

326
De 1.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales

" ARAGON "

**" LA SEGURIDAD JURIDICA DEL
OFENDIDO FRENTE AL INCIDENTE
DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO
DE DATOS "**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

GLORIA IMELDA RIOS CARDOZA

ENEP



ARAGON

San Juan de Aragón, Edo. de Méx.,

1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

"LA SEGURIDAD JURIDICA DEL OFENDIDO FRENTE AL
INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS."

INDICE

	No. Pag.
Introduccion	1

CAPITULO I

DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN GENERAL	3
------------------------------------	---

A. Conceptos de proceso y procedimiento.	4
B. Preparación del ejercicio de la acción penal.	8
C. Preparación del proceso	16
D. Proceso.	26

CAPITULO II

EL MARCO JURIDICO DEL OFENDIDO.	31
---------------------------------	----

A. Ofendido.	32
B. Clases de ofendidos.	34
C. Su intervención en el proceso penal.	35
D. La reparación del daño.	41
E. Su indemnización.	44
1. Material.	45
2. Moral.	46
3. Perjuicios.	48

CAPITULO III

PROCEDIMIENTO DEL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS. 50

A. Concepto.	50
B. Clases de incidentes.	55
C. Procedencia y Substanciación.	63
D. El agente del Ministerio Público y el incidente.	67
E. Sus efectos.	68
1. ¿ Cuando se otorga ?	70
2. ¿ Cuando se niega ?	71

CAPITULO IV

EL OFENDIDO, SU CONOCIMIENTO DEL INCIDENTE Y SU NECESARIA PARTICIPACION DENTRO DEL MISMO. 74

A. El Ministerio Público, como representante de la sociedad y su deber frente al ofendido.	76
B. La notificación o conocimiento del Procedimiento del incidente al ofendido.	80
C. El ofendido como perjudicado directo al conceder la libertad por desvanecimiento de datos.	85
D. Propuestas de reformas y adiciones.	87

Conclusiones. 89

Bibliografía. 93

INTRODUCCION

Hemos considerado establecer un estudio sobre la seguridad jurídica del ofendido de un delito. frente al incidente de libertad por desvanecimiento de datos, en virtud de que en la práctica existe esa falta de seguridad para que éste pueda comparecer en el procedimiento penal.

Podemos decir que se da coadyuvancia a petición del ofendido y con aprobación del Ministerio Público y una vez reconocida la personalidad de coadyuvante el juez deberá acordar todas las promociones que el ofendido presente.

Esto lo consideramos totalmente contrario, ya que la legislación también establece que puede intervenir en la misma posición que los defensores; el ofendido debe estar en todas las diligencias que se celebran en el proceso y especialmente en aquellas donde se pueda lograr la libertad del acusado, como es el caso del incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

En virtud de lo anterior haremos un estudio somero del procedimiento penal en general, para analizar sus conceptos. la preparación del ejercicio de la acción penal o averiguación previa, y posteriormente establecer un marco jurídico de lo que es el ofendido y poder observar sus alcances y límites de sus derechos y como los puede

hacer valer. Incluso se verán situaciones de indemnización, así como de la reparación del daño.

En el marco jurídico de lo que es el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, se observará que al ofendido en ningún momento se le cita para dicho procedimiento accesorio.

Se establecerán algunas propuestas de reformas a la ley.

Hablaremos de la necesidad de darle una mayor participación al ofendido dentro del procedimiento penal.

CAPITULO I

DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN GENERAL.

El punto de partida de nuestro trabajo, es la necesidad de darle al ofendido de un delito, la seguridad jurídica que éste necesita, no solamente al tramitarse el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, sino en todo el procedimiento penal, en donde al parecer, el ofendido es el que menos importa.

Lo anterior lo decimos, en virtud de que una vez que es consignada la averiguación previa ante el órgano jurisdiccional, al ofendido no se le da la oportunidad de intervenir en audiencias en la etapa del proceso.

Sin embargo, al procesado de acuerdo a nuestra legislación se le otorgan, garantías individuales, derechos y recursos, que puede hacer valer por propio derecho, por conducto de su abogado defensor o un defensor de oficio.

En cambio el ofendido actúa en forma directa en la etapa de averiguación previa y en la etapa procesal en coadyuvancia con el Ministerio Público.

Consideramos que hay una desproporción real, respecto del objetivo del Derecho penal en general, ya que, demostraremos que el Derecho Penal intenta proteger a las personas y cuando se les violan sus derechos, intenta

repararle su daño y hacer penar la conducta delictuosa.

Esta es la posición que consideramos será el punto de vista con que presentemos el siguiente estudio.

Iniciaremos estableciendo datos fundamentados del procedimiento en general, diferenciando inicialmente entre el concepto de proceso y procedimiento.

Luego, veremos la preparación del ejercicio de la acción penal y del proceso, hasta el cierre de la instrucción donde se desarrollan los medios de defensa del procesado frente al ataque acusatorio del agente del Ministerio Público.

A. CONCEPTOS DE PROCESO Y PROCEDIMIENTO.

La diferencia y semejanza entre uno y otro, está basada en el objetivo que estos persiguen.

Carnelutti "Una exigencia metodológica imprescindible para el estudio del procedimiento, que se resuelve, como ocurre casi siempre, en una exigencia terminológica, me induce a aclarar y a observar con el mayor rigor posible la distinción entre la suma de los actos que se realizan para la composición del litigio, el orden y la sucesión de su realización; el primero de estos conceptos se denota con la palabra proceso; el segundo con la palabra

procedimiento. Aún cuando sea tenue, la diferencia de significados entre los dos vocablos y por muy entendible que se halle la costumbre de usarlas indistintamente, invito a los estudiosos a tener en cuenta la distinción, sin cuya ayuda hace casi imposible poner en orden en el montón de fenómenos que la teoría del procedimiento debe enseñar a conocer. " (1)

Nótese que los vocablos proceso y procedimiento, revisten una gran confusión, al grado que se han utilizado sin ninguna distinción.

La definición que Carnelutti propone, no llena los presupuestos que buscamos para definir la concepción de ambos términos.

Es necesario tener separada la concepción para distinguirlos claramente, lo anterior debido a que el Derecho Procesal, está asentado en la sistematización normativa, por la cual se ha de administrar la justicia.

El maestro Humberto Briseño Sierra, sostiene: " El Derecho Procesal constituye una rama jurídica por que tiene principios realmente autónomos: estos principios dan la tónica de la ciencia procesal, son las guías o sentido teórico de la disciplina y entre ellos sobresale lo bilateral de la instancia. No se puede pensar en el proceso por antonomasia si falta la dinámica correspondiente de las

(1).-Cit. Pallares, Eduardo: " Diccionario de derecho procesal civil" México, Editorial Porrúa, S.A. 15a. Edición, 1983, Página 635.

conductas de dos partes enfrentadas para cooperar en el desenvolvimiento de una serie de actos que estan ligados casualmente para propiciar el conocimiento de un conflicto y su resolución. "

" Pero el proceso, guiado por este principio de bilateralidad de la instancia, exige la combinación de otros semejantes, como el de imparcialidad del juzgador, el tercer sujeto del drama, que con su actitud ajena al resultado de los intereses en contienda, actua soldando los grados de la serie procesal." (2)

Si el Derecho Procesal, es una ciencia aplicada a las actitudes de la administración de la justicia, es preciso definir el momento de cada una de estas actitudes

De lo anterior, que en el Derecho Penal el procedimiento se iniciará desde que el Agente del Ministerio Público tiene noticias del delito, hasta que la sentencia sea ejecutoriada.

Esto surge en relación a la interpretación que nuestra constitución da a ambos terminos, refiriendose al proceso como ese momento en el que se ofrecen pruebas formalmente.

Mientras que el procedimiento tiene su fundamento legal en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo los siguientes:

Articulo 14 constitucional en su segundo parrafo dice:

(2).- Briseño Sierra, Humberto: "Derecho procesal" México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1a. Edición, volumen I, 1969, página 59.

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

Artículo 16 constitucional dice:

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

Artículo 19 en su segundo párrafo dice:

" Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión... "

Debemos notar cuando la Constitución se refiere al procedimiento, lo hace de una manera muy general, y al hablar de lo que es el proceso, lo cimenta en una formalidad derivada ésta, del auto de formal prisión.

Tal vez, en el proceso civil, como en el laboral y en los otros procesos no se distingue claramente la necesidad de diferenciar el proceso del procedimiento ya que en estos, se establece una demanda, una contestación, se fija una litis cerrada de cinco o seis puntos a demostrar, y sobre de esto tiene que versar inmediatamente el proceso.

B. PREPARACION DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

Para que la preparación del ejercicio de la acción penal se dé, se ha requerido un largo desarrollo histórico social y jurídico que norme y establezca las reglas para que se realice tal ejercicio de la acción penal.

Luego, la sociedad al integrarse y perseguir sus fines como son el bien común, la justicia y la seguridad jurídica va a proponer normas que encuadren jurídicamente las reglas de la averiguación previa por la que el agente del Ministerio Público en virtud de la disposición constitucional contenida en el artículo 21 pueda éste válidamente ejercer acción penal en contra de una persona tratando dos objetivos principales, el de punibilizar la conducta y reparar el daño.

El grupo humano, en su convivencia, debe de coordinar los intereses, actitudes, criterios de valor individuales hacia una colectividad, para que exista una organización suficientemente capacitada para imponer el interés colectivo al individual.

El maestro Luis Recasenes cuando nos explica esta circunstancia nos dice: " La Filosofía no se plantea propiamente el problema de distinguir formalmente entre la moral y el derecho sino la cuestión de qué cosa pueda y debe ser el contenido de la ley humana a diferencia de las materias que son ordenadas por la ley natural. Se

podría preguntar si el derecho positivo debe contener todo lo ordenado por la ley natural a lo cual se contesta que no, de ninguna manera, pues la ley jurídica positiva difiere de la moral en cuanto al fin, en cuanto a la extensión, en cuanto al carácter y en cuanto al contenido. El derecho se inspira, no en la honestidad intrínseca de los actos, como la moral, sino en lo que requiera directa e inmediatamente el bien común. " (3)

Esa organización que la sociedad requiere para su existencia está basada en el Derecho, al grado tal que él mismo tiene que satisfacer en principio el interés de la colectividad tratando de normar a los individuos en su persona.

Otro fin del Derecho es proporcionar la justicia entre las relaciones de dicha sociedad. Rafael de Piña Vara al definir la justicia dice: "Es la disposición de la voluntad del hombre dirigida al reconocimiento de lo que cada cual es debido o le corresponde según el criterio inspirador del sistema de normas establecido para asegurar la pacífica convivencia dentro de un grupo social mas o menos amplio. " (4)

El derecho en general, va a responder al interés colectivo, para darle a cada uno su derecho, de lo anterior

(3).-Recasenes Siches, Luis: "Tratado General de Filosofía del Derecho", Editorial Porrúa, 6a Edición, 1978, Página 196.

(4).-Piña Vara, Rafael de: "Diccionario de derecho" Mexico, Editorial Porrúa, S.A. 2a edición, 1970. página 217.

surge la dualidad del derecho, que interesa a la colectividad, resguardando el interés de cada uno de los individuos.

La seguridad jurídica, de la que el maestro Rafael Preciado nos explica: " Es la garantía dada al individuo, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si estos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad protección y reparación, en otros términos está en seguridad aquel que tiene garantía de que su situación no será modificada sino por procedimientos sociatorio y por consecuencia regulares, legítimos y conforme a la ley. " (5)

Se señalan tipos delictivos en el Código Penal, que previenen e intentan prevenir ataques a los bienes jurídicos tutelados.

La vida, la libertad, valores indispensables y fundamentales del hombre, que el Derecho Penal protege; si cuando uno de estos es trasgredido por un delincuente el ofendido tiene la seguridad jurídica de que existe una autoridad judicial que a través del procedimiento penal establecido por la sociedad, él mismo sea oído y vencido en juicio, y se le punibilice su conducta y repare el daño ocasionado por la misma.

El ofendido por un delito, dado que todo el derecho.

