiosamente, todas las actividades que considere convenientes o necesarias para justificar

4) Rivera Silva Manuel.- El Procedimiento Penal.- Editorial Porrúa, S. A.-Tercera Edición.- Página 99.

la existencia del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

C.- Principio de Legalidad.

Si bien es cierto que el órgano investigador debe realizar su labor oficiosamente, no es menos cierto que dicha labor debe realizarse sujetándose a los preceptos legales y no en forma arbitraria o caprichosa.

El Ministerio Público toma conocimiento de los hechos estimados ilícitos, por dos medios:

1o.- Vía directa: Por denuncias y querellas presentadas directamente a la oficina de partes de la Procuraduría, que origina su conocimiento por la radicación en las mesas de la misma dependencia.

2o.- Vía indirecta: Por denuncias y querellas presentadas ante las agencias del ministerio público, lo que origina su remisión al sector central para su perfeccionamiento, en el caso de que aún no se encuentren reunidos los requisitos constitucionales. Debido a la desconcentración administrativa hoy existen departamentos en zonas del D. F. para que en esos lugares se perfeccionen las averiguaciones y una vez integradas se haga la consignación o archivo que corresponda.

La práctica de diligencias del ministerio público tiene por finalidad la comprobación del cuerpo del delito y acreditar la probable responsabilidad del inculcado. Estos dos elementos, son comúnmente denominados como requisitos del

artículo 16 Constitucional.

En la práctica de las diligencias, el Ministerio Público tiene a sus órdenes a la Policía Judicial.

En aclaración a la común idea que se tiene respecto a la actividad del instituto, al confundir ésta con la del Órgano jurisdiccional, debemos precisar que el ministerio público, aun cuando materialmente, como es lógico, ejerce un proceso mental de consideración de pruebas de entre las reunidas, debe hacerlo únicamente para integrar el precepto constitucional expresado y no para resolver en definitiva una situación controvertida cuya actividad sólo puede ser efectuada por el titular del Órgano judicial.

En rigor, la resolución única que corresponde al ministerio público en su primera fase, como Órgano acusador, es la consignación del acta elaborada a la autoridad competente, sin embargo, con base en el principio general de buena fé, que rige a la institución y con fundamento en el principio de la economía procesal adoptado en la propia ley orgánica del ministerio público, estando probada la no existencia del delito cuya investigación se instruye y, en criterio también adoptado por la Procuraduría, entontrándose prescrita la penalidad del delito que se investiga o existiendo alguna eximentas de responsabilidad considerada expresamente en la ley, se puede someter al criterio del Procurador, el no ejercicio de la acción penal, realizando, de facto, actividades que son propias y exclusivas del juez.

Capítulo III.- El Procedimiento Penal ante el Organo Jurisdiccional.

Finalidad de este Capítulo.

El objeto de este capítulo es dar una visión general del Procedimiento Penal en el Derecho Mexicano, en las etapas cuyo conocimiento corresponde al organo judicial, con la aclaración pertinente de que, según nuestro punto de vista, el procedimiento penal constituye una unidad orgánica indivisible y solo para los efectos de su estudio en este trabajo - se puede dividir en las siguientes etapas o periodos:

- 1.- Etapa de la averiguación previa o preparación de la acción procesal penal.
- 2.- Instrucción Previa, Preparación del Proceso o término constitucional.
- 3.- Instrucción o Proceso mismo.
- 4.- Periodo de las conclusiones o Preparación del juicio.

- 1.- Etapa de la averiguación previa.

Huelga repetirlo, pues su estudio ya fue efectuado en el Capítulo inmediato anterior.

- 2.- Instrucción Previa, preparación del Proceso o Término Constitucional.

En el lenguaje común instruir significa enseñar, - informar, ilustrar, enterar, de alguna cosa o circunstancia. Desde un punto de vista técnico-jurídico, debe entenderse como la etapa del procedimiento penal que tiene por objeto --

buscar los elementos que permitan un proceso y que en la legislación mexicana son a) la comprobación del cuerpo del delito y b) la presunta responsabilidad del indiciado, -- elementos medulares para decretar el auto de formal prisión o sujeción a proceso.

El fundamento de esta etapa lo encontramos en el -- Artículo 19 Constitucional y en la Ley Adjetiva, tanto del -- fuero común como federal. El legislador creó ese término a -- efecto de no realizar procesos inútiles en perjuicio de los -- particulares, pues dentro del término de 72 horas debe resolverse si hay elementos o no para iniciar un proceso penal.

Esa etapa va del auto de radicación al auto de formal prisión, sujeción al proceso o si no se reúnen -- los elementos, libertad por falta de elementos.

El auto de radicación es la primera resolución que pronuncia el Órgano jurisdiccional una vez que ha recibido la consignación.

Esta resolución no tiene señalada en la ley ningún requisito formal y lo que necesariamente debe contener es su esencia misma, es la manifestación de que queda radicado algún asunto. En la práctica se puede apreciar que contiene los siguientes elementos:

a.- Nombre del juez, lugar, año, mes, día y hora en que se dicta, así como mandatos relacionados con lo siguiente:

b.- Radicación del asunto.

c.- Orden para que se tome al indiciado declaración preparatoria.

d.- Orden para que se realicen diligencias tendientes a establecer si está justificado el cuerpo del delito y la responsabilidad del sujeto y, por último

e.- El mandato que ordena facilitar su defensa al indiciado.

Los principales efectos que produce esta resolución en el orden jurídico-procesal, son los siguientes:

1o.- Constituye el primer acto de imperio del juez e inicia la apertura de su jurisdicción.

2o.- Desde el momento en que se pronuncia el juez puede ejercer su potestad jurisdiccional.

3o.- Sujeta a las partes a la potestad del juez -- con el propósito de que el Procedimiento se desarrolle normalmente.

4o.- Sirve de base para computar los términos de - 48 y 72 horas que tiene el juez para tomar la declaración preparatoria del indiciado y resolver sobre su situación jurídica, debe aclararse que no son dos términos separados sino que las 48 horas quedan comprendidas en las 72.

La Declaración Preparatoria.

El acto procesal que sigue al auto de radicación es la declaración preparatoria.

Esta declaración se rinde, por lo general, después del auto de radicación y consiste en que la persona a quien se imputa la comisión de algún delito comparece, por primera vez, ante un juez a explicar los móviles de su conducta, ya

sea en su aspecto de inculpación o en los aspectos de atenuación o exculpación.

El término que utiliza nuestra ley para denominar esta declaración es correcto, según el maestro Juan José González Bustamante (1), "porque permite distinguirlo de otras - locuciones empleadas en los sistemas de enjuiciamiento inquisitorio y mixto. Declarar significa exponer hechos; es una manifestación del ánimo o de la intención o la deposición que - hace un inculpado en causas criminales. Preparar quiere decir prevenir, disponer a alguien para alguna acción que se ha de seguir. En este sentido, la declaración preparatoria tiene -- por finalidad informar al inculpado sobre el procedimiento judicial instaurado en su contra para que conteste los cargos.

Por nues-ra parte, consideramos que la naturaleza - jurídica de ese acto procedimental de la declaración preparatoria consiste en informar instruir al indiciado de los car-- gos que hay en su contra para que conociéndolos pueda extruc- turar su defensa.

Al realizarse este acto de la declaración preparato ria deben cumplirse los siguientes requisitos:

A.- Requisito de orden temporal.- Obliga al organo jurisdiccional a tomar la declaración preparatoria dentro del término de 48 horas, siguientes a la consignación del indicia do ante el juez.

1) González Bustamante Juan José.- Principios de Derecho Proce- sal Penal Mexicano.- Editorial Porrúa, S. A. Cuarta Edi- ción. Páginas 148 y 149.

B.- Requisito de forma.- Este obliga al juez a recibir la declaración que se comenta en audiencia pública. (Solo debe obligarse a abandonar el local a los testigos que deban ser examinados en relación con los hechos que se averiguan).

C.- Existe la obligación de hacer saber al acusado la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le imputa.

D.- El juez tiene la obligación de dar a conocer el nombre del acusador, esta obligación se refiere a que el juez debe enterar al detenido del nombre de la persona que presentó la denuncia o querrela y no la del funcionario que representa al Ministerio Público institución (acusador propiamente dicho), pues el legislador Constitucional lo que pretendió es proporcionar al indiciado el mayor número de datos relacionados con el delito para que pueda defenderse.

E.- Obligación de oír o escuchar en defensa al acusado para que pueda contestar el cargo, según señala el precepto Constitucional.

F.- Se deben dar a conocer al acusado el nombre de los testigos que declaran en su contra, con esto se pretende ilustrar al indiciado en todo lo relacionado con el delito y así permitir su defensa.

G.- Es preciso dar a conocer al acusado el derecho que tiene de obtener su libertad caucional en los casos en que proceda y la forma para obtenerla y, por último;

H.- Se debe hacer saber al acusado el derecho que tiene para defenderse por sí mismo o para nombrar persona de

su confianza que lo defienda.

Una vez que se ha rendido la declaración preparatoria el Órgano judicial debe resolver sobre la situación jurídica del acusado y debe dictar, en consecuencia, un auto de formal prisión, sujeción a proceso o de libertad por falta de elementos. Al respecto podemos decir lo siguiente:

La situación jurídica de la persona a quien se imputa la comisión de un delito es imprecisa, indefinida, dentro de las 72 horas siguientes a su consignación a la justicia. - En este plazo el juez debe hacer un análisis de las pruebas - recogidas y decidir si el acusado ha de quedar formalmente -- preso o debe ser puesto en libertad por falta de elementos para procesar.

De acuerdo con el artículo 19 Constitucional ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión. Según nuestro - punto de vista, por razones de conveniencia pública se admite que una persona sea privada de su libertad, pero sólo por el tiempo indispensable para poder definir su situación jurídica.

En consecuencia el auto de formal prisión tiene por objeto definir la situación jurídica del indiciado señala el delito o los delitos por los que se debe seguir el proceso. Es decir da las bases para iniciar un proceso.

El jurista Julio Acero (2) se refiere a esta resolución

2) Acero Julio.- Procedimiento Penal.- Editorial José M. Cajica Jr. S. A. Puebla, Pue.- Cuarta Edición. Pág. 134.

-ción en los siguientes términos: "Coinciden como se dijo, la aprehensión y la formal prisión o prisión preventiva, en el objeto y necesidad de asegurar al presunto reo para impedir o prevenir su fuga; para que no se sustraiga a la acción de la justicia; pero mientras la primera llena su cometido con la captura material y consignación del sujeto al Juez por -- unas horas, como quien dice nada más que para presentarlo y hacer que se le tome su declaración; la segunda prolonga el encarcelamiento por toda la duración del proceso para que siga a disposición del Juzgado hasta que la sentencia final decida si realmente es culpable o inocente y ordene su libertad o lo condene definitivamente convirtiendo su internamiento - preventivo en prisión por pena".

Por su parte el Doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (3) expresa: "El auto de formal prisión, o de procesamiento, como sería mejor denominarle, de acuerdo con su ascendencia hispánica y con el propio criterio del Código de Procedimientos Penales que en diversos lugares habla de "procesado", sirve esencialmente para darle un destinatario a la instrucción y por lo menos, una apariencia de contradictorio a la - misma, aun sin erigirla en proceso entre partes. En este sentido, representa una garantía para el inculcado e inclusive debería decretarse desde el primer instante, cuando los indicios existan desde el comienzo (delito flagrante, presenta--

3) Alcalá-Zamora y Castillo Niceto.- Panorama del Derecho Mexicano.- Síntesis del Derecho Procesal.- Publicaciones del Instituto de Derecho Comparado.- Universidad Nacional Autónoma de México.- México 1966.- Página 217.

-ción espontánea del culpable, etc.)".

El auto de formal prisión debe ajustarse a las disposiciones contenidas en el artículo 19 Constitucional y a -- las del Código Procesal que corresponda, que podemos precisar en la siguiente forma:

I.- La comprobación plena del cuerpo del delito.

II.- La justificación de la probable o presunta responsabilidad penal del indiciado.

III.- Es preciso que al indiciado se le haya tomado su declaración preparatoria.

IV.- No debe estar comprobada, plenamente, alguna circunstancia excluyente de responsabilidad penal.

V.- Se debe precisar el lugar, la fecha y la hora -- exacta en que se pronuncia el auto.

VI.- Debe expresarse, claramente, el o los delitos por los que deberá seguirse el proceso penal. Con este requisito se pretende fijar con claridad lo que va a constituir la materia del proceso.

VII.- El juez debe expresar el lugar, y demás cir-- cunstancias de ejecución del delito, lo que sirve o tendrá -- eficacia para el esclarecimiento de los hechos en relación -- con las pruebas del proceso.

VIII.- Por último, debe señalarse el nombre del juez que dicte el auto y del Secretario que lo autoriza.

Los autores han considerado que los requisitos esen ciales, medulares o "de fondo", como también se han denomina-- do, del auto de formal prisión son la comprobación del cuerpo

del delito y de la probable o presunta responsabilidad penal del indiciado, por lo que haremos una breve referencia a los mismos.

En este sentido consideramos conveniente ver la opinión del maestro Juan José González Bustamante (4) que dice: "Tanto el Código Federal de Procedimientos Penales como el que rige en el Distrito Federal y el Código de Justicia Militar - establecen los requisitos que debe contener el auto de formal prisión. Siguiendo su enumeración, diremos que los requisitos de fondo son los siguientes: a) La comprobación plena del -- cuerpo del delito; b) la comprobación de la probable responsabilidad penal del inculcado, debiendo tenerse presente que el artículo 13 del Código Penal, dispone que son responsables to dos aquellos que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito, o prestan auxilio o cooperación de -- cualquier especie, por concierto previo, o inducen directamente a alguno a cometerlo".

El Cuerpo del Delito.

La base de todo procedimiento del orden criminal es la comprobación del cuerpo del delito, si no está justificado no podrá procederse formalmente en contra de ninguna persona.

Al cuerpo del delito se le han dado diferentes acepciones que son las siguientes:

4) González Bustamante Juan José.- Op. Cit. Página 185.

1o.- Los tratadistas antiguos entendieron que el cuerpo del delito era el delito mismo.

2o.- Posteriormente se consideró que el cuerpo del delito estaba constituido por el conjunto de elementos materiales e inmateriales comprendidos en la definición legal, incluyendo los elementos psicológicos o subjetivos, es decir, la voluntad y el dolo.

Desde el punto de vista de esta postura, que considero correcta, el cuerpo del delito se considerará comprobado cuando por cualquier medio probatorio legal se acrediten los elementos constitutivos del tipo penal, según lo describe la ley substantiva.

3o.- La última posición contempla al cuerpo del delito exclusivamente en función de los elementos materiales.

Esta es la opinión que en la actualidad priva. Así lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (5) que ha sostenido en Jurisprudencia Definida, afirmada por un gran número de posteriores Ejecutorias: "Por cuerpo del delito debe entenderse el delito mismo, pues esta conclusión sería antijurídica, ya que por delito, según el artículo 4o. del Código Penal (se refiere al Código Penal de 1871), se entiende la infracción voluntaria de una ley penal, requiriéndose, por tanto, para que exista delito, elementos psicológicos o subjetivos, mientras que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que cons-

5) Semanario Judicial de la Federación, tomos XXVIII y XXIX.

-tituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito".

Por nuestra parte consideramos que el cuerpo del delito es una parte del todo y en tal sentido opinamos que es la tipicidad que como sabemos es uno de los elementos del delito pero no es el delito.

La comprobación del cuerpo del delito puede lograrse mediante el empleo de pruebas directas o indirectas. La prueba directa es, por su naturaleza, esencialmente objetiva, porque lleva a la comprobación del hecho o circunstancia por la materialidad del acto y es la que más satisface, porque llega al conocimiento de la autoridad por su propia percepción, por ejemplo la prueba de la inspección judicial.

En cambio, las pruebas indirectas se logran por medio de un órgano de prueba y vienen a constituir verdades para el juez.

Por otro lado, es conveniente precisar que las leyes procesales establecen una regla genérica y reglas específicas para la justificación del cuerpo del delito. La regla genérica está prevista en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que a la letra dice: "El cuerpo de los delitos que no tenga señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción".

Por lo que toca a las reglas específicas, para su - mejor comprensión las debemos dividir en dos grupos, a saber: Las previstas para los delitos en contra de las personas en - su patrimonio y las relativas a los delitos en contra de la - vida y de la integridad corporal.

La Presunta Responsabilidad.

Para imputar a una persona un hecho delictuoso es - necesario que esta persona haya creado la causa productiva o eficiente para la comisión del delito.

Debemos precisar que en el auto de formal prisión no se estudia íntegramente la prueba sobre la responsabilidad penal, porque esta situación corresponde exclusivamente a la Sentencia Definitiva.

En el auto de formal prisión sólo se toma en consi- deración la existencia de datos que hagan suponer que la per- sona a la que se imputa el hecho es responsable, para motivar o fundamentar su prisión preventiva. Desde este punto de vis- ta la probable responsabilidad debe tenerse por justificada - cuando existan indicios o sospechas que hagan presumir, racio- nalmente, al juez que la persona a quien se imputa la comi- sión del delito pudo haber tenido intervención en el mismo.

Las presunciones deben ser objetivas, materiales a efecto que no sólo para el juez sean útiles, que lo sean para todas las personas que examinarán los actos.

Efectos del auto de formal prisión.

Los principales son los siguientes:

1.- Le fija tema al proceso criminal al señalar el o los delitos por los que habrá de seguirse y el o las personas presuntamente responsables de su comisión.

2.- Justifica la prisión preventiva y:

3.- Justifica el cumplimiento, por parte del Órgano jurisdiccional, de la obligación que tiene de señalar o definir la situación jurídica de un sujeto que le ha sido consignado, precisamente en el término de tres días que señala la ley.

Auto de libertad por falta de elementos para procesar.

Este auto denominado también auto de libertad por falta de méritos, auto de soltura y auto de libertad por falta de elementos para procesar, se deberá pronunciar cuando no se hayan satisfecho los requisitos de fondo que son indispensables para dictar el auto de formal prisión, o sea, la falta de comprobación del cuerpo del delito o la falta de elementos de prueba en que se funde la presunta responsabilidad.

El principal efecto de este auto es el de restituir al acusado en el goce de la libertad de que disfrutaba antes de la detención.

Es conveniente hacer notar que en estos casos no se trata de una libertad absoluta, no, el inculpado queda sujeto a las contingencias que surjan de posteriores investigaciones

y que pueden motivar una nueva orden de aprehensión, aún cuando es obvio que no podrán servir de base los mismos datos que tomó en cuenta el juez para dictar su libertad, es decir, no se puede revocar la resolución de libertad para dictar una orden de aprehensión, sino que se requiere aportar nuevos elementos de prueba.

Caso diferente es el de la libertad cuando ha sido motivada por una circunstancia excluyente de responsabilidad penal, porque en este caso se trata de Sobreseimiento que impide dictar una nueva orden de aprehensión por el o los mismos delitos, si se toma en consideración el contenido del artículo 23 Constitucional que, en su parte conducente a la letra dice: "Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito".

Estimo que en este sentido se manifiesta el maestro Juan José González Bustamante (5) que expresa: "La persona que queda en libertad por falta de méritos no puede decirse que se encuentre arraigada en el lugar del juicio. Después de habersele reintegrado en su libertad, puede ser nuevamente detenida y declarada en formal prisión, en caso de haberse satisfecho los requisitos legales.

Opinamos al respecto, que debido a que toda persona tiene derecho a la seguridad jurídica hasta hoy no se logra pues la solución en el Capítulo de la Prescripción, que es de bastante . La solución a este problema sería que se adicionarán los artículos 302 del Código Penal del D. F. y el 5) González Bustamante Juan José. Op. Cit. Página 196.

167 del Federal con lo siguiente; si en el término de 30 días el Ministerio Público no aporta nuevas pruebas este auto tendrá fuerza de sobreseimiento.

Si en cambio ha sido puesta en libertad absoluta, por concurrir una causa excluyente de responsabilidad decretándose el sobreseimiento, no podrán practicarse con posterioridad nuevas diligencias en averiguación de los hechos, sin menoscabo de la garantía consagrada en el artículo 23 de la Constitución Política de la República, toda vez que el auto de sobreseimiento tiene la misma fuerza legal que una sentencia absolutoria".

3.- Instrucción o Proceso mismo.

Uno de los efectos del auto de formal prisión es que da principio o inicia el tercer período del procedimiento penal. Durante esta etapa los sujetos de la relación jurídica procesal aportarán elementos de prueba y solicitarán la práctica de las diligencias que consideren necesarias o convenientes para justificar sus posiciones. Por su parte, el órgano jurisdiccional ordenará la realización de todas aquellas diligencias que le permitan lo siguiente:

- a) El conocimiento más certero y verídico de los hechos sometidos a su consideración. (La verdad histórica).
- b) El conocimiento de la personalidad del delinciente.
- c) Para ilustrar, en forma amplia, su criterio.

Durante esta etapa hay oportunidad para que la -- prueba penal se ensanche plenamente, ya que en la averigua-- ción previa el Ministerio Público actúa en forma un tanto ar-- bitraria, pues no permite el desahogo de probanzas que puedan favorecer al probable autor del delito.

Estimamos conveniente, en este apartado, transcri-- bir la siguiente opinión del maestro Manuel Rivera Silva (6): "El fin que se persigue en la instrucción es "averiguar la -- existencia de los delitos, las circunstancias en que hubieren sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de -- los inculpados" (fracción II, artículo 10. del Código Federal de Procedimientos Penales). Es, en otras palabras, ilustrar -- al Juez para que pueda cumplir su misión, o mejor dicho, dar-- le a conocer lo que sea necesario para que pueda realizar la obligación que tiene de dictar la sentencia. Con mucha razón los tratadistas señalan la instrucción como el período en que se aportan los datos que necesita conocer el Juez para prepa-- rar el acto de voluntad mediante el cual decide.

El contenido de este período es un conjunto de acti-- vidades realizadas por o ante los tribunales; es la aportación de las pruebas que van a servir para la decisión".

La Prueba Penal.

Las probanzas, en materia penal, se rigen por los -- siguientes principios:

6) Rivera Silva Manuel.- El Procedimiento Penal.- Editorial - Porrúa, S. A. Tercera Edición.- Página 43.

10.- Presunción de dolo.- Esta presunción, que es *Iuris tantum*, está plasmada en el artículo 90. del Código Penal que en su parte conducente a la letra dice: "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario".

20.- Pertinencia.- De acuerdo con este principio la prueba penal debe ser la idónea, la indicada, la adecuada. En este caso la prueba se constituye en un medio apropiado para obtener la verdad histórica en el proceso, en cambio, cuando no es pertinente no solamente no se llegaría a la verdad, sino que se caería en el absurdo y no serviría al proceso, sería impertinente.

30.- Utilidad.- De acuerdo con este principio se justifica el desahogo de la probanza, si con su empleo llegamos a probar lo que se pretende, es decir, si es útil.

El Organismo, Objeto y Medio de Prueba.

Al concepto de prueba se han referido los procesalistas en la forma siguiente:

El maestro Eduardo Pallares (7) dice: "La doctrina de la prueba se desarrolla en torno a dos conceptos fundamentales, a saber: el expresado con el verbo probar, y el que se menciona con el sustantivo prueba.

Probar consiste en evidenciar la verdad o la falsedad de un juicio, o la existencia o inexistencia de un hecho.

7) Pallares Eduardo.- Derecho Procesal Civil.- Editorial Porrúa, S. A. Cuarta Edición.- Página 351.

Cuando se trata de la prueba judicial, esa actividad ha de realizarse ante el órgano jurisdiccional y convencerlo.

En sentido diverso, el sustantivo prueba significa todo aquello que puede servir para lograr la evidencia mencionada".

Los juristas Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga (8) expresan: "La necesidad de convencer al juez de la existencia o de la inexistencia de los hechos a actos susceptibles de tener eficacia en relación con el resultado del proceso, da a la actividad encaminada a este objeto una importancia capital.

La fundamentación legal de las pretensiones de las partes es, sin duda, trascendental, pero la prueba de los hechos alegados lo es en mayor grado, puesto que siendo estos desconocidos para el juez, al contrario de lo que sucede con el derecho, el fracaso en este punto lleva aparejadas las consecuencias más lamentables para la parte a quien afecte la falta de prueba".

Por nuestra parte podemos decir que en el lenguaje jurídico el concepto de "prueba" tiene varios significados y no solamente se le emplea para clasificar a los medios que sirven para proporcionar la convicción de la realidad o certeza del hecho o cosa, sino también el resultado mismo y el procedimiento que se sigue para obtenerlo. Por esta razón es

8) De Pina Rafael y Castillo Larrañaga José.- Instituciones de Derecho Procesal Civil.- Ed. Porrúa, S.A. 3a. Ed. Pág. 236.

conveniente fijar los elementos precisos integrantes de la prueba que son tres: Organo, Objeto y Medio de Prueba.

Objeto de Prueba.- Es lo que en el procedimiento hay que determinar. Es el tema a probar y consiste en la cosa, circunstancia o acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso.

Organo de Prueba.- Es la persona física que suministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba.

Medio de Prueba.- Es el acto procesal por el cual la persona física aporta al proceso el conocimiento de un objeto de prueba.

Objeto de Prueba.

Según dijimos es lo que hay que determinar en el proceso, es decir, aquello sobre lo que el juez debe adquirir el conocimiento necesario para resolver sobre la cuestión sometida a su examen. Este objeto puede tener tres manifestaciones fundamentales o concretarse en tres categorías que son las siguientes:

A) Los elementos de hecho entendidos en sentido amplio. Por lo que toca a este aspecto debemos decir que la materia más abundante de la prueba es suministrada por los hechos que pueden agruparse en dos series:

a) Los externos que suceden fuera de nosotros, en el mundo exterior físico o social. Se trata, por tanto, de manifestaciones externas. Los medios de prueba para justificar estos hechos no presentan dificultades ya que pueden ser investigados inmediatamente, es decir, se pueden tomar directa-

-mente en sus manifestaciones.