(5).- Preciado Hernández, Rafael: " Lecciones de Filosofía " México, Editorial Jus, 10ª Edición, 1979, Página 233.

no solamente el derecho penal sino el derecho en general intenta proteger su interes. es lógico que independientemente de que el agente del Ministerio Público, tenga la persecución exclusiva del delito, el ofendido puede intervenir con mayor grado en el procedimiento con el fin de lograr lo que el derecho en general ha intentado proteger.

Surge la preparación del ejercicio de la acción penal, esto es a través de los lineamientos establecidos por el artículo 16 constitucional. el Ministerio Público surgido del 21 constitucional deberá tener una acusación una querrela, una denuncia de persona digna de fe, hecha bajo protesta, para que él mismo pueda investigar previamente e integrar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

De lo anterior, que el artículo 21 constitucional establezca en su parte inicial lo siguiente:

" La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. 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... "

Mucho se ha discutido si ese ejercicio de la acción penal es exclusivo del Ministerio Público; al notar y analizar bien el artículo 21, puede verse, como es propia y exclusiva la imposición de la pena por parte de la autoridad si, pero al Ministerio Público, solo le incumbe perseguir al

delito, dicha incumbencia, procede por la siguiente lógica: El ofendido al verse afectado en su seguridad jurídica, no tiene porque, derogar mas gastos en peritos, en policia judicial para poder lograr evidenciar sus daños o el delito cometido sobre éste.

Fix Zamudio, al comentar la situación citada, nos explica: " Si bien un sector de la doctrina, estima inconveniente esta interpretación radical del citado artículo 21 constitucional, la mayor parte de los tratadistas sostienen que es conveniente el monopolio del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público." (6)

A su vez la jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte de Justicia ha establecido:

" Contra las determinaciones del Ministerio Público cuando decide no ejercitar la acción penal, desistirse de la misma o formular conclusiones no acusatorias, no pueden impugnarse a través del juicio de amparo, en virtud de que el propio Ministerio Público solo puede considerarse como autoridad en sus actividades de investigación, pero se transforma en parte cuando comparece en el proceso penal. Además de aceptarse lo contrario, se otorgaría al particular afectado la posibilidad de participar en el manejo de la acción pública. "

" La única posibilidad de combatir los actos de Ministerio Público en su calidad de parte en el proceso penal, es através

(6).- Fix Zamudio, Héctor: Comentarios al artículo 21 Constitucional dentro de " Constitución Política Mexicana " Comentada, UNAM. 1985, Página 55.

de un control interno administrativo que regulan las leyes orgánicas respectivas." (6)bis.

La interpretación que se le ha dado a la intervención del Ministerio Público en la persecución del delito es definitiva, se le ha otorgado ese poder exclusivo de perseguir al delito.

Es desde aquí, en donde podemos decir, que el ofendido quien resintió la acción del delito, que en un determinado momento sufre perjuicios en su patrimonio, en su derecho o en su persona, puede verse afectado por una deficiente actuación del agente del Ministerio Público que afecta la seguridad jurídica del ofendido.

Consideramos que aquí hay un problema de seguridad jurídica necesario de legislar, ya que la misma Constitución solamente hace de su incumbencia el perseguir al delito.

Ahora bien, cuando el Ministerio Público, recibe la acusación, la querrela o la denuncia, éste inmediatamente se aboca a la investigación, dicha investigación debe de ir directamente enfocada a satisfacer dos requisitos de los que nos habla el Maestro César Augusto Osorio y Nieto al decir: " Como fase del procedimiento penal puede definirse a la averiguación previa, como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo

(6) bis.- Acosta Romero, Miguel y Gongora Pimentel, Genaro David: " Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos "; México, Editorial Porrúa, S.A., 3a Edición, 1987, Página 399.

del delito y la presunta responsabilidad y optar por el ejercicio o la abstención de la acción penal." (7)

En esta fase en donde se inicia la investigación, el Ministerio Público debe integrar los elementos que el artículo 16 constitucional le exige, y necesariamente demostrar el cuerpo del delito esto es encontrar los elementos que forman el tipo.

La jurisprudencia de la Suprema Corte ha definido el cuerpo del delito:

" Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal..." (8)

Teniendo el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal.

Borja Osorno al definir tal acción nos dice: " Definimos la acción penal como el poder de excitar la jurisdicción y actuar en el proceso frente a una relación de Derecho Penal,

(7).-Osorio y Nieto, César Augusto. "La Averiguación Previa" México, Editorial Porrúa.S.A. 1o. Edición, 1981, Página 15.

(8).- " Apendice de Jurisprudencia ", 1917 a 1965 1a. Sala, Mayo Ediciones, 1981, Página 186.

independientemente de su resultado..." (9)

El agente del Ministerio Público al ejercitar su acción penal, excita al órgano jurisdiccional, a fin de lograr dos objetivos principales que el artículo 2o. recién reformado establece.

Artículo 2o.- Al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal la cual tiene por objeto:

I.-Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales.

II.-Pedir la libertad de los procesados en la forma y términos que previene la ley.

III.-Pedir la reparación del daño, en los términos especificados en el Código Penal.

Es evidente que el ejercicio de la acción penal jamás va a tener por objetivo el pedir la libertad de un presunto responsable ya que esa no es la naturaleza del ejercicio de la acción penal, por lo que no entendemos la reforma hecha al artículo 2o; lo que si es objetivo de la misma es el solicitar la aplicación de sanciones penales y buscar la reparación del daño del ofendido, como objetivos principales de esa excitación al órgano jurisdiccional.

(9).- Borja Osorno, Guillermo: " Derecho Procesal Penal ", México, Puebla, Editorial José M.Cajica Jr. 1969 Pagina 128.

En consecuencia la preparación del ejercicio de la acción penal, tiene como cimentación, la defensa de los intereses del ofendido, la cual se ha de enunciar por parte del Ministerio Público como órgano investigador en la etapa de averiguación previa y como parte dentro del proceso.

Ahora bien, esta preparación del ejercicio de la acción penal, está totalmente monopolizada por el agente del Ministerio Público, quien resuelve una vez investigados los hechos denunciados, el ejercitar la acción ante el poder jurisdiccional, con el fin de lograr para el ofendido, que la seguridad jurídica de la que habíamos al inicio de este inciso, pueda materializarse, y que el ofendido encuentre la reparación de su daño, y la penalización de una conducta delictiva que pone en peligro a la sociedad en general.

Con la consignación de la averiguación previa, ante el órgano jurisdiccional, termina el primer periodo llamado de ejercicio de la acción penal y comienza el segundo periodo de preparación del proceso.

C. PREPARACION DEL PROCESO

Como ya se dijo, una vez que se han reunido los elementos del cuerpo de delito y la presunta responsabilidad

de un sujeto que se encuentra detenido, es el momento en que el agente del Ministerio Público, ejercita la acción penal. Terminando hasta aquí el primer periodo y dando inicio al periodo de preparación del proceso ante el órgano jurisdiccional, el cual se inicia con el auto de radicación que señala la iniciación de un periodo con término máximo de 72 horas y que tiene por objeto el fijar una base para iniciar un proceso teniendo la certeza de que existe el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del sujeto.

El maestro Manuel Rivera Silva, al hablarnos del auto de radicación nos explica lo siguiente: " El auto de radicación no tiene señalado en la ley ningún requisito formal y los que forzosamente contiene es su misma esencia ubicada en la manifestación de que queda radicado algún asunto. En la práctica estos autos contienen los siguientes elementos. nombre del juez que los pronuncia, lugar, año, mes y día, y hora en que se dicta, y mandatos relativos a lo siguiente:

- 1.- Radicación del asunto.
- 2.- Intervención del Ministerio Público.
- 3.- Orden para que se proceda a tomar al detenido su preparatoria en audiencia pública.
- 4.- Que practiquen las diligencias necesarias para

establecer si está o no comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad. y

5.- Que se la facilite al detenido su defensa de acuerdo con las fracciones IV y V del artículo 20 constitucional. " (10)

Una vez que se radica la averiguación en el juzgado, el juez examinará si la consignación reúne los requisitos del artículo 16 constitucional y de ser, la diligencia que debe practicarse, necesariamente es tomarle al detenido su declaración preparatoria; así decretará la detención del consignado, ya que a pesar de que éste ya está privado de su libertad, la única decisión que justifica esta privación es el auto del juez, que crea el estado jurídico del inculpado.

Borja Osonó dice " La 'declaración preparatoria es la primera declaración que como acusado hace una persona ante el juez. Hacemos notar que es su declaración como acusado, si bien, puede suceder que en las diligencias de policía judicial haya declarado o bien en procedimiento judicial haya declarado; pero estas declaraciones no son preparatorias, ni prepara la defensa, puesto que no ha declarado como acusado. " (11)

(10).-Rivera Silva, Manuel: "El procedimiento penal"
Editorial Porrúa S.A.edición 21a, 1992, página 149.

(11).- Borja Osorno, Guillermo: "Derecho Procesal Penal",
México, Puebla. José M.Cajica Jr. 1969. página 229.

Es evidente que la declaración preparatoria, deberá de rendirse con esta naturaleza, esto es, preparar a la persona para su defensa, y solamente es en este momento que se puede hablar ya que existe un acusado sobre quien se encuentra imputada alguna conducta delictuosa.

Por su parte, González Bustamante opina: " La declaración preparatoria se rinde por lo general, después del auto de radicación y consiste en que la persona a quien se imputa un delito, comparece por primera vez ante un juez a explicar los móviles de su conducta, sea en su aspecto de inculpación o los aspectos de atenuación o expulsión. Por su importancia, conviene estudiarlo como garantía constitucional o como un acto procesal. " (12)

Actualmente, el artículo 290 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal fue reformado para quedar como sigue:

Artículo 290.-

"La declaración preparatoria comienza por los generales del inculpado en los que se incluirán también los apodos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca en su caso, que si habla y entiende, suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho que tiene para defenderse por si o por otra persona de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez nombrará un defensor de oficio. "

(12).-González Bustamante, Juan José:"Principios de Derecho Procesal Penal", México, Editorial Porrúa, S.A. Quinta Edición, 1971, Página 149.

" Si el inculpado no hubiere solicitado su libertad bajo caución, se la hará nuevamente conceder de ese derecho en los términos del artículo 20 fracción primera de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del artículo 556 de este Código. "

" A continuación se le hará saber que consiste la denuncia, acusación o querrela; los nombres de sus acusadores y de los testigos que declaren en su contra; se le pregunta que si es su voluntad declarar y en caso de que así lo desee se le examinará de los hechos consignados. Si el inculpado decidiere no declarar, -el juez respetará su voluntad dejando constancia de ello en el expediente. "

"Igualmente se le harán saber las siguientes garantías que le otorga el artículo 20 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, que se le recibirán todos los testigos y las pruebas que ofrezca en los términos legales, ayudándoles para obtener la comparecencia de las personas que se solicita siempre y cuando estén domiciliadas en el lugar del juicio, será sentenciado antes de cuatro meses, si se tratase de delitos cuyas penas máximas no excedan de más de dos años de prisión o antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo, y que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y consten en su proceso. "

Anteriormente, se establecía que en la declaración preparatoria solamente se le tendría que hacer saber el derecho de conocer a su acusador y las personas que deparaban en su contra, su garantía de libertad condicional.

Así es, como se ha prolongado la asesoría jurídica

para el acusado, para que éste tenga conocimiento de sus derechos inmediatos.

Indiscutiblemente, el hecho de que pueda comunicarse es una gran defensa, por la que se hará constar de que esta persona pueda entender el idioma castellano.

Luego, el hecho de nombrar defensor, ya sea perito en Derecho o una persona de confianza son situaciones que dejan al procesado con mayor confianza para el desahogo de su procedimiento. Claro está que la ley General de Profesiones ley reglamentaria del artículo 5o Constitucional en materia de profesiones, los artículos 26 y 28, establecen que para todas las cuestiones penales, se requiere de un licenciado en Derecho debidamente registrado, que pueda defender a un acusado; si sucede lo contrario, entonces se dejará en estado de indefensión porque no estuvo debidamente asistido por un perito legalmente autorizado para ejercer.