II) H-chos internos que son los individuales de la psique humana, o sea, hechos de la vida interna de la persona. La investigación y comprobación de este tipo de hechos es más complicada, ya que se trata de manifestaciones de la psicología individual. La justificación de esta clase de hechos se puede lograr por medio de dos formas: por la revelación o confesión del sujeto y por medio del examen por otra persona: -- psicólogo o psiquiatra.

B) Las máximas o reglas de la experiencia que son -- nociones y conocimientos que suministra la vida práctica y -- las costumbres sociales corrientes y que al ser utilizadas en un proceso valen por sí y tienen eficacia autónoma de carác-- ter general.

C) El último de los objetos de la prueba es, en -- ciertos casos, la norma jurídica.

Organo de Prueba.

Ya definimos el órgano de prueba, solo cabe agregar que debe reunir los requisitos de capacidad que la ley exige y, por otro lado, que el juez nunca es órgano de prueba, ya que aunque sea un perceptor directo es, siempre, receptor de la prueba.

Medio de Prueba.

Ya dijimos que es el modo o acto procesal mediante el cual se adquiere en el proceso el conocimiento de un obje-

-to de prueba. Existen dos formas fundamentales para proporcionar al juez este conocimiento:

1.- Mediante la narración de otros o por la transmisión de los demás y;

2.- Por la percepción propia directa e inmediata del juez como en el caso de la inspección judicial.

El jurista Eduardo Pallares (9) al referirse a esta clasificación de los medios de prueba manifiesta: "Los medios de prueba se clasifican en los siguientes grupos: Directas o inmediatas, que son aquellas que producen el conocimiento del hecho que se trata de probar sin intermediario de ningún género. Las mediatas o indirectas son sus contrarias".

Los Medios de Prueba en particular.

La Prueba Confesional.

La confesión es, según el maestro Juan José González Bustamante (10) "La declaración o reconocimiento que hace una persona contra sí misma, acerca de la verdad de un hecho" y de acuerdo con el jurista Manuel Rivera Silva (11) "es el reconocimiento que hace el reo de su propia culpabilidad. Es, en otras palabras, una declaración en la que reconoce la culpabilidad en la comisión de un delito".

Para hacer posible la eficacia probatoria de esta probanza dentro del procedimiento penal, debe reunir ciertos requisitos.

9) Pallares Eduardo. Op. Cit. Pág. 352.

10) González Bustamante Juan José.- Op. Cit. Pág. 339.

11) Rivera Silva Manuel.- Op. Cit. Pág. 189.

Los requerimientos que desde el punto de vista teórico o doctrinal se han señalado, son los siguientes: verosimilitud, credibilidad, persistencia y uniformidad. Por lo que hace a la forma, debería de ser formulada ante el juez de la instrucción en forma pública, circunstanciada y emanada de la libre voluntad del inculpado.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 249 del Ordenamiento Procesal para el Distrito Federal, la confesión judicial hará prueba plena, cuando concurren las siguientes circunstancias:

I.- Que esté plenamente comprobada la existencia -- del delito.

II.- Que se haga por persona mayor de catorce años, en su contra, con pleno conocimiento, y sin coacción ni violencia;

III.- Que sea de hecho propio;

IV.- Que se haga ante el juez o tribunal de la causa, o ante el funcionario de la policía judicial que haya -- practicado las primeras diligencias, y

V.- Que no vaya acompañada de otras pruebas o presunciones que la hagan inverosímil, a juicio del juez.

La confesión tiene dos modalidades a las que considero necesario referirme, a saber:

a.- La retractación que es, según el maestro Rivera Silva (12) "la negación de la confesión antes hecha, o en -- otros términos, el desconocimiento expreso de la culpabilidad

12) Rivera Silva Manuel.- Ob. Cit. Página 194.

reconocida".

La retractación tiene siempre como presupuesto una anterior declaración y para que pueda tener eficacia legal es necesario que esté fundada en datos y pruebas aptas y bastantes para justificarla jurídicamente, es decir, si no se aporta ninguna prueba que la justifique, por sí misma es insuficiente para hacer perder el valor de la primera declaración.

b.- Confesión calificada.- Es aquella en la que el inculcado confiesa haber cometido el delito alegando alguna causa o circunstancia excluyente de responsabilidad o alguna modificación para evitar la imposición de la pena.

La confesión es un medio de prueba muy singular por el sujeto sobre quien recae, ya que mientras todos los restantes órganos de prueba están obligados a decir la verdad, el inculcado o acusado de la comisión del delito no tiene esta obligación.

Prueba Documental.

El documento es todo objeto o instrumento en donde consta o se expresa de manera escrita, representativa o reproductiva un hecho cuya naturaleza sea factible de manifestarse en las formas señaladas.

Prueba Pericial.

En el desarrollo de los actos procesales pueden surgir algunas situaciones que por su índole técnica o científica no están al alcance del común de las gentes y a veces ni -

siquiera del juez que conoce de la causa. Esto hace necesaria la intervención de alguna persona que tenga conocimientos especializados sobre dicha situación, es así como surge la necesidad de la prueba pericial que sirve para suministrar en el -- proceso el conocimiento de elementos técnicos sobre cosas, - acontecimientos o personas.

Prueba Testimonial.

La prueba testimonial tiene una gran importancia en el proceso penal.

Concepto de Testigo y su naturaleza jurídica.

El testigo es la persona física llamada a declarar en un proceso penal lo que sabe sobre el objeto del mismo con fines de prueba. El testigo es cualquier persona física que - ha presenciado los hechos delictuosos, que ha estado presente en el momento en que se realizaron y que refiere lo que ha -- visto.

Testimonio.

Es la declaración de las personas que por estar enteradas de una o varias circunstancias de una infracción pe-- nal relatan sobre los hechos atribuidos al procesado o sobre su personalidad y moralidad. El testimonio es necesario en el proceso, ya que en él se tratan de determinar acontecimientos humanos y hechos que interesan a toda la sociedad. Por esta - razón todos los ciudadanos que están en condiciones de apor-- tar algo útil han de intervenir en un proceso penal y es tam-

-bién por esta razón por lo que constituye un deber frente al Estado, por parte de quien los conoce, por haber asistido a ellos o participado en los mismos de acudir ante el órgano judicial a declarar.

Capacidad de Testigo.

La persona al declarar debe reunir ciertos requisitos y es esto precisamente lo que se denomina capacidad de -- testigo, misma que puede considerarse desde dos puntos de vista:

1o.- En abstracto.- Esta capacidad la tienen todas las personas, según el artículo 191 del Código Procesal que a la letra dice:

"Toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, -- condición social o antecedentes, deberá ser examinada como -- testigo, siempre que pueda dar alguna luz para la averigua-- ción del delito y el juez estime necesario su examen. El valor probatorio de su testimonio se aquilatará en la sentencia".

2o.- En concreto.- Esta capacidad se establece en -- relación con un proceso determinado. Podemos afirmar que algunas personas capaces de testimoniar en abstracto no la tienen en concreto y en relación con algún asunto determinado, por -- razones particulares. Estas razones particulares se han denominado causas de exclusión y operan como excepción al principio general.

Hay dos series de razones que pueden excluir la capacidad en abstracto y son: las causas de incompatibilidad y

los vínculos de parentesco.

Por lo que hace a los motivos de incompatibilidad - podemos decir que derivan de las funciones que realiza la persona en el proceso y de la posición procesal en que se encuentre.

Por lo que hace a los vínculos de parentesco del -- testigo con el acusado, se localizan en el artículo 192 del - Ordenamiento Procesal que a la letra dice:

"No se obligará a declarar al tutor, curador, pupi- lo o cónyuge del acusado, ni a sus parientes por consanguini- dad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente, -- sin limitación de grados, y en la colateral hasta el tercero inclusive, ni a los que estén ligados con el acusado por - - amor, respeto o gratitud. Si estas personas tuvieran voluntad de declarar, se les recibirá su declaración y se hará constar esta circunstancia".

Perito y Testigo.

Estas personas tienen un vínculo común.- Ambos son órganos de prueba. Su diferencia radica en un elemento exter- no, a saber: el testimonio se caracteriza por ser cognición e información de cosas corrientes que generalmente pueden ser - apreciadas y narradas por cualquier persona. El perito, en -- cambio, informa sobre cosas para cuyo conocimiento es neces- ario un caudal de nociones técnicas, una cultura particular y determinada experiencia.

En nuestra legislación la prueba pericial es cole- giada, esto significa que tanto el Ministerio Público como -

el acusado nombran peritos, si están de acuerdo se tiene por rendida la prueba pericial y en el caso de que produzcan dictámenes diferentes el juez nombra al que se denomina "perito tercero en discordia".

Es conveniente hacer notar que a pesar de que cada perito es nombrado por una de las partes, el perito no representa a la misma, ya que esta situación estaría en abierta -- contradicción con el carácter público que informa a todo el -- proceso penal.

Inspección Judicial.

La inspección es el examen u observación, junto con la descripción de personas, cosas o lugares. El propósito de la inspección es apreciar y consecuentemente, determinar la -- existencia, dispersión o alteración de las huellas y vestigios del delito en relación con las personas, cosas y lugares que tienen relación con el mismo, así como la fijación de las -- características y particularidades de las mismas. Durante la -- práctica de esta clase de pruebas pueden levantarse planos, sacarse fotografias, etc.

La inspección de las personas puede ser personal, -- corporal o psiquiátrica. La inspección personal consiste en -- la observación y descripción del individuo o confrontación, -- propiamente dicha. La corporal se reduce al examen, observa-- ción y descripción de las partes ocultas del cuerpo de un -- individuo. Esta inspección se puede realizar por el juez o por el perito. La inspección psiquiátrica es el examen científico

de la psique, ya sea en relación con los elementos anatómicos o fisiológicos o con el fin de determinar las condiciones intelectuales de la persona inspeccionada.

La inspección de las cosas consiste en la observación y consiguiente descripción de las mismas. Por cosa, para los efectos de esta probanza, debe entenderse cualquier porción, cualquier objeto del mundo externo.

Adquiere esta prueba una gran importancia cuando se trata de los resultados o los rastros del delito o el conjunto de elementos materiales empleados por el delincuente para realizar o perpetrar el hecho delictuoso.

La inspección de lugares es la observación directa con la consiguiente descripción realizada por el juez o tribunal, junto con las partes, del lugar en que se haya cometido el delito o una parte importante del mismo.

Prueba Presuncional.- Indicios.

El indicio es un hecho conocido del cual se infiere, necesariamente, la existencia de otro desconocido llamado presunción. La presunción es, en consecuencia, la inferencia que la ley o el juez hacen de un hecho conocido y probado para determinar otro litigioso que no está justificado. El elemento que le es característico a la presunción es que no se trata de una cosa, de un hecho, sino de una actividad interna del hombre, de un acto de la mente o de la voluntad del juez o del legislador. Se ha sostenido que todos los medios de prueba son presunciones, ya que de todos el juez infiere o no la existen-

-cia del hecho litigioso.

Según mi punto de vista esto es falso, ya que de las presunciones sólo deriva una inferencia de probabilidad, mientras que de las demás probanzas la ley o el juez deducen la certeza sobre la existencia o no de hechos litigiosos.

Las presunciones son legales o humanas. Las legales las establece la ley, las humanas las formula el juez.

La conducta procesal de las partes constituye una presunción muy valiosa.

Las presunciones pueden ser absolutas y se han denominado Iure et de Iure y no admiten prueba en contrario. En realidad no son presunciones, sino normas jurídicas, la mayor parte de Derecho sustantivo, aunque también hay algunas de derecho procesal, en cambio las presunciones Iuris tantum sí admiten prueba en contrario.

Reconstrucción de hechos.-

La inspección judicial se complementa con la reconstrucción de hechos que es la reproducción artificial del delito, de alguna fase o circunstancia de importancia del mismo y es realizada por orden del juez en su presencia y la de las partes por una persona o personas elegidas con el fin de darse cuenta de la verdad o inverosimilitud de algunos extremos narrados por los testigos o el inculcado o simplemente conjeturados.

Se puede reconstruir también algún hecho o episodio del delito. La reconstrucción es un medio de investigación -

que bien dirigido puede dar una buena aportación probatoria, aún cuando en la vida las cosas no se repiten idénticamente y no se puede plasmar completamente lo que ya ha desaparecido - en el tiempo.

Confrontación y careo.-

En los casos en que la declaración de los testigos sea imprecisa respecto de la persona a que se refiere el testigo, de tal manera que no se sepa su nombre y sea posible -- identificarlo, se procederá a la confrontación.

El careo consiste en la reconstrucción de los acontecimientos que constituyen el objeto del proceso o de alguna parte de los mismos por medio de la colocación del uno frente al otro de dos órganos de prueba para que narren los hechos y discutan sobre los mismos cuando incurran en contradicciones, con el fin de que esta narración y consiguiente discusión surja con claridad la verdad intrínseca de los hechos y sus modalidades.

No pueden ser careadas mas que las personas que ya han sido oídas o examinadas separadamente, pudiendo ser entre procesados, entre procesado y testigo o entre testigos entre sí.

El careo puede desarrollarse pacíficamente o degenerar en conflicto con tonos dramáticos y entonces forma un capítulo interesantísimo de psicología judicial. Todo lo que ocurra durante el careo debe hacerse constar en un acta, sin que el juez exprese en ella sus impresiones del acto.

Cateos y visitas domiciliarias.

El principio de inviolabilidad del domicilio está - consignado en el artículo 16 Constitucional, es una garantía de las más indispensables para la seguridad individual y un - respeto irrestricto a la inviolabilidad del hogar, sin embar- go hay excepciones a este principio, en defensa de la socie-- dad.

El cateo es una de estas excepciones. Es la visita que practica la autoridad a un domicilio o lugar a donde no - tiene libre acceso con el fin de asegurar a las personas o co sas relacionadas con el delito. Las visitas domiciliarias son una especie del cateo.

La valoración de las pruebas.

Después de haberse recogido las pruebas, es neces- rio que el juez examine su eficacia y proceda a su apreciación y valoración. En relación con este problema encontramos dos - métodos o sistemas a través de la historia, a saber:

A.- El sistema de la prueba legal que existe cuando el criterio de apreciación está fijado en la ley y

B.- El sistema del libre convencimiento que surge - cuando la valoración se le deja al juez.

El sistema de prueba legal fue introducido en el -- proceso penal como un freno en contra de los ilimitados pode- res del juez que ejercía en las primeras épocas un dominio ab soluto sobre el proceso con degeneración frecuente en arbi-- trariedad.

Las limitaciones que impuso el sistema de la prueba legal eran necesarias, ya que las normas que regulaban el valor de las probanzas constitufan la única garantía para el - acusado y eran un freno al arbitrio o arbitrariedades del - juez. En nuestra legislación encontramos aun residuos de la - prueba legal, de tal forma que la influencia de este sistema ha persistido hasta nuestros días.

El sistema de la libre prueba o del libre convencimiento del juez es más racional y eficaz, en tanto que es más conforme a la realidad. De acuerdo con este sistema el juez - dispone de la más amplia libertad en la apreciación de las - pruebas.

El sistema del libre convencimiento es el sistema - ideal, ya que es el único que puede adaptarse a la inmensa variedad de los hechos humanos y excluye el juicio apriorístico.

El sistema de la prueba legal empleado con prudencia y cautela podría servir de correctivo a la aplicación absoluta del sistema del libre convencimiento y daría lugar a - que surja ese sistema que se ha denominado "mixto".

Legislación Mexicana.

Con respecto al sistema que ha adoptado nuestra legislación me remito a la autoridad de la opinión del maestro Manuel Rivera Silva (13) que dice: "El Código que comentamos da normas al juzgador para la apreciación de las pruebas, y de los seis medios probatorios que enumera, sólo en dos (igual que en el Código de 94) deja libertad de apreciación. Los me- 13) Rivera Silva Manuel.- Ob. Cit. Página 179.

-dios probatorios de valor tazado son: la confesión, los documentos públicos y privados, la inspección judicial y la -- prueba testimonial. Los medios probatorios con libertad para la apreciación de su valor, son: la prueba pericial y la presuncional. Los datos consignados nos permiten concluir que el sistema adoptado en el Código vigente del Distrito y Territorios Federales es el mixto, con inclinación al sistema tasado. Debemos advertir que el análisis emprendido es sumamente general, pues hay varios casos previstos en la ley para los -- otros medios probatorios, en los que se establece libertad de apreciación".

4.- Periodo de las Conclusiones.

Al periodo de las conclusiones también se le puede definir como "actos preliminares del juicio o Sentencia", ya que su objeto es preparar el debate, hacerlo posible. En esta fase están presentes el Ministerio Público, el acusado y el -- Juez. Estos actos preliminares se plasman en las llamadas -- "conclusiones" que pueden dar lugar a diversas hipótesis trascendentales en cuanto al proceso y a las partes que intervienen en el mismo.

Las conclusiones del Ministerio Público.

Corresponde al Ministerio Público iniciar los actos preliminares, ya que decidirá si acusa o no en las conclusiones. Su decisión es de notoria influencia en la marcha del -- proceso.

El origen de las conclusiones lo encontramos en la acción penal misma, o sea, en el resultado de los elementos --

instructorios que condicionan su ejercicio. Su finalidad es -- lograr que las partes puedan expresar, en forma concreta, -- cual es la posición que van a adoptar durante el debate.

Las conclusiones del Ministerio Público pueden ser acusatorias y no acusatorias. Por cuanto hace a las primeras, desde el punto de vista de su contenido encontramos que deben reunir condiciones de fondo y de forma. Las esenciales son -- aquellas que por su importancia son indispensables para fundar la exactitud del pedimento y son las siguientes:

I.- Una exposición breve y metódica de los hechos y circunstancias concernientes a las modalidades del delito y - del delincuente.

II.- La expresión de las cuestiones de Derecho, Doctrinarias y Jurisprudenciales aplicables al caso.

III.- La determinación y clasificación de los hechos punibles que resulten probados, por medio de proposiciones -- concretas.

IV.- La petición para que se apliquen las sanciones procedentes, incluyendo la reparación del daño.

Las condiciones formales no afectan, substancialmente la esencia de la acusación, sin embargo es conveniente mencionar el Tribunal al que van dirigidas, el número de la causa, para fines de identificación de la promoción, la fecha y el lugar, etc.

Una vez que sean recibidas las conclusiones del Ministerio Público, la defensa debe formular las suyas. Estas --

conclusiones no tienen señalada en la ley ninguna formalidad.

5.- La Sentencia Definitiva.

Una vez que las partes han formulado sus conclusiones y que se ha celebrado la vista o audiencia final del procedimiento penal, el expediente se pasa al juez para que dicte sentencia definitiva.

En este acto del proceso criminal se resuelven sobre todas las relaciones jurídicas que constituyen el objeto del proceso y es posiblemente su fase más importante porque en ella tiene aplicación la llamada jurisdicción plena por - ejercitar allí el juez su potestad de condenar o absolver y de imponer medidas de seguridad con valor definitivo.

En esta fase culmina el principio contradictorio o de confrontación. Se trata de la síntesis procesal, el epílogo, la resolución final, ya que esto es la Sentencia Definitiva, la aplicación de la ley al caso concreto, la concretización o individualización de la norma general.

La sentencia, en materia penal, culmina, la mayor parte de las veces con la pena de prisión que es, según opinión del ilustre penalista Ignacio Villalobos (14) "la pena que mantiene al sujeto recluido en un establecimiento ad hoc, con fines de castigo, de eliminación del individuo peligroso respecto al medio social, de inocuización forzosa del mismo mientras dura ese aislamiento, y de readaptación a la

14) Villalobos Ignacio.- Derecho Penal Mexicano.- Editorial Porrúa, S. A. Segunda Edición.- Página 557.

vida ordenada, lo que eliminaría su peligrosidad y le capacitaría para volver a vivir libremente en la comunidad de todos los hombres".

Capítulo IV.- Algunas garantías fundamentales aplicadas en el Proceso Criminal.

Nociones Generales.- Legislación penal y legislación procesal penal.

No podemos decir que las relaciones entre el derecho penal y el derecho procesal penal son muy estrechas, más bien lo correcto sería afirmar que constituyen un todo que -- por necesidades de carácter didáctico y fáctico ha sido dividido en dos partes, vamos a explicar esta afirmación:

Por lo que hace a la función del estado para la represión y prevención de la criminalidad debemos distinguir -- tres momentos fundamentales que son los siguientes:

1.- En primer lugar el legislador establece los tipos penales y señala las penas, o sea, determina cuales son las actividades que son contrarias a los intereses comunes de los integrantes de una comunidad, de tal manera graves que -- ameritan sancionarse con pena corporal y cuales son las sanciones que se impondrán a aquel sujeto que adecua su actividad a lo descrito en el tipo penal.

2.- Sin embargo la finalidad del legislador penal -- es de carácter eminentemente práctica: defender a la sociedad en contra de la delincuencia, de tal forma que es evidente -- que la ley penal habrá de aplicarse siempre que sea necesario y es aquí donde surge la intervención del órgano judicial que es el encargado de imponer las penas en los términos del artículo 21 Constitucional y la obligación de agotar el proceso --

penal según lo dispone el artículo 14 de la misma ley fundamental.

3.- Por último, una vez que la ley se ha aplicado al caso concreto el Estado provee a la ejecución de la condena.

Salta a la vista la razón de ser del proceso penal ya que, según ya vimos, por medio del mismo el Estado cumple con la obligación de administrar justicia sin la cual las sociedades humanas no podrían subsistir, sin embargo no se le debe contemplar desde ese único punto de vista, sino también como un medio protector de los derechos fundamentales del individuo para evitar que sea castigado injustamente y es precisamente desde este aspecto desde donde lo vamos a enfocar, para los efectos de este estudio.

Terminología.

Considero indispensable que antes de continuar con el tema central del trabajo debo hacer una pequeña alusión a algunos de los conceptos fundamentales en el proceso criminal como son los relativos a precisar con la exactitud que sea posible los conceptos de Derecho Procesal Penal, proceso penal, procedimiento penal y juicio penal. Esto es necesario ya que inclusive autores de reconocido prestigio intelectual cometen yerros que son imperdonables en esta materia, de tal suerte que volvemos a un tema que ya esbozamos en el Capítulo I de este trabajo.

Desde luego los doctrinarios del Derecho Procesal -

Penal han dado muchas definiciones acerca de lo que es el proceso penal, algunas de las cuales transcribimos a continuación:

J. Goldschmidt (1), refiriéndose al proceso penal dice: "Es el procedimiento que tiene por objeto la declaración del delito y la imposición de la pena".

Para Eugene Florian (2) el proceso es "El instrumento normalmente indispensable para la aplicación de la ley penal en cada caso".

El maestro Juan José González Bustamante (3) dice, acerca del proceso que "es el conjunto de actividades y formas mediante las cuales los órganos competentes preestablecidos en la ley, observando ciertos requisitos, proveen, juzgando a la aplicación de la ley penal en cada caso concreto, para definir la relación jurídico penal concreta y eventualmente las relaciones secundarias conexas".

Para Manuel Rivera Silva (4) el proceso "es el conjunto de actividades reglamentadas en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales, previamente excitados para su actuación por el Ministerio Público, resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea".

-
- 1) J. Goldschmidt.- Principios generales del proceso.- Ediciones jurídicas Europa-América.- Buenos Aires, Argentina.
 - 2) Florian Eugene.- Elementos de Derecho Procesal.- Bosch casa Editorial.- Página 20.
 - 3) González Bustamante Juan José.- Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano.- Editorial Porrúa, S. A. Páginas 136 y 137.
 - 4) Rivera Silva Manuel.- Procedimiento Penal. Ed. Porrúa, S.A. México, D. F. 1967.- Página 171.

En forma sentimental y llena de romanticismo Carnelutti (5) define al proceso penal como "El carruaje cargado de justicia que va por el camino del procedimiento para llegar al puerto de la paz".

Es interesante leer con detenimiento las definiciones que hemos transcrito ya que de la simple lectura de ellas, principalmente de los autores mexicanos, se puede observar que confunden, lamentablemente, el proceso con el procedimiento.

Desde luego no deseo dejar sentado como verdad última conceptos tan importantes para el Derecho, cosa que desde luego es muy difícil, sin embargo considero que se pueden precisar estos conceptos tan complejos en la forma que a continuación señalo:

Derecho Procesal Penal.- Se encuentra integrado por el conjunto de normas jurídicas y conceptos doctrinarios que regulan, estudian y disciplinan el proceso penal, considerado como un conjunto o bien contemplado desde el punto de vista de los actos particulares o procedimientos específicos que lo integran.

Proceso.- Dar una definición del proceso penal es no solamente peligroso, sino temerario, razón por la cual me limito a dar las notas características de este concepto:

a.- En primer lugar el concepto del proceso es general, abstracto, amplio, universal, por tanto es posible dar un concepto de proceso que pueda ser empleado en forma indistinta en los diversos procesos, llámense civiles, administrativos o

5) Carnelutti Francesco.- Cómo se hace un proceso.- Ediciones Jurídicas Europa-América.- Buenos Aires, Argentina. Pág.119.

criminales y ya cuando se aplicara en forma específica a alguna materia, adquiriría sus rasgos distintivos y diferenciadores.

b.- El proceso se encuentra constituido por todos los actos procesales que se realizan en juicio y que se encuentran vinculados entre sí, teniendo por nota común su objetivo: la realización del Derecho objetivo.

c.- La finalidad del proceso penal es la de administrar justicia precisamente en el ámbito de la materia penal.