De ahí que independientemente de que pueda nombrar una persona de confianza, el juez deberá nombrarle un defensor de oficio, y aquella persona de su confianza podrá coadyuvar a través de la defensoría de oficio necesariamente.

Las nuevas libertades que plantea el artículo 556 de la legislación reformada son mucho más interesantes, y cualquier persona puede alcanzar la libertad bajo fianza o la libertad provisional, siempre y cuando

garantice debidamente la reparación del daño, no constituya un peligro para la sociedad, que no exista un temor fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, que no se trate de un reincidente y que no caiga en los presupuestos establecidos en el último párrafo del artículo 556. Este tipo de libertad se solicita cuando el término medio aritmético de la punibilidad no rebase los cinco años que el artículo 20 fracción primera de nuestra Carta Magna previene.

El Ministerio Público no puede hacer ese tipo de peticiones, porque es una institución moral que realmente no va a tener las garantías individuales que la Constitución otorga, ya que esta institución forma parte de la administración pública y por lo mismo puede ser considerado como una autoridad administrativa.

Una situación muy interesante de la reforma, es en relación a la duración del procedimiento, esto se identifica claramente con lo que establece la fracción VIII del artículo 20 Constitucional lo cual dice:

" 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 excede de ese tiempo "

Nótese como la constitución ya establece el momento en que debe de contarse ese término.

Esto es, que anteriormente habían muchas alegaciones en el sentido de que la fracción VIII del artículo 20 constitucional, no comentaba en qué momento debería empezar a correr el término de los cuatro meses o del año para ser juzgado.

Se consideraba que podría partir desde el auto de término constitucional e incluso en que tanto el Ministerio Público como la defensa ofrecen sus conclusiones y es en el momento en que la persona va a ser juzgada técnicamente hablando.

Esta reforma al artículo 20 resuelve realmente el problema y es evidente que el término va a empezar a correr desde el momento de su notificación, esto es, desde su declaración preparatoria.

Este momento procesal, se viene a resolver con un auto llamado de término constitucional, que por cierto es cien por ciento una actuación mucho muy medular no solo para el procedimiento penal global, sino para establecer evidentemente la situación jurídica que ha de resolverse durante el proceso.

Este auto puede ser de formal prisión, de libertad por falta de meritos, o de sujeción al proceso que el Código Federal se establece como un auto de formal prisión sin restricción de su libertad o puede ser un auto de libertad, absoluta, simple y sencillamente porque el cuerpo del delito

y la presunta responsabilidad no se comprueban.

Por lo que se refiere al auto de formal prisión, el maestro Pifia y Palacios nos explica: " Es la determinación de la autoridad por medio de la cual, al hacerse en ella el análisis de la prueba, con respecto a la existencia del delito y de la presunta responsabilidad, se dan por establecidas las formalidades mediante las cuales se prolonga la privación de la libertad del agente, fijándose la base del proceso que debe seguirse. " (13)

El auto de formal prisión, es el que establece la verdad jurídica y la situación en que debe de quedar el presunto responsable.

El juez en este momento tiene toda la evidencia de una responsabilidad y da cierto margen para que la persona pueda defenderse y él para estar en aptitud de dictar un auto en donde todavía la responsabilidad es presunta, que formalizará la prisión y abrirá un juicio a prueba, en la cual la defensa y el Ministerio Público deberá probar sus propias afirmaciones de hechos.

Por lo que se refiere el auto de sujeción a proceso, en el Distrito Federal ya no se estila, a pesar de que nuestro Código en su artículo 229 en su segundo párrafo habla de la sujeción a proceso y ha caído en desuso para

(13).-Pifia y Palacios, Javier. "Derecho Procesal Mexicano". Mexico, 1948. página 142.

establecer una formal prisión sin la restricción de la libertad, como es el caso de delitos de imprudencia cometidos con motivo de tránsito de vehículos.

Por lo que se refiere a lo que es auto de libertad por falta de elementos para procesar, el maestro Francisco Sodi nos comenta: " Cuando al vencerse el término constitucional de 72 horas no está comprobado el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad, el juez en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 19 constitucional y de los correspondientes de las leyes adjetivas, pronunciará auto de soltura, conocido como auto de libertad por falta de méritos. Esta resolución impide el curso de la instrucción y produce la libertad del presunto, quien queda sujeto a una investigación penal que es el aspecto jurídico que toma lo actuado ." (14)

De tal forma que este auto cuando se dicta se hace con las reservas de la ley, que significa que en el momento en que existan nuevas diligencias que aparte el ofendido, entonces podrá repetir la acción penal, solicitándole al juez libre la orden de prisión respectiva.

Por último en relación a la libertad absoluta el maestro Colín Sánchez nos dice: " Trantándose de los aspectos negativos del delito, como las causas de justificación, las causas de inculpabilidad, las excusas absolutorias, etc: en

(14).-Franco Sodi, Carlos: "El Procedimiento Penal Mexicano". México, Editorial Porrúa. S.A. 3a edición, 1946. Página 302.

el auto que se dicta al fenecer el término constitucional de 72 horas, se dice que la libertad que se concede es de las reservas de la ley. Tal proceder es indebido, por que si ya se han agotado las pruebas que tuvieron para resolver la situación jurídica, lo procedente es decretar la libertad absoluta ." (15)

Dicha libertad se decretará por medio de un auto que en el procedimiento común recibe el nombre de auto de libertad por falta de méritos y en el federal se denomina auto de libertad por falta de elementos para procesar.

Así se cierra el ciclo de preparación para el proceso, siendo que éste se abrirá solamente cuando se dicte el auto de formal prisión, por parte del juez una vez que se ha acreditado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado.

D. PROCESO.

El maestro Eduardo Pallares, al referirse al proceso nos explica: " En su acepción más general, la palabra proceso, significa un conjunto de fenómenos, actos o acontecimientos que suceden en el tiempo, mantienen y entresiguen determinadas relaciones de solidaridad o vinculación. Así entendido, el proceso es un concepto que

(15).- Colín Sánchez, Guillermo; "Derecho Procesal Penal Mexicano " México, Editorial Porrúa, S.A., Segunda edición, Página 292.

emplean lo mismo la ciencia del Derecho que las Ciencias Naturales ." (16)

Existe por tanto diversos procesos: químicos, físicos, biológicos, psíquicos, etc. como existen procesos jurídicos.

Luego para que exista el proceso no basta que los fenómenos, acontecimientos se sucedan en el tiempo, es necesario además, que mantengan entre sí determinados vínculos que los hagan solidarios unos de los otros, sea por el fin a que se tiende todo el proceso, sea por la causa generadora de la misma.

El proceso es una serie de actos jurídicos que se suceden regularmente en el tiempo y se encuentra concatenados entre sí por el fin y el objeto que se quiere realizar con ellos. Con lo que da unidad al conjunto de vinculación de los actos, es precisamente la finalidad que se consigue, lo que configura la institución de quien se trata.

En su acepción jurídica material, la palabra proceso comprende a proceso legislativo, administrativos, judiciales, civiles, penales y mercantiles, etc...

Se entiende por proceso jurisdiccional. El que se lleva a cabo entre los órganos jurisdiccionales, o sea los encargados de administrar justicia en sus diversas modalidades.

(16).- Pallares, Eduardo: " Diccionario de Derecho Procesal". México, Editorial Porrúa, S.A. Décimo quinta edición, 1983. página 636 y 637.

Los que se transmitan ante los tribunales así como las juntas de Conciliación y Arbitraje y los Tribunales administrativos, e incluso el Senado cuando asume elecciones judiciales.

El proceso jurisdiccional tiende siempre a administrar justicia, para lograrlo se establece una trilogía procesal, esto es una parte que exija algún derecho, otra parte que lo defiende o se excepciona y una parte que es quien va a resolver entre los dos puntos discordantes, para el efecto de lograr una solución.

Ahora bien, por lo que se refiere al objetivo del proceso, el maestro Fernando Arilla Baz nos explica: " El objeto del proceso lo dividen los autores en principales y accesorios: A) El primero, que nace de la pretensión punitiva del Estado, afecta directamente el interés de éste. Tiene pues, un carácter fundamentalmente público y se rige por dos principios fundamentales: el de la indisponibilidad y el de la inmutabilidad. "

" El principio de la indisponibilidad significa que ninguna de las partes tiene facultad para desviar el curso del proceso y para imponer al órgano jurisdiccional la decisión. De ahí que el órgano puede variar la clasificación legal de los hechos consignados por el Ministerio Público."

" El principio de la inmutabilidad del objeto del proceso significa, que la relación jurídica llevada al

proceso no puede tener otra solución que la que le dé la sentencia. Pero este principio no tiene cabida en nuestra legislación, toda vez que ésta faculta el Ministerio Público para desistirse."

" Otra excepción del principio de inmutabilidad la constituyen los delitos perseguidos unicamente por querrela necesaria, en el cual se extingue la acción penal por el perdón de la parte ofendida."

" B) El objeto accesorio del proceso está constituido según algunos tratadistas por una relación jurídica de orden patrimonial que se traduce en la reparación del daño causado por el delito. Tal criterio, aceptable con referencia a los Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y 1874, que establecían que el delito daba origen a dos acciones, la penal y la civil, no lo es, de modo alguno respecto del actual. La reparación del daño tiene carácter de pena pública y por lo tanto, la prueba del daño causado y su resarcimiento en cuanto se solicita éste por el Ministerio Público, afecta directamente el interes del Estado e integra, por lo tanto, el objeto principal." (17)

Ese objetivo del proceso está ligado íntimamente a la jurisdicción, esto es, a la jurisdicción del sistema procesal de administración de justicia. Es en este momento cuando se puede hablar ya de un formalismo totalmente establecido por medio del cual ya se empiezan a investigar

los hechos con el fin de lograr una verdad jurídica.

De ahí que el proceso del Distrito Federal, puede ser sumario y ordinario, dándole a las partes términos para ofrecer sus pruebas y términos para desahogaras, y si no se hubiere promovido prueba, el juez declarará cerrada la instrucción y mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la defensa para que cada uno formule sus conclusiones.

Antes del cierre de la instrucción es donde el procesado puede hacer valer su derecho, promoviendo el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, ya que hasta este momento se aportaron las pruebas necesarias para formalizar la prisión.

CAPITULO II.

MARCO JURIDICO DEL OFENDIDO.

La seguridad jurídica, proporciona a la población en general diversos derechos, especialmente individuales. Esto es, que la Constitución nos otorga garantías individuales; el Código Civil hace que nuestros contratos sean respetados, el laboral hace que nuestros derechos como patronos o como empleados deberán de regirse por normas establecidas para la seguridad jurídica de la relación laboral.

En el Derecho Penal, la seguridad jurídica consiste en el hecho de que el Código Penal establece tipos por medio de los cuales, intenta realizar la protección de bienes que son fundamentales para la vida del hombre.

Luego, cuando estos ataques se producen, le garantizan a quien es la víctima de tal delito, su protección y reparación a través de la función jurisdiccional.

En consecuencia, una vez que el sujeto activo del delito ha sido oído y vencido en juicio, la misma seguridad jurídica va a establecer que se someta a un régimen de tratamiento especial, para que se rehabilite a fin de ser útil a la sociedad en general.

Así, la seguridad jurídica es sin duda la base de nuestra legislación y por tal motivo, es un término que hemos considerado desde el título de nuestra tesis, que es la seguridad jurídica del ofendido frente al incidente de libertad por el desvanecimiento de datos, en donde el ofendido no participa, ni siquiera se requiere su participación siendo que todo el Derecho Penal está organizado para el único beneficio de protegerlo y evitar que existan víctimas y ofendidos.

A. OFENDIDO.

El maestro argentino Raúl Goldstein, al hablarnos del ofendido nos dice: " Es todo aquel que ha recibido alguna ofensa, ha sido víctima de algún daño físico, herida, maltrato, injuria, denuesto, fastidio, enfado o desplacer.

"Desde el punto de vista penal, ofendido puede llamarse al sujeto pasivo del delito. " (1)

Carrara describe al ofendido como un acusador natural cuyo derecho derivaba " De la ley natural suprema e inmutable concibiendolo como aquel individuo agraviado por un delito. " (2)

Carnelutti por su parte hace una diferenciación entre: perjudicado, paciente y ofendido.