Procedimiento.- El procedimiento se encuentra constituido por los mismos actos del proceso y el elemento que lo distingue es que dichos actos se consideran no desde un punto de vista amplio o general, todo lo contrario, se contemplan - desde un punto de vista concreto y puramente formal. El procedimiento es la forma especial de tramitación de las cuestiones del proceso que señala la ley, es el orden de proceder en el proceso, de allí que Carnelutti diga que el proceso es el carruaje de justicia que va por el camino del procedimiento.

En una palabra, el proceso es el género, el procedimiento la especie. El proceso es el todo y el procedimiento una parte de ese todo.

Juicio Penal.- Con respecto del juicio también se han vertido muy diversas opiniones, para algunos autores la palabra juicio es sinónimo de opinión, dictámen, en una palabra, es la sentencia misma, para algunos otros autores juicio es el conocimiento de una causa por el juez.

En mi concepto las dos opiniones que hemos expresa-

-do en el apartado inmediato anterior son válidas.

En efecto, si acudimos al concepto de juicio, desde el punto de vista de la lógica, podremos observar que es, según los filósofos Francisco Larroyo y Miguel A. Cevallos (6) "Una determinación del sujeto o materia de conocimiento desde los puntos de vista de la extensión, la cualidad, la relación y la modalidad lógicas".

Dicho en otras palabras, es la actividad racional - del individuo que por el enlace de ciertos conceptos (extensión, cualidad, relación, etc.), se llega a una conclusión.

Precisado lo anterior repetimos que son válidas las opiniones vertidas acerca del juicio, ya que por el enlace de ciertos conceptos (conclusiones de las partes y conocimientos de la causa por el juez) se llega a una conclusión que es precisamente la opinión con fuerza legal de la Sentencia.

Dejados asentados los conceptos de Derecho Procesal Penal, Proceso, Procedimiento y Juicio penales, volvemos al - tema central del trabajo.

La Garantía de Audiencia.

Uno de los momentos más graves de la civilización - es aquel en que se pronuncia una sentencia condenatoria, ya -- que se consuma el irreparable abandono de un ser pensador. Pues bien, una medida tan radical y decisiva no debe ser tomada sin reconocer al procesado por lo menos el derecho de ser oído.

6) Larroyo Francisco y Miguel A. Cevallos.- La lógica de las ciencias. Ed. Porrúa, S. A. México 1954.- Página 312.

Debo hacer notar que el estudio de esta garantía lo reservo para el Capítulo IV de este trabajo, por lo que suplico atentamente al lector se remita al apartado señalado.

La Garantía de Legalidad.

La esencia del principio de legalidad estriba en la obligación del órgano jurisdiccional de respetar las reglas de derecho y en la protección resultante de la misma en favor del ciudadano contra toda infracción del orden jurídico, todo abuso de la facultad discrecional y cualesquier exceso que puedan cometerse en el ejercicio de la misma.

En la actualidad en la averiguación previa deja mucho que desear esa garantía, pues basta acercarnos a una delegación del Ministerio Público para comprobarlo.

De lo anterior resulta que la garantía de legalidad constituye toda una institución jurídica que sanciona la relación existente entre los órganos jurisdiccional, administrativo y el derecho.

El principio de la legalidad comprende en primer término el postulado de la legitimidad de la actuación del órgano jurisdiccional. Este axioma o principio de legalidad en el ámbito del derecho penal se manifiesta en las siguientes formas:

1o.- Nullum crimen, nulla poena sine lege, o sea, - la prohibición de fallar por analogía o aún por mayoría de razón.

Esta forma del principio de legalidad fue ya conce-

-hida por el insigne pensador italiano Cesar Beccaria (7) -- quien afirmaba:

"...La primera consecuencia de estos principios es que tan sólo las leyes pueden decretar las penas de los delictos, sin que esta autoridad pueda residir más que en el legislador, que es quien representa a la sociedad entera, unida por un contrato social. Ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede con justicia infligir penas contra otro miembro de la sociedad misma. Pero una pena aumentada más allá del límite fijado por las leyes o sea de la pena justa, sería otra pena más; de modo que el magistrado no puede aumentar la pena establecida para un delincuente ciudadano, aunque sea bajo el pretexto de un celo mal entendido o del bienestar público".

Me parece magistral el concepto de Beccaria respecto de este aspecto del principio de legalidad y por ello lo he transcrito.

Ahora bien, de acuerdo con el axioma *nullum crimen, nulla pena sine lege* sólo pueden ser objeto de persecución judicial, en lo criminal, las acciones y omisiones que aparezcan perfectamente tipificadas como actividades ilícitas en la ley.

El castigo del culpable de la comisión de un delito, por cuanto se refiere a la índole de la sanción y al grado de la pena han de corresponder a lo que taxativamente disponga la ley.

7) Beccaria Cesar.- Tratado de los delitos y de las penas (dei delitti e delle pene) Editorial Cajica.- México-Buenos Aires.

Una acción que implique un peligro para la sociedad o que por cualesquiera otra razón o motivo sean merecedora de reprobación, no deberá ser perseguida por el Ministerio Público ni sancionada o castigada sin más fundamento que la mera -- aplicación por analogía de disposiciones penales, ni aún por -- mayoría de razón, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14 Constitucional.

De lo expuesto podemos concluir que del principio de legalidad, desde el aspecto que lo hemos contemplado, deriva consiguientemente el postulado de la precisión suficiente -- del precepto penal.

2o.- También el principio de legalidad, en materia penal, se manifiesta en la regla conforme a la cual a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Esta prohibición de legislar en derecho con efecto retroactivo, cuando dicha legislación sea en perjuicio de alguna persona es tan importante en el campo del Derecho Penal y -- del Derecho Procesal Penal que por tal motivo aparece incluido en el Capítulo de Derechos Individuales Fundamentales de muchas Constituciones Políticas, entre ellas la de nuestro país.

A pesar de que esta regla del principio de legalidad ha sido reconocida universalmente en el artículo 11, párrafo -- 2o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en varias ocasiones han sido aplicadas, en forma escandalosa, normas de Derecho Penal con efecto retroactivo, con el evidente perjuicio del principio. Un caso típico de este tipo de aplicación de --

las normas penales lo constituye el caso Eichmann, particularmente grave si se toma en consideración que el Estado de Israel no existía en el momento en que se cometieron los supuestos hechos típicos penales.

La parte esencial de la legalidad, según hemos visto, es el imperativo de la sumisión a las normas legales por el órgano jurisdiccional. La legalidad es la aplicación cotidiana, exacta, inflexible, sistemática de las disposiciones legales.

Esta regla es de observancia obligatoria para los órganos del Estado y con el fin de lograr que prevalezca en las leyes se han previsto ciertas garantías que consisten en someter la actividad de un órgano del Estado al control de otro órgano estatal.

Se reconoce, en forma unánime, que el control es tanto más eficaz cuanto mayor es el grado de independencia del órgano que lo ejerce.

Este control da pauta a la existencia de otro principio que es el de impugnación y que consiste, básicamente, en lo siguiente: En el ámbito de la jurisdicción criminal los fallos de los tribunales son susceptibles de recurso ante los tribunales de orden superior.

La esencia del principio de legalidad estriba en la íntima relación del órgano jurisdiccional con el Derecho y en la protección resultante de la misma en favor de todo ciudadano contra toda infracción del derecho, todo abuso de la facultad discrecional y cualesquier exceso que puedan cometerse en

el ejercicio de la misma.

Los jueces deben ser independientes y encontrarse -
sometidos exclusivamente a la ley.

El principio de legalidad consagrado en nuestra - -
Constitución exige que la imposición de las penas sea propia y
exclusiva de la autoridad judicial, considerada desde un punto
de vista formal y material, o sea, que la aplicación del Dere-
cho en materia penal debe ser obra exclusiva del órgano jurisdic-
cional, de tal manera que nadie puede ser declarado respon-
sable de la comisión de un delito, ni castigado por razón del
mismo, más que en virtud de sentencia judicial.

La misión confiada al órgano jurisdiccional implica
cuidar que en toda causa criminal se proceda a una investiga--
ción escrupulosa, extensa, exhaustiva y objetiva acerca de los
hechos y se pronuncie una sentencia perfectamente motivada y -
congruente con la legalidad fundamentada.

La razón de ser y el objeto del principio de legali-
dad estriban precisamente en que ofrecen a los particulares una
eficaz protección en contra de todo abuso de la facultad de - -
apreciación y cualquier exceso que pueda cometerse en el ejer-
cicio de la misma por los órganos estatales.

Para la apreciación, en toda su magnitud, del princi
pio de legalidad, son de enorme trascendencia las reglas con --
arreglo a las cuales ha de ser interpretado el derecho cuya - -
aplicación concienzuda y razonable es imperativamente exigida -
por este principio.

Otro de los elementos que caracterizan al principio

de legalidad es el relativo al ámbito de aplicación del mismo, o sea, que el destinatario lo es el órgano jurisdiccional de tal forma que para asegurar el respeto a las garantías individuales los órganos jurisdiccionales han de atenerse estrictamente a las leyes.

James Goldschmidt (8) refiriéndose al principio de legalidad dice: "la historia demuestra lo siguiente: El principio de legalidad sigue siendo el que garantiza la legalidad estrictísima de la justicia punitiva. Por lo mismo logrará el dominio en un tiempo que se preocupa principalmente de la constitución del Estado de Derecho y de las garantías del mismo".

Lo limitado de este trabajo nos impide, materialmente, el poder ahondar en este tema tan apasionante, de tal manera que pasaremos al estudio de la garantía de oportunidad probatoria, no sin antes dejar constancia de que en nuestro régimen jurídico se recojen, plenamente, los axiomas y reglas del principio de legalidad y que en la vida real generalmente son respetados.

La Garantía de Oportunidad Probatoria.

El presupuesto sine qua non para la existencia del proceso penal es el hecho típico criminal, el hecho delictuoso, el delito que en definitiva no es sino la historia triste del hombre que, precisamente por no ser algo que lo dignifique, siempre trata de borrarla, de ocultarla.

8) Goldschmidt James.- Principios Generales del Proceso.- Tomo II, Página 119.- Ediciones Jurídicas Europa-América.

El Problema.- La cuestión ya se ha planteado, el sujeto que ha cometido un delito tratará, casi siempre, de eliminar los elementos probatorios para no responder del mismo, como dice Carnelutti, tratará de destruir las huellas. Estas razones nos hacen plantearnos la interrogante acerca de si debemos considerar la garantía de oportunidad probatoria en forma individual o más bien como una garantía de la sociedad ya que precisamente los elementos de prueba que se aporten al proceso criminal servirán precisamente para volver atrás, o sea, para reconstruir la historia de un delito.

Desde luego si tomamos el principio de oportunidad probatoria desde el punto de vista de garantía Constitucional debemos concluir indiscutiblemente que se trata de una garantía establecida en favor del gobernado y, por ende, se le deberá respetar en el proceso criminal.

Sin embargo no debemos perder de vista a las pruebas como el medio para llegar a conocer la verdad real del hecho sometido a la consideración del órgano jurisdiccional. -- Desde este punto de vista las pruebas ya no vendrían a constituir solamente una garantía para el procesado, sino también un derecho de carácter social.

En mi concepto es indiscutible que desde este punto de vista se debe enfocar el estudio de las pruebas en el procedimiento penal, ya que es un punto de vista general, amplio que considera el derecho del procesado y el de la sociedad.

Los doctrinarios del derecho han dado diversas definiciones acerca de la eficacia y utilidad de las pruebas en -

el proceso penal, algunas de las cuales transcribimos a continuación:

Manzini (9) señala lo siguiente, en relación con la prueba penal: "La prueba penal es la actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real, acerca de la imputación o de otra afirmación o negación que interese a una providencia del juez".

Florian (10) vierte los siguientes conceptos: "Se entiende por prueba todo lo que en el proceso puede conducir a la determinación de los elementos necesarios al juicio, con el cual aquél termina".

Rivera Silva (11), se expresa en los términos siguientes: "En la prueba penal pueden distinguirse tres momentos... En términos generales, medio de prueba es el modo o el acto con el cual se suministra conocimiento sobre algo... Organismo es la persona física portadora de un medio de prueba y - Objeto de Prueba es lo que hay que determinar en el proceso".

No es necesario ponderar la utilidad de la prueba en materia penal, ya que en realidad todo el proceso criminal gira en torno de la misma. En efecto, si bien es cierto que doctrinalmente revisten una importancia excepcional los conceptos relativos a la acción penal, al proceso, al procedimiento, al juicio penal, a la Sentencia, etc., etc., es indiscutible que

9) Manzini Vincenzo.- Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III.- Ediciones Jurídicas Europa-América. Página 197.

10) Florian Eugene.- Ob. Cit. Página 305.

11) Rivera Silva Manuel.- Ob. Cit.- Página 183.

desde un punto de vista práctico todo el proceso gira en torno de la prueba, de allí su gran importancia en el proceso y su consideración como una de las garantías más importantes para el procesado: La garantía de oportunidad probatoria.

Durante la etapa procesal denominada "la instrucción" que va desde el auto de radicación hasta el auto que declara cerrada la instrucción y que algunos autores dividen en instrucción previa, que del auto de radicación al auto de formal prisión o de formal prisión con sujeción a proceso y la instrucción formal que va del auto de formal prisión hasta el auto que la declara cerrada hay oportunidad para que la prueba penal se suceda plenamente, ya que durante la etapa de la averiguación previa el órgano investidor actúa en una forma un tanto arbitraria, pues no permite el desahogo de probanzas que puedan favorecer al presunto culpable de la comisión de un hecho típico penal.

Escapa a las finalidades del presente ensayo el estudio de muchas de las cuestiones más apasionantes en relación con la prueba penal. Basta, en mi concepto, en dejar bien claro que en el proceso penal mexicano se respeta al procesado la garantía de oportunidad probatoria, o sea, que en el proceso penal, en la etapa de la instrucción se hace real el derecho que tiene el acusado de aportar todos los elementos probatorios que tenga a su disposición, para justificar todas sus afirmaciones.

Esta garantía de oportunidad probatoria, repetimos,

se sucede plenamente solo en esta etapa de la instrucción, ya que el Ministerio Público, en la etapa de la averiguación previa rechaza muchos elementos de prueba que podrían servir para evitar procedimientos inútiles, sin embargo este vicio procesal se convalida posteriormente y en la práctica en pocas - ocasiones se verá que se deshecha, indebidamente alguna probanza ofrecida por el procesado.

De mucha mayor importancia, en mi concepto, es el - problema relacionado con el sistema que se ha de adoptar en relación con la valoración de la prueba penal y por tanto -- aquí me permito ampliar lo expresado ya en el Capítulo I al respecto.

Sabido es que tres han sido los sistemas que se han propuesto para valorar la prueba penal, a saber: el sistema - de la libre prueba, el sistema de la prueba tasada y el sistema mixto.

El sistema de la libre prueba, denominado también de la apreciación de las pruebas en consciencia fué el primer - sistema que se utilizó y tuvo su aplicación práctica en el antiguo procedimiento penal. De acuerdo con este sistema los -- jueces, ejercitando su libre apreciación de los elementos probatorios aportados por las partes en el proceso penal, deben resolver un hecho determinado sometido a su consideración, o sea, que el órgano jurisdiccional tiene libertad para apreciar las pruebas de autos, según los dictados de su consciencia y su personal apreciación.

El sistema de la prueba tasada surgió como una nece-

-sidad destinada a limitar los excesos a que dio lugar el primero de los sistemas.

Las arbitrariedades cometidas por los jueces al valorar las probanzas, llevando al extremo el impecable, desde el punto de vista teórico, sistema de la prueba libre, hizo necesario que en las legislaciones se precisara, con absoluta claridad, cual era el valor que el titular del órgano jurisdiccional debería de dar a cada una de las pruebas, colocando al juez en el simple aplicador del valor probatorio consagrado en los ordenamientos procesales, dando lugar a un sistema tan rígido como injusto.

Surgido de los dos sistemas anteriores, encontramos uno nuevo, de carácter híbrido y pálido: el sistema mixto de apreciación de las pruebas que pretende combinar los aspectos más positivos tanto del sistema de la libre prueba, como del sistema de la prueba tasada. Como todo lo ecléctico, de primera vista choca este sistema, sin embargo, parece ser que en su aspecto práctico puede funcionar en forma correcta.

El maestro González Bustamante (12) considera que este es el sistema que han utilizado los tribunales mexicanos al afirmar: "La prueba mixta que por mucho tiempo se ha aplicado en los tribunales, existiendo en la actualidad la tendencia - de transformar los viejos moldes probatorios por un sistema - más en armonía con la evolución jurídica del mundo".

No estamos de acuerdo con los conceptos del jurista

12) González Bustamante Juan José.- Ob. Cit. Página 335.

citado, en realidad nuestros tribunales vienen adoptando el sistema de la prueba tasada y ello es debido, en mi concepto, a dos razones fundamentales:

A.- Debido a las disposiciones procesales que vienen a establecer un verdadero sistema tasado de pruebas, para apreciar la certeza de esta afirmación basta con leer los capítulos de valoración de las pruebas que existen en los ordenamientos procesales, y

B.- Porque el juez, al hacer la valoración de las pruebas, debe expresar los fundamentos que se tomaron en consideración para hacer tal valoración y en nuestro medio la generalidad de los titulares del órgano jurisdiccional no tienen tiempo o medios para estudiar, con la acucia que fuera de desearse, cada una de las sentencias que pronuncian.

De acuerdo con mi personal punto de vista es de desearse volver al sistema de la prueba libre, el juez debe tener amplias facultades para poder apreciar cual es el valor que debe otorgar a cada uno de los elementos probatorios que le han sido aportados, no es conveniente maniatar al órgano jurisdiccional sujetándolo a las estrechas reglas de un sistema tasado para la apreciación de las probanzas, esto da lugar a gravísimas injusticias que el órgano judicial no puede evitar, so pena de violar los ordenamientos procesales.

Entiendo también que la adopción del sistema de la libre prueba implicaría el cambio radical de la organización judicial, se haría necesaria una total y absoluta independencia del juez así como una preparación jurídica y humana verda

-deramente sobresaliente y que todo esto es difícil. Claro que lo es! sin embargo la sociedad exige cambios justos y adecuados. El jurista no debe estar al margen.

El Principio de Impugnación en el Procedimiento Penal.

Señalábamos en páginas anteriores lo siguiente: Las disposiciones legales son de observancia obligatoria para los órganos del Estado y con el fin de que prevalezca, en las mismas leyes se han previsto ciertas garantías que consisten en someter la actividad de un órgano del estado al control de -- otro órgano estatal.

Este control da pauta a la existencia del principio de impugnación y que consiste, básicamente en que en el ámbito de la jurisdicción criminal los fallos de los tribunales son susceptibles de recurso ante los tribunales de orden superior.

El principio de impugnación es sinónimo del derecho de recurrir a las resoluciones pronunciadas por el órgano jurisdiccional.

El estudio de este tema nos plantea de inmediato tres interrogantes que bastarían, por sí mismas, para llenar verdaderos tratados, pero que, sin embargo, estudiaremos someramente:

¿Qué es el principio de impugnación? ¿Cuál es el objetivo de la impugnación? ¿Quién puede impugnar una resolución judicial?

Ya dimos un concepto muy genérico de lo que se debe entender por el principio de impugnación.- El derecho que se tiene de recurrir, combatir las resoluciones con las que se encuentre inconforme la parte que interpone el recurso.

El objeto de la impugnación es el de anular o reformar jurisdiccionalmente una resolución anterior mediante un nuevo examen, total o parcial de la causa por el mismo juez o por una autoridad diferente.

La interposición del medio de impugnación, llámese - revocación, reposición, apelación, inicia una nueva fase que se enlaza a la que está en curso o hace revivir, dentro de - ciertos límites, el que ya estaba concluido.

Con respecto a la persona que puede impugnar una resolución podemos decir que, de acuerdo con nuestra especial - organización procedimental lo puede ser cualesquiera de los - sujetos de la relación jurídica procesal, o sea, el Ministe-- rio Público, el acusado y el juez, en el caso de los juicios de amparo. Este principio tiene excepciones en muchas partes en que el ordenamiento procesal faculta a personas extrañas a la relación jurídica procesal a interponer recursos. Tal es - el caso del ofendido en tratándose del Incidente para la repa- ración del daño.

Los doctrinarios del Derecho Procesal Penal han ver- tido diversos conceptos acerca de la impugnación, algunos de los cuales transcribimos a continuación:

Carnelutti (13) al referirse a la impugnación señala: "La iniciativa del agente a fin de poner remedio a la injusticia del acto no siempre está consentida y, en general - no siempre se puede contar con ella..."

Manzini (14) se expresa en los términos siguientes: "Toda impugnación tiene su fundamento jurídico en una pretendida discrepancia entre una determinada providencia del juez y la voluntad de la ley. La base es, por tanto, en todo caso un vicio, un error, un defecto de la decisión, productor de nulidad o de injusticia. Si el error no produce nulidad o injusticia, no es admisible la impugnación (aunque se trate de una providencia impugnabile de suyo), sino que, en caso de necesidad, se da lugar al procedimiento de rectificación..."

A continuación transcribiremos conceptos vertidos - por autores mexicanos, en relación con este principio: Julio Acero (15) manifiesta: "Revisar, someter a otro examen y resolución un asunto o alguno de sus proveídos integrantes, para enmendar sus ilegalidades, si las hay. Esta sujeción a un segundo desideratu, esta nueva discusión de lo ya dispuesto, no se encuentran, claro está, ni en los incidentes ni en ninguna otra actuación procesal...; por lo mismo que, el fin de los recursos es remediar y enderezar las providencias torci--

13) Carnelutti Francesco.- Lecciones sobre el proceso penal.- Vol. III. Ediciones Jurídicas Europa-América.- Bosch y -- Cía. Editores. Chile-Buenos Aires.- Página 183.

14) Manzini Vincenzo.- Ob. Cit. Tomo V. Páginas 5 y 6.

15) Acero Julio.- Procedimiento Penal.- Editorial Cajica. Página 411.

-das; se evidencia que su fundamento es la falibilidad y la eventual injusticia humana que suponen y que no podrían dejarse en lo posible, sin ningún correctivo".

Rivera Silva (16) expresa: "El camino marcado por la ley no siempre es respetado por el órgano jurisdiccional y que el juzgador, por ser humano, es falible y por ello puede equivocarse en sus interpretaciones y lo mismo que, debido a la pasión de éste, es factible que salte conscientemente las fronteras de la equidad, y que por ello no decida conforme a la ley y por esto se hace necesario una forma para hacer factible la corrección de esas determinaciones".

Juan José González Bustamante (17) dice: "Se da el nombre de recurso a los medios de impugnación otorgados a las partes para atacar las resoluciones judiciales que les causen agravios, con el fin de que se haga un nuevo examen de la resolución impugnada por el mismo tribunal que la dicta, o por otro de superior jerarquía".

El maestro Guillermo Colín Sánchez (18) al referirse al principio de impugnación hace las siguientes consideraciones: "La falibilidad, las pasiones, los intereses en pugna y muchos otros negocios que incesantemente rondan todos los ámbitos de la justicia, provocando el error y mala fe y con ello el quebranto del deber estatuido por la ley. Frente a es

16) Rivera Silva Manuel.- Ob. Cit. Página 289 y siguientes.

17) González Bustamante Juan José.- Ob. Cit. Página 164.

18) Colín Sánchez Guillermo.- Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.- Editorial Porrúa, S. A. México 1970.- Página 480.

-tas situaciones y a muchas otras que suelen con frecuencia manifestarse, desde antaño, se instauraron medios de control (recursos o remedios jurídicos), para restablecer el equilibrio perdido con motivo del error o del desafío del poder..."

De todas las consideraciones vertidas por los doctri
narios resaltan, por su particular importancia las tres que ya habíamos hecho referencia, o sea, que las resoluciones pro
nunciadas por el juez deben ser susceptibles de combatirse por medio de recursos, que el objetivo del recurso es el de anular o reformar la resolución que se combate y que la parte que pue
de interponer el recurso, de acuerdo con la estructura de nues
tro proceso penal puede ser el Ministerio Público y el órgano de defensa.

Cuestiones de excepcional importancia, en relación con el principio de impugnación, son las relativas a limitar lo más posible el número de los recursos que se puedan interponer.

La razón es obvia, la sociedad está interesada en que la administración de justicia, principalmente en materia penal, sea lo más rápida posible y la interposición y substan
ciación de recursos, así sea solo en el efecto devolutivo -- afectan, necesariamente la marcha ágil, rápida, expedita, del proceso penal.

Por cuanto hace al problema relativo al proceso penal de única instancia, considero que es de la mayor importancia el estudio de los aspectos positivos y negativos que dicho pro

-ceso supone.

En realidad el principio de impugnación seguiría -- siendo utilizado, en atención a que quien se encuentre afectado por una resolución que considere injusta podría tener a su alcance la posibilidad de promover en contra de la misma el juicio de amparo y se revisaría la resolución en los mismos términos en que actualmente se hace en el Tribunal Superior de Justicia.

El problema grave es en relación con la marcha del - proceso ante el juez de primera instancia. De todos los abogados de México es conocido el tortuoso camino que se debe de - transitar para poder lograr un juicio equitativo y parcial en primera instancia.

La vanidad, el capricho, la arbitrariedad humana son elementos que distorsionan, gravemente, la impartición de la justicia en México.

La interrogante, en estas condiciones es grave:

¿Se deben eliminar los recursos en primera instancia?

Considero que no hay más que una posibilidad: NO, se deben limitar en aras de la marcha ágil de la justicia, en - ninguna forma y por ningún concepto dejar al capricho del titular del Órgano jurisdiccional la marcha del proceso, porque si bien es cierto que el procesado tendría la posibilidad de combatir la resolución por medio del juicio de amparo, no lo es menos que el juez daría al proceso una especial conforma-- ción: la que se considerará conveniente.