(1).-Goldstein, Raúl: " Diccionario de Derecho Penal y Criminología ", Buenos Aires, Argentina, Editorial Austria. Segunda edición, 1986, Página 511.

(2).-Carrara, Francesco: " Programa del Derecho Criminal " Volumen II, Editorial Temis, Bogotá, 1957, Página 319.

" Perjudicado. es la persona cuyo interés ha sido lesionado por el delito. Paciente, el hombre que constituye la materia del delito. De donde aparece que perjudicado en el delito pueden ser varios dada la dilatabilidad del daño.

De la anterior dice: " Ofendido es el perjudicado en cuanto la ley encomienda a su juicio la disposición o el goce del bien agredido; en palabras simples, en cuanto depende de su juicio el desarrollo del interés lesionado. "

(3).

Vazquez Sanchez señala " Ofendido es toda persona a la que resulta un perjuicio económico o moral con motivo de la comisión de un delito. Lo que fundamenta su derecho al pago de la reparación del daño. " (4).

El sujeto pasivo del delito, es aquel que recibe la acción dolosa del mismo, es aquel sujeto que sufre el impacto total de la acción delictuosa.

En concreto, el ofendido es el sujeto que sufre un menoscabo económico, moral con motivo de la comisión de un delito y que en coadyuvancia con el Ministerio Público tiene derecho de solicitar la reparación del daño.

(3).- Carnelutti, Francesco; " El delito ", Ediciones Juridicas, Europa-América, Buenos Aires 1952, Página 70-74.

(4).-Vazquez Sanchez, Rogelio: " El ofendido en el delito y la reparación del daño", México, D.F., 1ª Edición, 1981, Página 4.

B. CLASES DE OFENDIDOS.

Debemos distinguir entre lo que es el ofendido y la víctima: el maestro Colín Sánchez, al hablarnos de esta situación, nos dice " Esto sale en el campo del Derecho de Procedimientos Penales, sin embargo es necesario diferenciar el concepto de víctima del delito.

"El ofendido por el delito es la persona física que recibe directamente la lesión jurídica, en aquellos aspectos tutelados por el Derecho Penal, la víctima es aquel que por razones sentimentales o de dependencia económica con el ofendido, resulta afectado con la ejecución del hecho ilícito. " (5)

Puede haber dos clases de ofendidos, aquel quien recibe directamente el efecto del golpe al que consideramos pudiera ser la víctima criminológicamente hablando, pero apegándonos al concepto del maestro Colín Sánchez, debemos considerar al ofendido, como aquel que recibe directamente el impulso o la fuerza del delito.

Y la víctima, aquel que por cierta razón o relación económica o de dependencia resulta afectado. Por ejemplo el daño en propiedad ajena, cometido por tránsito de vehículo, una persona puede ser el conductor quien en un momento al chocar sufre la reacción del momento y el otro puede ser el

(5).- Colín Sánchez, Guillermo: "Derecho de Procedimientos Penales". México, Editorial Porrúa, S.A. tercera edición, 1974. páginas 1992 y 1993

que sin haber estado en el ilícito, sufre económicamente el menosprecio de su patrimonio.

De ahí que la diferencia entre el ofendido y la víctima sea muy sutil ya que ambos son lesionados en su persona o patrimonio.

Según Vazquez Sanchez: " No todo ofendido es necesariamente la víctima, y si, la víctima resulta siempre.

Y clasifica a las víctimas en tres categorías con el propósito de buscar la mayor o menor intervención que las mismas tuvieron en el delito y así conocer el grado de responsabilidad del autor, tanto civil como penal, y son:

Victimas dolosas: Las que cooperan voluntaria y conscientemente en el delito.

Victimas culposas: Donde el ofendido presta corta cooperación imprudente al hecho delictuoso.

Victima inocente: Resulta evidente su pleno derecho a la reparación del daño ya que hay inactividad en el hecho delictuoso. (6)

C. SU INTERVENCIÓN EN EL PROCESO PENAL.

La intervención es muy escasa y fundamental, sirve para la averiguación previa; ya que sin éste, definitivamente ninguna función podría desarrollar el Ministerio Público.

(6).- Vazquez Sanchez, Rogelio: " El ofendido en el delito y la reparación del daño". México D.F., la Edición, 1981, Página 4.

El artículo 16 Constitucional es muy claro en su redacción, al exigir para cualquier intervención del Ministerio Público o libramiento de orden de aprehensión, debe existir denuncia, acusación o querrela de persona digna de fe, declarada bajo protesta.

Este artículo 16 en la parte conducente, establece:

"No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial sin que preceda la denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos hagan probable la responsabilidad del inculpado."

Nótese que para actuar o para hechar a andar toda la maquinaria del procedimiento penal, se requiere de esa querrela, acusación o denuncia por parte del ofendido.

Para poder fundametar bien estas situaciones y subrayarlas completamente, vamos a usar algunas definiciones respecto del concepto de acusación, la querrela y la denuncia.

Sostiene Eugenio Florián: " La denuncia es la exposición de la noticia de la comisión del delito hecha por el lesionado o por un tercero, a los órganos competentes. La denuncia es el instrumento propio de los actos perseguidos de oficio..."(7)

(7).-Florián, Eugenio: "Elementos de Derecho Procesal Penal" Barcelona, España. Traducciones Leonardo Prieto Castro. Editorial Bosch. página 235.

El Ministerio Público puede o debe recibir una denuncia o una noticia de que se ha consumado algún delito.

Incluso, él puede ser testigo de algún acto ilícito que pudiese acontecer y no necesitarán ni siquiera la denuncia para poder diligenciar o actuar.

En tal forma que se requerirá en principio, que alguna persona le lleve la noticia de algún acto ilícito.

Ahora bien, por lo que se refiere a la acusación, el maestro César Augusto Osorio y Nieto nos explica: "Es la imputación directa que se hace a una persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguido de oficio o a petición de la víctima u ofendido ." (8)

El hecho de que exista una imputación directa y categórica, implica ya el acusar a una persona, esto es, que el ofendido mismo apunta hacia una persona acusándola directamente, para el efecto de que proceda a juzgarlo.

La querrela también al igual que la acusación y la denuncia, puede ser esa noticia o esa imputación directa que se formula por el ofendido de un el delito, se requiere para su persecución la petición del ofendido para ello.

De lo anterior se contempla la importancia del ofendido y como su intervención está directamente relacionada con el funcionamiento total de toda la maquinaria procesal penal.

(8).-Osorio y Nieto, César Augusto: "La averiguación previa" México. Editorial Porrúa S.A. Primera edición. 1981. Página 19.

Esto es, que si no existe un ofendido y el acusado no confirma los hechos, puede obtener una sentencia absolutoria.

Como en el caso del robo, si no hay parte acusadora. En todos los demás delitos, incluso en los que la sociedad se opone totalmente como es el caso del delito de ataque a las vías de comunicación por manejar en estado de ebriedad y cometer una infracción al reglamento de tránsito, en el que con parte de la policía que detiene a la persona, la infracción de tránsito y el certificado médico, hacen las veces de partes acusadoras y que aunque estos no son los directamente ofendidos, el Ministerio Público por esa representación social sanciona dicha conducta.

De ahí, que si no en todos los delitos, en la mayoría de ellos se requiere necesariamente que existan el ofendido.

El maestro Carlos Francisco Sodi, al abordar la situación jurídica del ofendido nos explica: " El ofendido por ser quien deduce un derecho (el de obtener la reparación) tiene carácter de parte, como lo tiene también el tercero obligado a pagar aquella reparación, por ser la persona en cuya contra el derecho de la víctima se deduce.

" En todo esto, hay una gran confusión nacida del error de afirmar que la reparación del daño es una pena pública, en tanto que no se compagina en ninguna forma con la.

tendencia manifestada por algunas legislaciones en el sentido de facilitar la indemnización, para cuyo objeto concurre tanto el interés público como el privado, pero sin que ello se transforme en una pena. " (9)

Es indiscutible que el Derecho que se va a deducir es del ofendido, del sujeto pasivo del delito, claro está que si la reparación del daño tiene carácter de pena pública o un concepto de indemnización, eso lo veremos en los dos incisos siguientes.

Ahora bien, el momento en que el ofendido hace una acusación, denuncia o querrela por la comisión de un delito hace que la maquinaria penal funcione, este es el primer contacto dentro de procedimiento y será hasta después de que se dicte el auto de formal prisión donde podrá intervenir pero en coadyuvancia con el agente del Ministerio Público.

Esto por disposición de los artículos 90 y 70 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mismos que a la letra dicen:

Artículo 9.-" La persona ofendida por un delito podrá poner a disposición del Ministerio Público y del constitutor todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño."

(9).- Franco Sodi, Carlos: "El Procedimiento penal mexicano" México, Editorial Porrúa S.A. Tercera Edición, 1946. Página 90.

Artículo 70.-" El ofendido o su representante pueden comparecer en la audiencia y dialogar lo que a su derecho convenga, en las mismas condiciones que los defensores."

Es notable que como la legislación solamente se aboca a hablar del ofendido en dos artículos, aunque existe el artículo 80 del mismo Código de Procedimientos Penales, en el que se establece la obligación de notificar al querellante o denunciante todas las resoluciones apelables, como son: el auto de formal prisión o de libertad por falta de elementos o incluso la sentencia.

Por ende, si la legislación intenta darle cierta participación al ofendido a manera de defensor, entonces para litigar, tiene que hacerlo necesariamente como coadyuvante del agente del Ministerio Público.

En tal forma que después del auto de formal prisión iniciará su actuación como coadyuvante, esto es como una parte adjunta a lo que es la representación social.

Semejante práctica es desde todos los puntos de vista censurable; el Ministerio Público desde la averiguación previa admite tácitamente la coadyuvancia, por ende no encontramos justificación alguna para que no la sea reconocida por el juez, sino hasta que se pronuncie al auto de formal prisión. Este equivocado proceder resta oportunidades al ofendido para presentar pruebas que pueden

ser definitivas durante el término de las 72 horas y para integrar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

Resulta evidente como al ofendido se le limita su participación dentro del proceso penal, realmente no tiene por qué ser ésto, ya que la misma legislación al momento en que lo equipara con la defensa, puede intervenir desde la averiguación previa.

Lo cierto es que se le tiene que reconocer su personalidad como coadyuvante para poder intervenir y esto es necerriamente después que se notifique al presunto responsable el auto de término constitucional.

D. LA REPARACION DEL DARO

La reparación del daño se ha tenido básicamente como una pena pública, aunque también tiene carácter de indemnización.

El maestro Alberto González Blanco al hablarnos de la reparación del daño, nos explica los siguientes conceptos: " Cuando la reparación se demanda directamente al procesado, puede exigirse de oficio por el Ministerio Público en la misma pieza de autos sin más requisitos que la procedencia objetiva de ella ".

" En este caso la reparación tiene el carácter de sanción pública. Cuando la reparación se demanda contra terceros, tendrá un carácter de responsabilidad civil y si se tramita en forma de incidente en los términos que fija el Código de Procedimientos Penales, sólo puede promoverse a petición de parte. " (10)

Es evidente que la reparación del daño, si tiene un carácter de pena pública y así la marca el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y la Legislación el Estado de México, si el beneficiario renuncia a ella, ésta pasa a forma parte de los beneficios del Estado.

Ahora bien, en este mismo concepto el maestro Castro nos instruye: " Afirmamos que son anticonstitucionales las disposiciones que elevan la categoría de pena la reparación del daño, porque se priva su derecho de demandar para perseguir la acción de reparación de lo perdido, en la cuantía y extensión que sólo el titular de la acción puede probar y demostrar que es la justa, ya que sino llega a aplicarse la pena que realmente le corresponde a un delincuente, por desistimiento de la acción o por cualquier acto que se suponga indebido, tampoco se llega hacer efectiva la justa y cabal reparación del daño en detrimento del patrimonio del particular ofendido por el delito, al que

(10).-González Blanco, Alberto: " El Procedimiento legal mexicano" México, Editorial Porrúa, S.A., Primera edición, 1975. Página 225.

se le niega toda participación directa en el proceso." (11)

Estos autores que hemos mencionado están de acuerdo en el sentido de que la participación del ofendido es muy escasa en el proceso penal, consideramos que si dentro de lo que es el juicio y el objetivo de la acción penal como lo establece el artículo 2o del Código de Procedimientos Penales, debe de ser la aplicación de las sanciones establecidas, la reparación del daño y el hecho de pedir la libertad. Consideramos que no puede entrar dentro de las funciones del Ministerio Público, por lo que vamos a tomar en cuenta solamente dos objetivos de la acción penal, esto es, aplicar sanciones y en segundo reparar los daños.