En relación con este problema considero que es concluyente el contenido del artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, regla universal de Derecho (19): "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

- 19) Declaración Universal de Derechos Humanos.- Publicación - de la Oficina de la Organización de las Naciones Unidas - en México.- Septiembre de 1969.- Sin citar nombre de editorial.

Capítulo V.- Estudio de algunos Derechos Fundamentales del acusado en la etapa de la Averiguación o Investigación Previa.

"Son muchísimos los que miran la muerte con rostro tranquilo y firme: éste por fanatismo, aquél por vanidad que casi siempre acompaña al hombre incluso más allá de la tumba; quien por una última y desesperada tentativa de no vivir o de salir de la miseria. Pero ni el fanatismo, ni la vanidad gustan de estar entre cepos y cadenas, bajo el látigo o bajo el yugo, o en una jaula de hierro en que el desesperado no acaba sus males, sino que los comienza". Cesar Beccaria (1).

Uno de los momentos más graves de la civilización es aquel en que se pronuncia una sentencia condenatoria, ya que se consuma el irreparable abandono de un ser pensador. Pues bien, una medida tan radical y decisiva no debe ser tomada sin reconocer al procesado, por lo menos, sus garantías fundamentales.

Para los fines de este trabajo destacan, por su importancia, los derechos fundamentales del acusado en la etapa de la investigación previa, mismos que considero forman parte de la garantía de audiencia.

Los Textos Legales.

Los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos a la letra dicen:

- 1) Beccaria Cesar.- Tratado de los Delitos y de las Penas.- (Dei delitti e delle pene).- Editorial José M. Cajica, Jr. S. A. México-Buenos Aires. Página 112.

Art. 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un -- tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Art. 11.- 1.- Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe - su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2.- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más -- grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

El contenido de este articulado ha sido recogido y plasmado en nuestra legislación nacional, principalmente en - los artículos 14 y 20 Constitucionales que a la letra dicen:

Art. 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá 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 procedi- miento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al - hecho.

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

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del Derecho.

Es de explorado derecho que las formalidades esenciales del procedimiento se encuentran constituidas, básicamente, por las garantías de audiencia, de legalidad y de oportunidad probatoria y en nuestra legislación se deben destacar también las previstas, en materia penal, en el artículo 20 -- Constitucional que expresa:

Artículo 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, y sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juez en su aceptación.

En ningún caso la fianza o caución será mayor de --

\$ 250,000.00, a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado.

II.- No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto.

III.- Se le hará saber en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.

IV.- Será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa.

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

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir; vecinos del lugar y Partido en que se cometiere el delito, siempre que és

-te pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

VII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo.

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 desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite; y

X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por

más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

El Problema.

Durante las actividades procesales que se llevan a cabo ante el Órgano investigador, los empleados y funcionarios de esta institución no respetan algunos de los derechos fundamentales del acusado y al efecto me permito formular las siguientes consideraciones:

El nombramiento de defensor, por parte del acusado.

La defensa formal del acusado es muy importante, ya que el defensor está obligado a ilustrar al inculcado acerca de los medios legales de defensa y a instruirle sobre los derechos que le corresponden con arreglo a la ley. Está llamado a ilustrar a la autoridad investigadora así como a los tribunales, acerca de las circunstancias susceptibles de ser invocadas en descargo del acusado y propias para atenuar su responsabilidad; tiene además la obligación de hacer uso, sin tardanza, en interés del inculcado, de cuantos medios y métodos legales de defensa tenga a su alcance. El defensor debe tener facultades, en todas las fases del proceso, para intervenir de palabra o por escrito, en favor del acusado.

La presencia del defensor en las actuaciones de la etapa de averiguación previa es muy conveniente y necesaria,

porque le proporcionan un conocimiento directo de los datos y antecedentes relativos al asunto. De ahí que para el defensor la posibilidad de apersonarse en dichas actuaciones sea - sinónimo de la posibilidad de defensa.

En la actualidad la costumbre en las agencias del Ministerio Público es nombrar a una persona estudiante de Derecho, que como es de esperarse, no tiene la preparación adecuada para esas funciones, pero además no se le permite intervenir, por lo que resulta inútil su nombramiento, y sólo sirve de instrumento demagógico.

La presencia del abogado durante esta etapa puede - contribuir, además, al logro de varios fines subsidiarios de importancia, a saber: Si el acusado desea hacer declaraciones a sus interrogadores, la asistencia de un defensor puede reducir los riesgos inherentes a la incertidumbre de las informaciones. Si un defensor está presente, se reducirá la probabilidad de que la policía practique métodos coactivos; la presenza del defensor puede contribuir también a garantizar que el acusado dé a la autoridad investigadora una declaración enteramente exacta y que la declaración sea transmitida por la acusación con exactitud.

Con arreglo al Derecho Vigente, le está reconocido a toda persona que se encuentra detenida como presuntamente - responsable de la comisión de un delito el derecho que tiene a nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendida y también tendrá derecho a que éste se halle presente en todos

los actos del juicio.

El maestro Juan José González Bustamante (2) se refiere a la institución de la defensa en los términos siguientes: "La institución de la defensa representa en el procedimiento penal moderno una función de altísimo interés, sea que se le considere como un órgano encargado de prestar gratuitamente asistencia técnica a las partes o como la persona que, a cambio de retribución, pone los conocimientos profesionales que posee al servicio del inculcado. Se le ha conocido desde las más antiguas legislaciones... En el siglo V de la fundación de Roma, se rompen los velos del Derecho tradicional y esotérico; es accesible para los plebeyos preparar su propia defensa y con el procedimiento formulario, aparece la institución del "patronato".

Sin embargo, en la etapa de la averiguación previa los funcionarios y empleados del ministerio público no permiten el nombramiento de defensor, con la consecuente infracción de las prescripciones legales, grave infracción, por tratarse de vulneración a preceptos Constitucionales explícitos y claros. Tampoco permiten la presencia del defensor durante el interrogatorio del inculcado. Se alegan los siguientes argumentos contra el nombramiento y presencia del defensor:

1.- Que implicaría un riesgo para el mantenimiento del secreto en esta etapa;

2) González Bustamante Juan José.- Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano.- Editorial Porrúa, S. A. Cuarta Edición, Página 86.

2.- Que puede dificultar la substanciación de la -
causa con la rapidez apetecida;

3.- Que se implicaría riesgo para el éxito de la in
vestigación; y

4.- Se previene la elaboración de versiones falsea-
das de los actos del acusado.

Es pertinente hacer notar que el sujeto detenido -
queda total y absolutamente incomunicado lo que impide, obvia
mente, toda posibilidad de defensa.

El frecuente recurso a la detención preliminar da -
manifiestamente lugar al planteamiento del candente problema
de confiar a un defensor la causa de un sujeto detenido. Este
no puede designar por sí mismo a su abogado, porque queda in-
comunicado. Es frecuente ver como los parientes de los acusa-
dos procuran organizar su defensa, pero tropiezan también con
la imposibilidad de relacionarse con el acusado que sigue des
conociendo sus esfuerzos y si, por fin se logra la comunica--
ción, el agente del ministerio público rechaza, de plano, la
intervención del defensor.

Estos espinosos problemas de defensa del acusado es
tán todavía por resolverse, porque la admisión de defensores
en la fase de la investigación previa es rechazada por los --
agentes del ministerio público, cuando que la participación -
efectiva del abogado es crucial en esta etapa.

Considero conveniente precisar que independientemen
te de los argumentos que he utilizado en favor de la defensa,

debe considerarse, a mayor abundamiento, el carácter de buena fé del ministerio público, singularidad que ha sido reconocida por funcionarios de la misma institución, concretamente - por el Sr. Lic. Fernando Roman Lugo que afirmó en el discurso pronunciado con motivo de la inauguración del II Congreso Nacional de Procuradores el día 4 de mayo de 1963 (3):

"En el mensaje dirigido por don Venustiano Carranza al Congreso Constituyente, llamaba la atención sobre la necesidad de que la Constitución Política otorgara, con cuanta precisión y claridad fuera dable, protección a la libertad humana, en todas las manifestaciones que de ella derivan de una manera directa y necesaria, como constitutivas de la personalidad del hombre; y recordaba, con sentido reproche, que la sola declaración hecha por la Constitución de 1857 de que los derechos del hombre son la base y objeto de todas las instituciones sociales, no otorgó a esos derechos, con pocas excepciones, las garantías debidas; lo que tampoco hicieron las leyes secundarias, que no llegaron a castigar severamente la violación de aquéllas pues las penas, además de insignificantes, casi nunca se hicieron efectivas, por lo que, a pesar de aquella Constitución, la libertad individual quedó por completo a merced de los gobernantes. En tono severo decía también el señor Carranza que la simple declaración de derechos, bastante en pueblos de cultura elevada, resultaba un valladar -

3) Datos tomados de la Memoria de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales en el período comprendido del año de 1958-1964.- Páginas 296 y 297.

ilusorio donde, por una larga tradición y por usos y costumbres inveterados, la autoridad ha estado investida de facultades omnímodas, se ha atribuido poderes para todo y el pueblo no tiene otra cosa que hacer más que callar y obedecer. Y abrigaba la esperanza el Primer Jefe de que con las reformas propuestas, se conseguiría que los agentes del poder público fueran lo que debieran ser, instrumentos de seguridad social".

"Los elevados sentimientos de Carranza, impregnados de realismo histórico, expresan la postura de quien luchó para ver a su pueblo libre de asechanzas o de arbitrariedades agresivas y violentas; y esos sentimientos son los que conforman, deben conformar, el concepto del Ministerio Público que los Procuradores anhelamos establecer normativamente, considerando que nos corresponde ahora a nosotros, como exigencia del ambiente de garantías y respeto en que se desarrollan todos los aspectos de la vida mexicana actual".

Comunicación del acusado con el defensor.

Con arreglo al derecho vigente, le está reconocida a toda persona que se encuentre detenida, el derecho a nombrar defensor, derecho que lleva implícita y hace necesaria, la posibilidad de comunicación entre el acusado y el defensor, lo mismo durante la investigación previa que en el curso del procedimiento ante el órgano judicial.

Ahora bien, cuando el inculcado se encuentre en libertad al tiempo de practicarse las diligencias averiguatorias, es evidente que no hay problema. Pero si éste se halla

detenido, el trato con su defensor es objeto de graves restricciones.

Es preciso decir con toda franqueza que, a nuestro juicio, topamos con harta frecuencia con un criterio exageradamente cerrado. La práctica consistente en negarse a dar la más mínima información invocando el interés de la averiguación y de impedir, por lo general, todo trato con el inculpado detenido, debería ser objeto de revisión. No cabe silenciar, que la posibilidad de comunicarse con el detenido, incluso después de terminado el período indagatorio y de redactado el escrito de denuncia, es objeto de limitaciones completamente contrarias a los fines de defensa y a los preceptos constitucionales que en el presente trabajo hemos señalado.

Son detenidas las personas imputadas de haber cometido delitos graves. Pero precisamente en esas causas criminales en que se solicitan penas graves por la acusación, que por tal motivo exigen un esfuerzo acrecentado por parte de la defensa, ocurre que, debido al carácter ilusorio de la comunicación del defensor con su patrocinado, la labor preparatoria de la defensa no pasa de ser, por así decirlo, teórica e ineficaz.

Las posibilidades de que actualmente dispone el defensor para comunicarse con su patrocinado no le permiten llegar a conocer antes del juicio ante el órgano judicial, mediante una conversación serena con el cliente, las conexiones que necesaria e ineludiblemente existen entre los hechos, así

como las circunstancias personales del inculcado y los motivos que le han inducido a cometer los hechos, con aquella extensión, sin la cual la actuación de la defensa resulta insuficiente y le es totalmente imposible estar informado, conforme lo exige el desempeño de su cometido.

Acúdo, en este punto, a la autoridad de los juristas Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga (4) que expresan: "La idea de que el proceso puede desenvolverse normalmente sin la intervención de los abogados, es notoriamente contraria a las realidades de la vida forense actual y a las experiencias de la historia, que aseveran que no se puede prescindir de estos profesionales sin daño, no sólo para el interés privado, sino también para el público, implicado en toda contienda judicial".

La Declaración del Acusado ante el Organó Investigador.

Otra situación que requiere también un examen minucioso es el relacionado con la declaración del acusado en la etapa de la averiguación previa, ya que las circunstancias -- que rodean el interrogatorio pueden contribuir, con mucha rapidez, a vencer la voluntad de alguien que solo tiene conocimiento de su derecho por conducto de sus interrogadores.

Mientras se hallan detenidos los indiciados, son interrogados por empleados y funcionarios del ministerio público en una dependencia aislada del exterior.

4) De Pina Rafael; Castillo Larrañaga José.- Instituciones de Derecho Procesal Civil.- Editorial Porrúa, S.A. 3a. Ed. Pág. 227.

Al comienzo del interrogatorio no se les informa, plena y efectivamente sobre sus derechos, principalmente de nombrar defensor; de que el mismo esté presente en todos los actos jurídico procesales que se lleven a efecto y de que no puede ser compelido a declarar en su contra, o derecho a guardar silencio.

Según mi punto de vista, las declaraciones que se obtengan por funcionarios o empleados del ministerio público en interrogatorios realizados después de una detención, no se deben considerar como probanzas si el detenido no ha sido informado previamente, y sin equívoco, que tiene derecho a guardar silencio y que todo lo que manifieste será aducido contra él en juicio, así como que está asistido de un defensor.

La advertencia relativa al derecho a guardar silencio ha de ser acompañada por la explicación de que todo lo manifestado podrá ser aducido contra el procesado en juicio. Esta advertencia es necesaria, no sólo para informarle sobre la existencia de este derecho, sino también sobre las consecuencias de una posible renuncia.

Solamente si se tiene conocimiento de estas consecuencias, puede tenerse la seguridad de que se puede ejercer conscientemente este derecho. Además, esta advertencia puede servir para señalar mejor al interesado que se halla en una fase de averiguación de los hechos que se le imputan, para que coadyuve a la investigación de los mismos, si ello le beneficia.

De lo expuesto considero que se pueden formular las siguientes afirmaciones:

1.- La consignación no puede aducir las declaraciones (tanto si se reconoce o no en ellas la culpabilidad) que se hayan obtenido en interrogatorios realizados por funcionarios o empleados del ministerio público, después de una detención o después de haber privado a alguien de su libertad de acción en algún sentido, a menos que se demuestre que se han tenido en cuenta las garantías fundamentales previstas en las fracciones III y IX del artículo 20 Constitucional que reconoce el derecho del detenido a nombrar defensor y el derecho a negarse a realizar un acto de autoacusación.

2.- La atmósfera y el ambiente del interrogatorio - en condiciones de incomunicación, tal como se efectúa actualmente, son intrínsecamente intimidatorios y menoscaban el derecho a negarse a realizar un acto de autoacusación. Si no se adoptan las precauciones adecuadas para eliminar el ambiente de coacción en las condiciones de detención, ninguna declaración hecha por el procesado debe o puede ser el resultado de su libre albedrío.

3.- El derecho a negarse a realizar un acto de autoacusación es la base fundamental de nuestro sistema de defensa, de tal manera que se debe garantizar al detenido el derecho a guardar silencio, salvo en el caso de que prefiera hacer una declaración en el libre ejercicio de su voluntad durante la etapa de la investigación previa, o bien en el curso

de otras investigaciones.

4.- Si no están en vigor otras medidas eficaces, se ha de aplicar el procedimiento siguiente para garantizar el derecho o garantía establecida por el artículo 20 Constitucional: antes del interrogatorio, el detenido ha de ser informado claramente de que tiene derecho a guardar silencio y de -- que todo lo que manifieste será aducido contra él en juicio; ha de ser informado claramente de que tiene derecho a ases-- rarse con defensor y a hacerse acompañar por el mismo durante el interrogatorio.

Oportunidad Probatoria.

Por último, debe señalarse que el órgano investigador rechaza, en múltiples ocasiones, probanzas ofrecidas por el indiciado, vulnerando la garantía de oportunidad probato-- ria y en este sentido puedo afirmar, categóricamente, que el indiciado o cualquier otra parte puede pedir que se realicen actos suplementarios de investigación, por ejemplo, la obten-- ción de dictámenes periciales sobre asuntos técnicos o reco-- ger otros testimonios, el investigador debe allanarse a estas peticiones si pueden tener importancia para la causa, ya que la prueba, según expresa el distinguido jurista Eduardo Palla-- res(5) "es un elemento esencial del juicio, porque en los juí-- cios es necesario demostrar, por una parte, la existencia de los hechos y por otra, la verdad de las afirmaciones y razona-- mientos formulados".

5) Pallares Eduardo.- Derecho Procesal Civil.- Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. Página 351.

El hecho de que el ministerio público rechace probanzas del acusado, obliga en muchos casos, a la práctica de ulteriores informaciones complementarias y en un gran porcentaje de los casos se hace necesario completar las pesquisas.

Concluyo diciendo que si se examina detenidamente - el papel del defensor durante el procedimiento averiguatorio, se dejan oír cada día mayor número de voces para hacer constar que en el período de la averiguación previa los defensores encuentran serias dificultades para el estudio de la materia -- constitutiva de las indagaciones practicadas y, por consiguiente, para adoptar la actitud adecuada a los fines de defensa y solicitar, en su caso, la práctica de informaciones supletorias.

Son muchos los defensores que alegan la circunstancia de no haberles sido posible efectuar un estudio detenido de las actuaciones de la causa, durante la etapa de la investigación previa.

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

Las investigaciones realizadas para la elaboración de este trabajo y las consideraciones vertidas en el mismo, nos permiten llegar a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- El Derecho Penal constituye una unidad - que debe dividirse, por fines de orden didáctico y práctico, en derecho sustantivo, integrado por la legislación penal y de recho adjetivo, constituido por la legislación procesal.

SEGUNDA.- Los conceptos de proceso, procedimiento y juicio son diferentes desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, sin embargo, en la usual terminología jurídica de nuestro medio, se utilizan indistintamente para referirse a todos aquellos actos procesales que culminan con la - aplicación de la ley al caso concreto.

TERCERA.- El objeto mediato del Derecho Procesal Penal es idéntico al del Derecho Penal: la conservación del - orden social que hace posible la vida gregaria. Su fin inme-- diato es la aplicación de la norma general al caso particular.

CUARTA.- El proceso penal constituye un todo indivisible que sólo por razones de orden pragmático y didáctico se ha dividido en las siguientes etapas o períodos:

1.- De la averiguación o investigación previa, cu yo fin es reunir los elementos necesarios para la justifica-- ción del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad -

del sujeto indiciado de su comisión, para estar en condiciones de ejercitar acción procesal penal;

2.- La instrucción previa tiene por objeto precisar la situación jurídica del indiciado, por parte del juez - del conocimiento de la causa;

3.- En la instrucción formal se aportan todos los elementos que ilustran al juez con respecto a los hechos delictuosos sometidos a su consideración;

4.- En las conclusiones se precisa la posición de las partes en el proceso; y

5.- En la Sentencia Definitiva se aplica la ley - al caso concreto.

QUINTA.- Las principales garantías que se deben - respetar en el proceso criminal son las siguientes: la de -- audiencia, legalidad, oportunidad probatoria y el principio - de impugnación.

SEXTA.- La garantía de audiencia radica, básica-- mente, en el derecho que tiene el procesado para ser oído en defensa propia durante el proceso criminal.

SEPTIMA.- El principio de legalidad consiste, esen cialmente, en el imperativo de la sumisión a las normas legales.

OCTAVA.- El principio de oportunidad probatoria - debe estudiarse no solo como una garantía en favor del proce-

-sado, sino también y básicamente como un medio para llegar al conocimiento de la verdad real del hecho delictuoso y la responsabilidad de su probable autor.

NOVENA.- El principio de impugnación debe entenderse como el derecho de combatir las resoluciones con las que se encuentre inconforme una de las partes.

DECIMA.- Según mi punto de vista, en el período de averiguación o investigación previa no se respetan, como es de desearse, algunas de las garantías fundamentales del procedimiento.

DECIMA PRIMERA.- La posición jurídica del inculpado durante el período indagatorio y mientras permanece detenido, se significa por su carácter inquisitorial.

DECIMA SEGUNDA.- La Constitución de nuestro país contiene, sin restricción alguna, disposición explícita que consagra el derecho de defensa, pero las autoridades investigadoras han dejado a su albedrío la admisión de un defensor durante la fase de averiguación previa.

DECIMA TERCERA.- Por lo general, la defensa sólo puede desempeñar su importantísimo cometido después de terminado el período indagatorio. El detenido permanece, por lo tanto, prácticamente indefenso durante la primera fase del procedimiento penal.

DECIMA CUARTA.- El ambiente del interrogatorio en condiciones de incomunicación, tal como se efectúa actualmen-

-te por el órgano investigador, es intrínsecamente intimidatorio y menoscaba el derecho a negarse a realizar un acto de autoacusación.

DECIMA QUINTA.- Si no están en vigor otras medidas eficaces, se ha de aplicar el procedimiento siguiente para garantizar los derechos fundamentales previstos en las fracciones III y IX del artículo 20 Constitucional: antes del interrogatorio, el detenido ha de ser informado, claramente, de que tiene derecho a guardar silencio y de que todo lo que manifieste será aducido contra él en juicio y también ha de ser informado claramente de que tiene derecho a asesorarse con defensor y a hacerse acompañar por el mismo durante el interrogatorio.

B I B L I O G R A F I A .

- Acero Julio.- Procedimiento Penal.- Editorial José M. Cajica Jr., S. A.- Puebla, Pue.- Cuarta Edición.
- Alcalá-Zamora y Castillo Niceto.- Panorama del Derecho Mexicano.- Síntesis del Derecho Procesal.- Publicaciones del Instituto de Derecho Comparado.- Universidad Nacional Autónoma de México.- México 1966.
- Beccaria Cesar.- Tratado de los Delitos y de las Penas (dei delitti e delle pene) Editorial Cajica.- México-Buenos Aires.
- Carnelutti Francesco.- Cómo se hace un proceso.- Ediciones Jurídicas Europa-América.- Buenos Aires, Argentina.
- Carnelutti Francesco.- Lecciones sobre el proceso penal.- Volumen III.- Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch y Cía. Editores.- Chile-Buenos Aires.
- Carranca y Trujillo Raul.- Derecho Penal Mexicano.- Tomo I.- Editorial Antigua Librería Robredo.- Cuarta Edición.
- Castellanos Tena Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.- Editorial Jurídica Mexicana.- Segunda Edición.
- Colín Sánchez Guillermo.- Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.- Editorial Porrúa, S. A. México 1970.
- De Pina Rafael y Castillo Larrañaga José.- Instituciones de Derecho Procesal Civil.- Editorial Porrúa, S. A.- Tercera Edición.
- Florian Eugene.- Elementos de Derecho Procesal.- Bosch.- Casa Editorial.

Franco Sodi Carlos.- El Procedimiento Penal Mexicano.- Talleres Gráficos de la Penitenciaría del D. F.- México - 1937.

Goldschmidt James.- Principios Generales del proceso.- Ediciones Jurídicas Europa-América.- Buenos Aires, Argentina.

González Bustamante José.- Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano.- Editorial Porrúa, S. A. Cuarta Edición.

Larroyo Francisco y Miguel A. Cevallos.- La Lógica de las Ciencias.- Editorial Porrúa, S. A. México 1954.

Manzini Vincenzo.- Tratado de Derecho Procesal Penal.- Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América.

Memoria de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales.- Periodo comprendido en los años de 1958 a 1964.

Pallares Eduardo.- Derecho Procesal Civil.- Editorial Porrúa, S. A. Cuarta Edición.

Rivera Silva Manuel.- El Procedimiento Penal.- Editorial Porrúa, S. A.- Tercera Edición.

Villalobos Ignacio.- Derecho Penal Mexicano.- Editorial Porrúa, S. A. Segunda Edición.

L E G I S L A C I O N

Declaración Universal de Derechos Humanos.- Publicación de la Oficina de la Organización de las Naciones Unidas en México.- Septiembre de 1969.- Sin citar nombre de editorial.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- Tercera Edición preparada por la Secretaría de la Presidencia.- Agosto de 1972.

Códigos de Procedimientos Penales.- Editorial Porrúa, S. A.- Vigésima primera Edición.- México 1975.

Código Penal para el Distrito Federal.- Editorial Porrúa, S. A. Vigésimanovena Edición.- México 1976.

Semanario Judicial de la Federación.

C A P I T U L A D O .

Capítulo I.- Nociones Generales.- La razón de ser del Proceso Penal.- Proceso, Procedimiento y Juicio.- Sistema Procedimental en México.- Naturaleza Jurídica del Proceso Penal.- Fines del Proceso.- Los actos procesales y los principios que los rigen.- El Órgano de la Jurisdicción.

Capítulo II.- La etapa de la averiguación previa.- El Ministerio Público, institución ante la que se desarrolla esta etapa.- Evolución histórica del ministerio público.- Naturaleza jurídica.- Características y atribuciones.- Principios que rigen su funcionamiento.

Capítulo III.- El Proceso Penal ante el Órgano jurisdiccional.- Instrucción previa.- Instrucción formal.- Período de las conclusiones.- Sentencia Definitiva.

Capítulo IV.- Algunas garantías fundamentales aplicadas en el proceso criminal.- La garantía de audiencia.- La garantía de Legalidad.- La garantía de oportunidad probatoria.- El principio de impugnación en el Procedimiento Penal.

Capítulo V.- Estudio de algunos derechos fundamentales del acusado en la etapa de la averiguación o investigación previa.- El nombramiento de defensor.- Comunicación del acusado con el defensor.- La declaración del acusado ante el Órgano investigador.- La oportunidad probatoria.

Capítulo VI.- Conclusiones.

Bibliografía.

Legislación.

Capitulado.