De ahí, que el ofendido solamente podrá coadyuvar en lo referente a la reparación de su daño, porque el hecho de buscar las sanciones que la ley previene, esto solamente depende y lo corresponderá al órgano jurisdiccional.

" La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público, con el que podrán coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o su representante, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales."

Cuando dicha reparación debe exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos del propio Código de Procedimientos Penales.

(11).-Castro, Juventino: "El Ministerio Público en México Funciones y disfunciones", México, Editorial Porrúa, S.A. Primera edición, 1976. página 115, 116.

Quien se considere con derecho a la reparación del daño que no pueda obtener ante el juez penal en virtud del no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente. "

Si es pena pública o no la reparación del daño, esto seguirá siendo motivo de discusión, lo cierto es que la legislación así lo establece como una pena pública, con lo que le sustrae un poco la obligación al ofendido, el derecho al ofendido a reclamarla directamente, obligándolo a hacerlo a través de la coadyuvancia con el Ministerio Público.

E. SU INDEMNIZACION.

La columna vertebral y el objetivo de la acción penal, independientemente de imponer la sanción, es buscar el resarcimiento del ofendido, esto también lo persigue como vimos la seguridad jurídica, la cual nos garantiza cierta reparación.

Esta reparación está contenida en el artículo 30 del Código Penal de Distrito Federal, el cual establece:

" La reparación del daño comprende:

I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuera posible esto, el pago del precio de la misma;

II.-La.Indemnización del daño material y moral y de los perjuicios causados, y

III.-Tratándose de los delitos comprendidos en el título décimo, la reparación del daño abarcará la restitución de la cosa o de su valor y además hasta dos tantos del valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito. "

1. MATERIAL.

El daño material, es aquel que está perfectamente cuantificable, aquel que es físico, que puede palparse y tocarse.

Carranca y Trujillo, al respecto nos comenta:

"La indemnización del daño material comprende el pago de los daños y perjuicios causados por el delito, al modificar una situación jurídica existente. El artículo 1915 del Código Civil se refiere al restablecimiento de la situación anterior al daño. La cuantificación del daño resulta de la comparación anterior al delito y la resultante de él. El daño material representa la cuantificación técnica de la diferencia entre ambas situaciones, diferencia que debe probarse en autos. La pericial deberá acreditar la existencia del daño y su cuantificación técnica. A los tribunales les corresponde valorar arbitrariamente el juicio

pericial y resolver sobre la obligación de pago por parte del delincuente, según el caso y las circunstancias económicas del mismo y del ofendido, a fin de que la indemnización sea equitativa. " (12)

El daño material es tangible, pudiendo ser valorado inmediatamente, esto sin duda es la seguridad jurídica que va a tratar de proteger el derecho; el resarcimiento del daño material, es el punto medular por el cual se abre la instancia penal, independientemente de la sanción penal.

De lo anterior concluimos que un de los objetivos del derecho, es la reparación del daño mismo, en donde el ofendido tiene escasa intervención, aún cuando la misma legislación le permite actuar como cualquier defensor, en la práctica no lo es, ya que su actuación va a ser con consentimiento del agente del Ministerio Público.

2. MORAL

La reparación del daño moral, para su debida cuantificación es meramente subjetiva, porque el daño es totalmente interno.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1916, hace una definición de lo que es el daño moral en su primer párrafo y éste dice:

(12).-Carrancá y Trujillo, Raúl, " Código Penal Anotado ", Editorial Porrúa S.A., Novena Edición, 1981. Página 131.

" Por daño moral se entiende la afectación que una persona tiene en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de si misma tienen los demás."

La afectación por lo que se refiere al daño moral es totalmente interna, ese menoscabo, ese descrédito, todas esas situaciones de dolor, de angustia, de tristeza, son circunstancias que afectan totalmente en el desarrollo normal de la persona.

El maestro Cuello Calón, al hablarnos del daño moral y qué es lo que va a comprender, nos explica: " Los daños morales comprenden:

" A) El descrédito que disminuye los negocios, los disgustos que disminuyen la actividad personal y aminoran la capacidad de obtener riquezas, es decir, todo aquello que causa una perturbación de carácter económico. La valoración peculiar de tales capitulos es más o menos posible."

" B) El dolor, la angustia, la tristeza que produce el delito, en una palabra, la pura aflicción moral sin repercusión alguna de carácter económico."

" En lo posible la prueba pericial también llega a establecer la existencia del daño moral y su evaluación pecuniaria, correspondiendo al tribunal la final calificación de la pericia. " (13)

Mucha gente opina que el daño moral no se puede cuantificar esto es falso por que simple y sencillamente la reparación de daño debe comprender una situación muy evidente, esto es que se debe de tomar en cuenta la situación del sujeto pasivo antes de que se suscitara el delito, para establecerla.

3. PERJUICIOS.

Dice el diccionario castellano que el perjuicio es :
"Daño material o moral que resulta de uno mayor." (14)

El perjuicio realmente va a resultar de un daño mayor y esto va a tener el efecto de causar más daños por no tener en un momento determinado el derecho del objeto que sufrió el daño inicial.

De lo anterior, notamos que es muy extensa la reparación del daño y que vamos a hacer la aclaración de que nuestro trabajo no está enfocado a hacer el estudio sobre la misma, si no que la hemos dado en varios puntos de este

(13).-Cuello Colón, Eugenio. " Derecho Penal ". México, Editorial Nacional, Novena Edición, 1976. Página 603.

(14).-Diccionario Larousse; México, Ediciones Larousse, 1992, Página 356.

capítulo. para el efecto de establecer un cierto marco jurídico para el ofendido y sus objetivos.

Podemos decir, claramente que uno de los objetivos principales del Derecho Penal y del procedimiento penal, es sin duda, la reparación del daño. y que es poca y escasa la intervención que se le da al ofendido en la persecución de dicho daño.

Si para el objetivo mismo de lo que es el Derecho Penal como es la seguridad jurídica de reparación del daño, pues para la libertad por desvanecimiento de datos, el ofendido estará sin esa garantía de audiencia, sin esa posibilidad de intervenir para ofrecer más pruebas en el desvanecimiento de datos, sin esa posibilidad de defensa ya que como veremos más adelante, ni siquiera tiene por qué ser citado para desahogar el incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

CAPITULO III

PROCEDIMIENTO DEL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS

Hemos llegado al capítulo central de nuestro trabajo de tesis, esto es vamos a observar inicialmente la forma jurídica y el marco que se establece para el trámite o procedimiento del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, haremos un enfoque mas preciso y directo en relación a la participación del ofendido dentro de este incidente, y será cuando podamos demostrar la falta de seguridad jurídica que va a tener la victima o el ofendido, frente a este incidente de desvanecimiento de datos.

Así, debemos recordar que todo este procedimiento penal en general, el cual exponiamos en el capítulo primero y el marco jurídico del ofendido, vamos a utilizarlo en esta parte de nuestro trabajo y relacionarlo directamente con el procedimiento de dicho incidente.

A. C O N C E P T O.

En principio consideramos necesario establecer cual es el concepto mas preciso de lo que es el incidente.

Willebaldo Bazarte Cerdán, al hablarnos del mismo, nos

comenta la etimología del vocablo incidente al decir: " El verbo incido, significa cortar y bien pudiera derivarse de tal verbo la palabra indicente, porque toda cuestión incidental corta a menudo la principal y formulando crítica dice que para ello es verdad, en algunos de los llamados indicentes que constituyen artículos de previo y especial pronunciamiento, pero que no lo es en muchos otros casos, que el verbo latino incidere, significa sobrevenir, acaecer, de donde proviene la palabra incidente. Se le dice incidente a toda cuestión accesoria que surge en el curso del juicio y con mayor propiedad, toda controversia, que entorpezca la marcha regular de lo que es el objeto del juicio y que por su naturaleza debe tramitarse y resolverse de un modo especial. " (1)

De lo anterior se deriva que el incidente es toda cuestión accesoria que sobreviene en el proceso, promovida por las partes, el juez o determinada por la ley, que tiene una tramitación especial y que interrumpe o modifica en forma transitoria o definitiva al mismo.

Es toda cuestión, ya que resulta de algo discutible en el procedimiento, de un desajuste que hay que corregir, sobreviene en forma accesoria, pues su existencia deriva del proceso. Motivada por las partes, el juez o determinada por la ley, puesto que los actos que motivan el incidente

(1).-Bazarte Cerdán, Willebaldo: " Los incidentes en el Procedimiento Civil Mexicano. " México, Librería Carrillo hermanos, la. reimpresión, 1987, Página 8 y 9.

unicamente pueden emanar de ellos. Que tienen una tramitación especial, ya que a pesar de su planteamiento reviste las características del proceso mismo, debe substanciarse y tramitarse independientemente del principal y que interrumpe o modifica en forma transitoria o definitiva al mismo, y que sus efectos procesales de cada incidente pueden ser:

1).-Que no puede llegarse a sentencia, si no se resuelve la cuestión.

2).-Que existe la posibilidad de que la cuestión pueda ser resuelta en la sentencia misma.

Para tener claro el concepto del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, es necesario tomar en cuenta todos y cada uno de los elementos en relación al procedimiento por medio del cual se va hacer valer éste.

Así, el maestro Franco Sodi, al hablarnos de este incidente nos dice: " Cuando durante la instrucción la prueba rendida despues del auto de formal prisión, desvanece los datos que sirvieron al juez, al desvanecerse el término constitucional de 72 horas para estimar acreditados ya el cuerpo del delito ya la presunta responsabilidad, entonces procede la libertad por desvanecimiento de datos." (2)

Podemos notar ya un elemento muy distintivo sobre este incidente y es el hecho de que su tramitación podrá

(2).-Franco Sodi, Carlos.: "El Procedimiento Penal Mexicano." México, Editorial Porrúa, S.A.3a. Edición, 1946. Página 306.

realizarse unicamente después de dictado el auto de formal prisión, ya que como veremos mas adelante, la naturaleza juridica del incidente es sin duda el que los elementos de los datos que sirvieron para integrar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad y que se invocaron en al auto de formal prisión, deban de desvanecerse.

Otra idea al respecto de dicho incidente, nos las proporciona el maestro Julio Acero con las siguientes palabras: "Como en toda controversia incidental, no puede en esta tramitación debatirse mas que la cuestión accesoria que la motiva, pero nunca el fondo del negocio, es decir, de ninguna manera la culpabilidad o inculpabilidad definitiva del procesado. Ahora bien, la citada cuestión accesoria objeto propio de este incidente, es como lo indica la ley, la subsistencia no de cualquier clase de datos, sino de aquellos que unicamente sirvieron para fundar el encarcelamiento. En segundo término, hay que fijarse en la precisión, del verdadero desvanecimiento; atendiendo a la connotación de la palabra desvanecido que usan los códigos para aplicarla a los datos de que se trata. Desvanecer significa, borrar, deshacer, disolver y en este caso sin ningun paliativo, dejar destruido totalmente, o mejor dicho todavia hacer desaparecer por completo los elementos de referencia; no atacarlos o ponerlos en duda solamente, por

lo tanto deberían evitarse con todo cuidado los aludidos errores de plantear una revisión general de datos, de estudiar la ilegalidad o ineficacia de los que fundaron la formal prisión o de tener éstos como desvanecidos cuando están simplemente contradichos, impugnados combatidos o discutidos. En todo proceso puede haber datos en contra y datos en pro; pero aquí no va a tratarse precisamente del mayor valor de los unos sobre los otros, porque esto es lo que sería juzgar del fondo la causa." (3)

El maestro Acero, ya nos proporciona definitivamente los elementos indispensables para conformar la conceptualización que buscamos; en principio el incidente mencionado, va a tramitarse por cuerda separada, esto es, por su propia naturaleza será una situación accesoria al juicio principal.

Lo anterior, en virtud de que en este procedimiento no se puede atacar el valor jurídico de alguna prueba o demostrar otros hechos distintos a los imputados porque no es la naturaleza del incidente, esto es que en el incidente solamente se van a tratar asuntos accesorios, esto es, si la legislación establece un desvanecimiento del dato, o sea que los datos que sirvieron para que se formalizara la prisión, estos se fueron desvaneciendo o simple y sencillamente ya no tienen sus efectos.

(3).-Acero, Julio.: "El Procedimiento Penal Mexicano." Puebla, Editorial José M. Cajica Jr. 6a Edición, 1968 Páginas-398-399.

En principio, debemos tener en mente que el incidente simple y sencillamente es una situación accesoria al juicio principal y no puede usurpar toda esa naturaleza del proceso principal que es en donde se ha de juzgar a la persona.

A mayor abundancia, es evidente que el incidente de que tratamos, básicamente opera por el desvanecimiento del dato, no por alguna prueba en contrario o un valor jurídico inferior de la prueba no; sino que la prueba que sirvió para fundamentar la formal prisión, desaparezca, se borre, se disuelva o se desvanezca.

En consecuencia, el concepto de incidente de libertad por desvanecimiento de datos, es aquella cuestión promovida por alguna de las partes interesadas, con posterioridad a la formal prisión, que tiene por objeto obtener la libertad del procesado y que ha sido motivada por una serie de hechos o circunstancias, que han destruido los elementos que sirvieron de base para dictar el auto de formal prisión, los que comprobaron el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

B. CLASES DE INCIDENTES EN EL PROCESO.

Nuestra legislación clasifica los incidentes en tres

grupos: Incidentes diversos, incidentes no especificados e incidentes de libertad.

Los incidentes diversos al igual que los incidentes de libertad se pueden llamar especificados y son: Incidente de competencia, incidentes relativos a impedimentos, incidente de suspensión del procedimiento, incidentes penales en el juicio civil, incidente de acumulación y separación de procesos, incidente de reparación de daño exigible a terceras personas.

Los incidentes no especificados, son los que se encuentran especialmente determinados en la ley.

Los incidentes de libertad son los siguientes: incidente de libertad por desvanecimiento de datos, incidente de libertad provisional bajo protesta e incidente de libertad provisional bajo caución.

Por competencia debemos entender, la medida, el límite de la jurisdicción y por ésta la capacidad para decir el derecho. Las autoridades judiciales que en nombre del Estado resuelven situaciones sometidas a su conocimiento tienen la misma jurisdicción, en cuanto tienen facultad para aplicar el Derecho, pero esta jurisdicción está limitada a cierta extensión que llamamos competencia.

Incidente relativos a impedimentos, en relación a este incidente, el maestro Pérez Palma nos dice: "Los impedimentos

son los hechos o circunstancias personales que concurren en un funcionario judicial y que lo obligan a inhibirse del conocimiento de determinado negocio, por ser obstáculo de que la ley presume, para que imparta la justicia." (4)

Cuando el juez juzgue que no puede conocer de un negocio determinado por estar impedido de acuerdo con la ley, impedimento que le hace ser parcial, tiene la obligación de abstenerse del conocimiento de la causa, exponiendo las causas que motivaron su determinación.

El parentesco por consanguinidad, el interés familiar, el interés económico o jurídico, la enemistad o amistad íntima son situaciones que ponen en peligro aquella garantía que el artículo 17 constitucional establece, o sea que exista una imparcialidad en la resolución del juez, sin que esta esté viciada por alguna causa que opaque la administración de la justicia.

Ahora bien, por lo que se refiere a lo que se llama la suspensión del procedimiento, ésta básicamente va a surgir cuando el procesado se sustrae a la acción de la justicia, el maestro González Bustamante al respecto nos dice; " La suspensión ocurre cuando se encuentra sustraído (el reo) a la acción de la justicia o bien cuando falta algún requisito de procedibilidad en los delitos perseguibles por querrela necesaria, o que el inculpaado enloquezca en cualquier estado del proceso o que existe imposibilidad temporal para la

(4).-Pérez Palma, Rafael." Guía de Derecho Procesal Penal." México, Cárdenas, editores y distribuidores, 1ª edición, 1975 página 396.

práctica de diligencias y especialmente para que el inculpado rinda su declaración preparatoria. La suspensión del procedimiento constituye un obstáculo procesal porque no podrá seguirse actuando válidamente. El efecto de la suspensión es que deje de actuar en el caso de que existan algunas de las causas señaladas. " (5)

Cuando el reo se encuentra recluido se puede realizar totalmente la administración de la justicia sobre él, toda vez que está sujeto al procedimiento respectivo; pero si dicho sujeto cae en un estado de incapacidad legal o cuando se subtrae de la acción, entonces se puede válidamente suspender el procedimiento hasta en tanto vuelvan a aparecerse las condiciones objetivas para realizarlo.

El Incidente penal en el juicio civil. Este incidente tiene por objeto dar al Ministerio Público y en caso de proceder, al juez o Juzgado penal, la intervención correspondiente, cuando en el curso de un juicio civil o mercantil, aparecen hechos delictuosos.

Cuando en el juicio civil o mercantil surja algún hecho que se presuma delictuoso, el juez o tribunal lo pondrá en conocimiento del agente del Ministerio Público adscrito al juzgado. El Ministerio Público dentro del término de diez días deberá practicar las diligencias necesarias para

(5).-González Bustamante, Juan José.: "Principios de Derecho procesal penal mexicano." México, Editorial Porrúa, S.A. 5a.edición, 1971, página 286,287.

determinar si hace la consignación de los hechos al juez o Tribunal Penal. En el primer caso, y cuando los hechos delictuosos tengan una influencia decisiva en la resolución que deba dictarse, el Ministerio Público pedirá se suspenda el procedimiento civil hasta que se pronuncie la resolución en el incidente penal.

Por otro lado, y por lo que se refiere a la acumulación y separación de procesos:

Consiste en acumular procesos cuando estos se encuentran separados, para facilitar el conocimiento y la ejecución de la sentencia, y solo puede solicitarse cuando el proceso se encuentra en la etapa de la instrucción.

Al solicitarse la acumulación de procesos el juez oirá a los interesados en una audiencia verbal, que se verificará dentro de cuarenta y ocho horas y sin más trámite resolverá dentro de los dos días siguientes.

Y por economía procesal y para evitar una doble sentencia que pueda llegar a contradecir los hechos que son semejantes o que hay una identificación en la causa.

Frente al incidente de acumulación se encuentra el de separación de procesos y se substancia en la misma forma que el de acumulación.

Ahora bien, existe también el incidente de reparación de daño y que de conformidad con el artículo 32 del Código Penal están obligados a reparar el daño:

- 1.- Los ascendientes por los hijos que se hallen en su patria potestad.
- 2.-Tutores y custodios de los incapacitados.
- 3.- Los directores de internados o talleres que reciban a aprendices menores de 16 años...
- 4.- Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados domesticos, y artesanos con motivo y en el desempeño de su servicio.
- 5.- Las sociedades o agrupaciones por los delitos de sus socios o gerentes directivos..
- 6.- El Estado subsidiariamente por sus funcionarios o empleados.

Así tenemos cómo esta reparación del daño va a darse, también por el lado de aquellas personas que cuya conducta no intervino en la producción del ilícito, pero que por ser beneficiaria del servicio en un momento determinado va a estar obligada al pago de la reparación del daño.

Incidentes no especificados.- Son aquellos que se proponen durante la tramitación del juicio penal, que no se encuentran especialmente determinados en la ley.

Cuando el incidente es de obvia resolución, y las partes no solicitan pruebas, el juez o tribunal, resolverá de plano, cuando a su juicio no pueda hacerlo, o tenga que recibir pruebas, se substanciará por cuerda separada, tramitándose de la siguiente manera:

En materia común, hecha la promoción, se dará vista a las partes, debiendo contestar éstas en el acto de la notificación. Si el juez lo creyera conveniente o alguna de las partes lo solicitare, citará a una audiencia que debe efectuarse dentro de los tres días siguientes, recibíendose las pruebas desde el momento de la citación y en la audiencia misma. Concurran o no las partes, el juez falla el incidente.

Incidente de Libertad provisional bajo caución.- Este incidente, tiene por objeto obtener la libertad entre tanto se pronuncia sentencia definitiva en un proceso, mediante una garantía que evita la sustracción a la acción de la justicia.

La libertad que se obtiene a través del incidente, es una libertad provisional, el que la obtiene sigue sujeto a proceso y se encuentra condicionada a los resultados de la sentencia definitiva, puesto que si se le condena cesa la provisionalidad de la libertad debiéndose dictar orden de reaprehensión y si se le absuelve se convierte en libertad absoluta.

El procedimiento puede ser iniciado por el inculcado, su defensor o su legítimo representante en cualquier tiempo.

Para la procedencia de este incidente, son necesarios dos requisitos:

1.- Que el término medio aritmético de la pena corporal que corresponda al delito imputado, no exceda de 5 años de prisión.

2.- Que se otorgue una caución, suficiente y garantice cuando menos 3 veces mas que el beneficio obtenido por el daño causado.

Incidente de libertad provisional, bajo protesta.- Este incidente tiene por objeto, obtener la libertad entre tanto se pronuncia sentencia definitiva en un proceso, mediante garantía consistente en la palabra de honor del inculcado.

Procede cuando se han llenado los requisitos siguientes:

1.- Que el acusado tenga domicilio conocido y fijo en el lugar en que se sigue el proceso.

2.- Que su residencia en ese lugar sea de un mínimo de 2 años en la legislación de orden común y uno en la federal.

3.- Que a juicio del juez no haya temor de que se fugue.

4.- Que el delito que se imputa tenga pena cuyo máximo no exceda de 6 meses tratándose de delitos del orden común o de dos años tratándose de delitos federales.

5.- Que tenga modo honesto de vivir.

Además de llenar los requisitos anteriores, es necesarios también que el inculcado otorgue su palabra de

honor, protestando presentarse al tribunal siempre que se le ordene.

C. PROCEDENCIA Y SUBSTANCIACION.

Lo que es el incidente de desvanecimiento de datos, este previamente debe de establecer ciertas condiciones para su debida existencia.

El maestro Garcia Ramirez nos habla al respecto en las siguientes palabras: "Se trata aqui de una libertad tramitada en el incidente, que niega o destruye el auto de formal prisión. Procede en cualquier estado del proceso al amparo del artículo 546 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, o bien bajo el artículo 433 del Código federal de Procedimientos Penales, solo durante la instrucción... tiene como supuestos esta libertad tanto el desvanecimiento pleno de las pruebas que en su oportunidad sirvieron para comprobar el cuerpo del delito, como el de las que se utilizaron para acreditar la responsabilidad probable del inculcado, sin que hallan aparecido nuevas pruebas de áquel o de éste, con posterioridad para al auto de formal prisión. Se trata pues, de destruir las bases en que se apoyó este último auto. No bastaria con ello, entonces, que viniera a contarse con ciertas pruebas en

mayor o menor medida favorables del inculpado; si éstas no hacen cesar de plano la eficacia de las tomadas en cuenta para los efectos de la formal prisión preventiva." (7)

Necesariamente, uno de los presupuestos para la existencia del desvanecimiento es que existan los datos que han de desvanecerse, además, esta procedimentación va a estar integrada o dirigida básicamente a los datos que sirvieron para integrar el cuerpo del delito la presunta responsabilidad y que fundamentan el auto de formal prisión.

Así, el maestro Manuel Rivera Silva al explicarnos estas circunstancias también nos dice; "La substanciación del incidente es sumamente sencilla: hecha la petición por el interesado ante el juez instructor, éste cita a una audiencia que deberá realizarse en un termino de 5 días. En la audiencia se oyen a las partes y dentro de las 72 horas siguientes se dicta resolución.

" Para que prospere el incidente, es menester que las pruebas destruyan los datos que dieron base al auto de formal prisión o a el de sujeción al proceso, constituyan pruebas plena e ineludible, según afirma el artículo 547 del Código del Distrito. La prueba en cuanto plena e indubitable, provoca cierta confusión, pues la plenitud casi siempre aluden a un sistema tasado de valor probatorio y la indubilitabilidad tiene que ser, forzosamente, producto de

(7).- García Ramírez, Sergio.: "Curso de Derecho Procesal Penal " México, Editorial Porrúa, S.A. la edición 1974. Página 384, 385.

la libre apreciación. En esta forma, el artículo citado técnicamente contiene el error de unir dos sistemas opuestos, que pueden conducir a la barbaridad de dar cabida a situaciones en que la verdad legal pierde su fuerza por no ser indubitable. En otras palabras, con el sistema establecido en el Código del Distrito, se puede desembocar a situaciones en las que la afirmativa y la negativa van ayuntadas, por si tener una valor una prueba, en cuanto plena y no tenerla, en cuanto que no es indubitable.

" La falta de técnica que hemos referido se justifica por la finalidad perseguida: que el incidente prospere en los casos en que no se abriga duda de alguna especie sobre el desvanecimiento de datos." (8)

Al parecer es algo simple el interponer este tipo de incidentes, el cual puede solicitarse en cualquier estado de proceso, y necesariamente tiene que ser decretado después de la formal prisión.

Ahora bien el artículo 546 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece la obligación de que el agente del Ministerio Público no debe de dejar de asistir a la audiencia en donde se ha de probar aparecido el desvanecimiento de los datos.

Luego, la libertad por desvanecimiento va a proceder

(8).-Rivera Silva, Manuel.: " El procedimiento Penal. México, Editorial Porrúa, S.A., 19a edición, 1990. Página 372, 373.

cuando en el curso del proceso aparece una prueba indubitable que desvanezca los datos que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito o si con datos posteriores se desvanece la responsabilidad por prueba plena indubitable.

Así se hace la petición para que el juez dentro de un término de los 5 días pueda celebrar una audiencia en que oír a las partes y sin más trámites el juez dictará la resolución que proceda dentro de las 72 horas (artículo 548 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Si es el Agente del Ministerio Público quien en su opinión se han desvanecido los datos, la misma deberá estar autorizada por el procurador, ahora bien tenemos que observar que si es cierto la audiencia no se puede realizar, sin la asistencia de coadyuvante del Ministerio Público quien podrá ofrecer otro tipo de prueba para fundar de nueva cuenta el cuerpo del delito.

Solamente el artículo 551 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal habla acerca de lo siguiente: "En el caso de la fracción II del artículo 547, la resolución que conceda la libertad tendrá los mismos efectos de auto de libertad por falta de méritos, quedando expedida la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo la aprehensión del inculcado, si aparecen nuevos datos que lo ameriten como

la nueva formal prisión del mismo..."

Nótese que la libertad que va a sobrevenir del desvanecimiento de datos sin duda es aquella con las reservas de ley, en las que el mismo agente del Ministerio Público con nuevos datos podrá repetir su acción penal.

Pero a esta audiencia va también que comparecer no solo el agente del Ministerio Público, sino el ofendido o víctima para que manifieste lo que a su derecho convenga, situación que es la columna vertebral del presente trabajo.

D. EL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO Y EL INCIDENTE.

Al substanciarse el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, ya sea por parte del procesado o de su defensor y al citarse a la audiencia de ley que señala el artículo 548 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el Ministerio Público, no podrá expresar su opinión al respecto aun cuando considere que se han desvanecido los datos que sirvieron para dictar el auto de formal prisión y esto solo podrá hacerlo hasta que consulte al Procurador y le haya dado autorización; tendrá que esperar la resolución a su petición despues de 5 días de

haberla solicitado, en caso de que no le resuelvan, él podrá expresar libremente su opinión .

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 550 dice:

"Cuando en opinión del Ministerio Público se hayan desvanecido los datos que sirvieron para dictar la formal prisión, no podrá expresar opinión en la audiencia, sino previa autorización del Procurador quien deberá resolver dentro de cinco días de formulada la consulta. Si no resuelve en este plazo, el Ministerio Público, expresará libremente su opinión."

Aún cuando el Ministerio Público, exprese su opinión favorable al procesado, al substanciar dicho incidente el juez que conozca del proceso será el que determine dicha solicitud, y aún cuando el artículo 3o fracción VII del Código de Procedimientos Penales legitima al Ministerio Público para pedir la libertad del detenido cuando proceda,

E. EFECTOS.

Quando llega a demostrarse que ha desaparecido una prueba que fue utilizada como base para dictar el auto de formal prisión, el efecto principal será poner en libertad al sujeto con las reservas de ley respectivas.

González Bustamante al hablarnos de esos efectos nos explica: "Como la declaración de que los datos están desvanecidos tienen un carácter transitorio, por que no es obstáculo para que pueda decretar nuevamente la detención de la persona, la ley reconoce a dicha declaración el mismo alcance que tiene el mandamiento de libertad por falta de méritos, no es, en consecuencia, una libertad absoluta, el Ministerio Público tiene expeditos sus derechos para pedir nuevamente la aprehensión del inculcado y el tribunal goza de la misma facultad para dictar, nuevo auto de formal prisión siempre que las pruebas posteriores que le sirvan de fundamento no varien los hechos que han sido la base de la inculpación".(9)

Unos de los principales efectos del incidente es determinar la libertad procesal del inculcado, tanta que esta libertad equivale a la libertad por falta de recursos o elementos para procesar, con las llamadas reservas de ley, esto es en el sentido de que si aparecen nuevos datos que imputen directamente a la persona, entonces el agente del Ministerio Público podrá proceder en su contra con la integración de los datos que en un momento determinado y supuestamente se desvanecieron en el incidente.

Básicamente si en algún momento el juez estima que

(9).-González Bustamante, Juan José.: " Principios de Derecho Procesal Penal." México, Editorial Porrúa, 5a edición, 1971, página 313.

no hubo ese desvanecimiento y que no hay ninguna prueba plena indubitable incuestionable, también puede decretar que no ha procedido el incidente, y el principal sigue su marcha normal.

1. ¿ CUANDO SE OTORGA ?

Dice la ley, exactamente el artículo 546 que la apertura de este tipo de procedimiento va a poder realizarse en cualquier estado en que se halle el proceso. Claro está que técnicamente, esta usada la palabra proceso, para ir desde el momento en que se dicta el auto de formal prisión hasta el momento en que viene el auto de cierre de instrucción, que es donde se declara formalmente cerrado el proceso.

Lo básico de la naturaleza del desvanecimiento de datos es la relación que existe con los datos que sirvieron para dictar la formal prisión, lógico es pensar que no podrá abrirse dicho incidente si no está dictado dicho auto. De tal forma que es de considerarse que necesariamente se tenga que tener una formal prisión para el efecto que pueda sobrevenir eventualmente el desvanecimiento.

Debemos de considerar que una vez dictada la formal prisión, puede promoverse el incidente que pueda otorgar la libertad del individuo, esto hasta el momento en que se declara cerrada la instrucción, ya que luego los

autos pasan a la formulación de conclusiones por parte del Ministerio Público y la defensa y es el momento en que técnicamente termina el proceso.

Una vez solicitado el incidente, el juez tendrá 5 días para celebrar una audiencia en donde se demuestra que las pruebas que sirvieron para dictar el auto de término constitucional se ha desvanecido y que de alguna manera, tanto el cuerpo del delito como la presunta responsabilidad no están debidamente acreditados.

Por otro lado, una vez oídas las partes en la audiencia el juez va a dictar resolución dentro de las 72 horas. Así la tramitación del incidente realmente es muy rápida, y por supuesto que puede otorgarse el mismo, solamente dentro de lo que es el proceso y en el término de los 5 días para la audiencia y 72 horas para dictaminar la resolución respectiva.

2. CUANDO SE NIEGA

La legislación es muy clara y muy específica, en un principio podemos citar los siguientes puntos que debemos considerar como requisitos para que pueda proceder el desvanecimiento de datos.

Inicialmente se requiere

- 1.- La existencia del auto de formal prisión.

2.- El periodo llamado proceso que va desde que se dicta el auto de formal prisión hasta el cierre de instrucción.

3.- Que se pruebe que se ha desvanecido el dato que sirvió de base, que ha desaparecido, que se ha borrado, destruido y el cual sirvió para integrar forzosamente la formal prisión al haberse acreditado en un momento dado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

4.- Para el desvanecimiento debe de existir una prueba plena e indubitable; esto es, que sea evidente, que responda a la verdad legal que se busca; al respecto podemos citar las palabras del maestro Raul Avendaño quien sobre el particular nos dice: "la prueba se relaciona a la existencia de un hecho, de un acto o inexistencia del mismo, esto es, que va en relación a la, demostración de una realidad pasada, aunque claro, esta realidad no la ha vivido el poder judicial, el juzgador, por lo que se tiene que demostrar o que debe de perseguir la demostración o la existencia de un acto, así como de su inexistencia según sea el caso y establecer o dilucidar la situación dudosa sobre la verdad y la falsedad, en donde se va a esclarecer mediante la presentación de las pruebas." (10)

Nótese que todo lo que es prueba estará enfocada a buscar la verdad legal de las circunstancias pasadas que en un momento determinado sucedieron, en tal forma el hecho

(10).-Avendaño López, Raúl; "El valor jurídico de los medios de la prueba en materia penal." México, Editorial Pac, 1992, Página 23.

de que una prueba sea indubitable. esto va a consistir directamente en que dicha prueba no admita otra en contrario, o que determina suficientemente la verdad legal que se busca.

5.-Ahora bien independientemente de que estas pruebas, deben de estar totalmente relacionadas con el auto de formal prisión, o sea no se van a poder ofrecer pruebas que no hayan sido consideradas en el auto de formal prisión, toda vez que esto es materia del principal, en tal virtud, de que solamente las que sirvieron para integrar el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad pueden en su caso empezar a desvanecerse.

De lo anterior tenemos que sino se llenan los requisitos citados, el juez que actúa puede validamente negar la resolución del incidente, y declarar que este no ha procedido, y el negocio de lo principal sigue su marcha normal.

CAPITULO IV

EL OFENDIDO SU CONOCIMIENTO DEL INCIDENTE Y SU NECESARIA PARTICIPACION DENTRO DEL MISMO.

Si como hemos visto todo los objetivos del Derecho Penal estan enfocados en proteger el bien juridico tutelado, que la sociedad considera necesario y merecedor de tal proteccion y si todo el Derecho Penal está hecho para proteger nuestros intereses, una vez que éstos han sido lesionados o infraccionados, consideramos justo que toda la actividad procesal y el mayor impulso dentro del procedimiento debe ser ejercido por el ofendido y no por el agente del Ministerio Público, claro está que reconocemos el gran valor del agente del Ministerio Público en la averiguación previa, ya que aquel que ha sido lesionado por un delito, no tiene que gastar en peritos, certificados y otras diversas diligencias que ocasionarán diversas erogaciones o gastos, mismos que consideramos estan debidamente bien representadas por el agente del Ministerio Público, pero cuando se inicia el procedimiento es necesario que desde el momento en que se pone a disposición al detenido ante el Juez Penal, paralelamente se cite al ofendido para que pueda deducir sus derechos frente a ese mismo Juez Penal y pueda actuar no solo en el desvanecimiento de datos, sino en el ofrecimiento de pruebas, en la etapa

preprocesal o de indiciación. que va desde que es puesto a disposición al detenido y hasta que se dicte al auto de término constitucional.

Ahora bien, con esto no decimos que el agente del Ministerio Público, nada tiene que hacer en el proceso, no, lo que queremos establecer es que no se obligue al ofendido a coadyuvar con el Ministerio Público sino que se respeten los extremos jurídicos que el artículo 70 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece:

" El ofendido o su representante pueden comparecer en la audiencia y alegar lo que a su derecho convenga, en las mismas condiciones que los defensores."

Hay que subrayar como el artículo citado, permite al ofendido o a su representante comparecer, en los mismos términos o derechos que la defensa. Esto nos dice que el principio indubio pro-reo, va a tener que estar aplicado en el sentido contrario; esto es que el juez de manera oficiosa tiene que aplicar lo mas favorable al ofendido.

Esto en la práctica realmente no es así, ya que este artículo 70 se relaciona con el artículo 9o del mismo Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el cual establece:

" La persona ofendida por un delito, podrá poner a disposición del Ministerio Público y del juez instructor todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño."

En ningún momento la legislación dice que la persona ofendido de un delito, podrá comparecer en diligencias o en audiencias a través del agente del Ministerio Público, no, la práctica viciosa ha entorpecido la actividad del Ministerio Público y de los representantes legales del ofendido y beneficiar a los procesados. Dentro del poder procesal se ha hecho que exista una total desproporción conforme a la trilogía procesal dentro del procedimiento penal mexicano.

Para poder explicar esto, vamos a pasar a elaborar los incisos de éste último capítulo.

A. EL MINISTERIO PUBLICO COMO REPRESENTANTE DE LA SOCIEDAD Y SU DEBER FRENTE AL OFENDIDO.

El agente del Ministerio Público, es una creación que surge por la necesidad de darle al ofendido la posibilidad de una investigación de oficio y que tenga una suficiente representación para el hecho de que pueda en un momento determinado resarcir sus daños.

De hecho es un oficio activo que plantea nuestra propia

Constitución y que va derivado del artículo 21 constitucional, en que separa aquella función que anteriormente tenían los Jueces Porfiristas de perseguir el delito; para lograr una trilogía en el procedimiento de uno que acusa, otro que defiende y otro que resuelve, se organizó el Ministerio Público, a efecto de que existiera un ente encargado de perseguir al delito y que de alguna manera fuera esta parte la que ejercitara la acción penal.

El maestro Borja Osorno al hablarnos del Ministerio Público y su función, nos explica. " El Ministerio Público representa intereses generales y según sea la personificación de los intereses generales, así será el tipo del Ministerio Público que se obtenga. Para unos la personificación es la sociedad, para otros, el poder ejecutivo y finalmente también se dice que personifica a la ley." (3)

La función de representación social, de parte en el procedimiento y de perseguidor del delito está integrado en esta persona.

Como representante social, trate de guardar el orden dentro de la comunidad, como perseguidor del delito es aquel que tiene la potestad del ejercicio de la acción penal y por lo tanto la investigación del mismo. En tal forma que el agente del Ministerio Público es una autoridad totalmente

(3).- Borja Osorno, Guillermo: "Derecho Procesal Penal", México, Puebla, José M. Cajica Jr. 1979, página 99.

al realiza la averiguación previa, en virtud que todas las diligencias son dirigidas y ordenadas por este órgano.

Pero, cuando, realiza el ejercicio de la acción penal, es entonces cuando deja de tener ese carácter y se convierte en parte para perderle al órgano judicial realice las diligencias necesarias para lograr la sanción. El artículo 21 constitucional separa totalmente las funciones, una es propia y exclusiva de la autoridad judicial y es la imposición de las penas, y otra la persecución de los delitos cuya incumbencia corresponde al Ministerio Público y a la policía judicial como auxiliar de este último.

Su deber frente al ofendido, será inicialmente protegerlo, luego defenderlo de los ataques peligrosos, y si estos llegan a suceder, pues entonces darle la vía óptima para que pueda ejecutar su derecho y una vez que se integra el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, ejecutar la acción penal, y representar a este ofendido frente a tribunales, hasta el momento en que se dicte una sentencia.

El maestro Alcalá Zamora, nos habla un poco de la posición del agente del Ministerio Público y como va derivanda su representatividad con respecto al ofendido; dicho maestro nos dice: " El examen de la posición procesal del Ministerio Público requiere diferenciar su conducta durante las dos fases capitales del proceso penal: Instrucción y de juicio. Ninguna duda cabe acerca de su

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

cialidad de parte durante el juicio, y el único rasgo especial que ofrece es el de que, como legitimado haga actuar con objetividad y como es ajeno al conflicto determinante, se suele considerar como parte el sentido formal o externo mientras que el acuerdo lo es también en sentido material o interno. En la instrucción, en cambio su posición de parte es más que indiscutible, como, en general que de cualquier otro sujeto procesal además, tal como la instrucción se haya planteada en el Código Procesal Penal, en la etapa de averiguación previa el Ministerio Público se comporta como verdadero instructor, tarea incompatible con la de parte. Y el desequilibrio, tan contrario al principio de bilateralidad, o de igualdad de armas, característico de un proceso de auténticas partes, persiste cuando se penetra en la instrucción propiamente judicial ".(4)

Hay una duplicidad total en la función de aquel representante social, que tiene el deber frente al ofendido, de buscar o restituirle sus derechos. La orden del artículo 21 esta íntimamente relacionada con los del Derecho Penal, y el Derecho Penal es proteger el bien jurídico tutelado y si está infraccionado buscar su rápida reparación, y tan es así que el nuevo artículo 3 inciso A fracción IV de la ley Orgánica de la Procuraduría General de la Justicia del Dis-

(4).-Alcalá Zamora, Niceto: "Panorama del Derecho Mexicano. Síntesis del Derecho Procesal." México, U.N.A.M. Instituto de Derecho Comparado. 1986. página 202, 203.

to Federal establece una obligación tajante para el agente del Ministerio Público actuando en averiguación previa y es el hecho de restituir al ofendido en el goce de sus derechos, en una manera provisional e inmediata, de oficio o a petición del interesado cuando esté comprobado el cuerpo del delito.

La protección que trata de otorgar la ley, se considera como un objetivo directo de todo el Derecho Penal.

En virtud de lo anterior, es necesario establecer que el agente del Ministerio Público como autoridad en averiguación previa, tiene que restituir inmediata y provisionalmente el goce de sus derechos al ofendido y se le repare el daño rápidamente, claro esta que cuando es parte en el proceso, entonces deberá incitar las diligencias necesarias tanto para demostrar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, como para demostrar la cuantía sobre la cual debe fijarse la valoración y reparación del daño.

B. LA NOTIFICACION O CONOCIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DEL INCIDENTE AL OFENDIDO

Es una total contradicción que si todo el Derecho Penal esta hecho para proteger a la ciudadanía, esta cuando se ve ofendida y después de haberse seguido un proceso en

contra de uno o varios sujetos que lesionan los intereses de alguien en concreto, no se se haya dado intervención directa al ofendido para hacer valer su derecho.

Aún cuando los artículos 9o y 70 lo facultan para poder intervenir sin necesidad de solicitar una coadyuvancia con el agente del Ministerio Público; lo que hay que corregir sin duda es la práctica viciosa del Poder Judicial del Distrito Federal e incluso de algunos otros poderes, de considerar al ofendido en calidad de coadyuvante y que este pueda ofrecer pruebas e intervenir en las audiencias a través del Ministerio Público, y esto no es así, la legislación no contiene ese espíritu, aun cuando el artículo 70. les da la funcionalidad como si fueran defensores, los equipara a la defensa, por lo que consideramos, mas que nada que toda esta situación se pueda afinar a través de reglamentos o disposiciones que deben de surgir dentro del mismo Tribunal Superior de Justicia.

Ahora bien, es muy contradictorio que si todo el Derecho Penal esta hecho para los ciudadanos y estos resultan ofendidos, solamente dos artículos del Código de Procedimientos Penales estan destinados a éste, y además, solamente se establece una sola notificación para el ofendido, y eso en el caso que el delito se persiga a petición de parte y esto lo encontramos en el artículo 80 del Código de Procedimientos Penales el cual dice a la letra:

Artículo 80.- Todas las resoluciones apelables deberán ser notificadas al Ministerio Público, al procesado, al querellante en su caso y al defensor o defensores si hubiere varios.

Notese bien como la legislación en el artículo 80 nos dice, el querellante, esta es una de las propuestas concretas que veremos en el inciso "D" al elevar propuestas de adiciones, ya que el artículo 80 no debe hablar del querellante exclusivamente sino debe de hablar del ofendido en una forma general, sea delito por querrela o sea delito por oficio.

Incluso esta notificación no debe de hacerse hasta que llega el auto de término constitucional, en virtud de que el mismo procesado pudo haber ofrecido pruebas desde que le tomaron su declaración preparatoria, y el ofendido, en ningún momento tuvo ya la posibilidad de cuando menos oír sus justificaciones.

Claro está que ya se tuvieron 24 horas en la agencia del Ministerio Público para ofrecer las pruebas de cargo, pero, consideramos que el ofendido esta legitimado procesalmente esto es, tiene una legitimación procesal activa, para que al igual que el procesado pueda estar en todos y cada una de las diligencias que se realizen en virtud del delito que se persiga.

Ahora bien, como hemos visto a lo largo de nuestro estudio y especialmente en nuestro capítulo anterior el

incidente por desvanecimiento de datos va a proceder por el hecho de que cada una de las pruebas ofrecidas especialmente por el ofendido vienen a desaparecer o a decaer, esto indudablemente que atañen a los intereses del ofendido, toda vez que las pruebas que este mismo ofreció y que de alguna manera pudo recolectar para que incidieran en el proceso, pierden su valor o van desapareciendo o desactivándose para que el mérito que dio causa a la formal prisión desaparezca también.

Estas pruebas básicamente conforman ese desvanecimiento, y las cuales fueron ofrecidas por el ofendido durante la averiguación previa, y otras que el agente del Ministerio Público, pudo haber recabado a través de los llamados de policía judicial y diversas periciales.

De lo anterior, tenemos que si el fundamento en cuestión del desvanecimiento de datos va a estar en función de las pruebas que sirvieron para fundamentar el auto de formal prisión, y estas están íntimamente relacionadas con el delito ocasionado al ofendido, pues resulta totalmente evidente y necesario que la prueba que se desvanece pueda en un momento determinado estar contenida por Aquel que la presentó.

Y como es posible, que toda esa técnica de la notificación, del derecho de audiencia, de ser oído, del :

derecho de petición como garantía constitucional, en un momento determinado es nulo, para el ofendido, ya que este en ningún momento estará notificado de la radicación de la averiguación previa ante el juzgado penal, no obstante que el Derecho Penal se ha establecido en función a la protección de los ciudadanos, de las personas honradas, que son violadas en sus derechos, resulta lógico pensar que esta pueda seguir llevando su impulso procesal.

Es muy relevante que para la etapa de la averiguación previa, así como para la integración de la misma, el ofendido sea una parte primordial e incluso en algunos delitos sea necesaria, como los que se persiguen a petición de parte o de querrela.

De lo anterior tenemos, que el impulso básico de toda esa organización, tanto del Ministerio Público como del Juez Penal y cuando se tiene una denuncia acusación o querrela que formula el ofendido y si en su momento se ejercita acción penal, en contra de un presunto responsable, el juez radica el asunto, toma la declaración preparatoria, dicta el auto de formal prisión, habiendo pruebas las desahoga, se formulan conclusiones y luego dicta una sentencia; esto con el fin de sancionar y reparar el daño ocasionado al ofendido, por lo que resulta de una gran importancia, el ofendido para el proceso y como es que simple y sencillamente dos o tres artículos

del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal habien de él.

C. EL OFENDIDO COMO PERJUDICADO DIRECTO AL CONCEDER
LA LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.

Una vez que se ha actuado a espaldas del ofendido y esto lo decimos toda vez que el agente del Ministerio Público adscrito al juzgado no tiene la obligación de citar al ofendido, tampoco la tiene el juez y mucho menos la defensa del procesado. en tal forma que nadie cita al ofendido y por tal motivo, el que ha de preparar las cosas y que en ciertos momentos va a producir ciertas ganancias para la administración, es sin duda el procesado. Desde este punto de vista, tenemos que en los juzgados o ya en la esfera judicial, básicamente al ofendido es al que menos se quiere ver, ya que puede entorpecer las funciones del juzgado que por necesidad económica se presta a los intereses del procesado. Es aquí en donde la seguridad jurídica falla totalmente y se deja en un estado de indefensión total al ofendido para quien se hizo el Derecho Penal a quien la norma intenta proteger y a fin de cuantas es el que sufrió el daño de la conducta ilícita que se trata de desvanecer.

Decíamos en el inciso anterior, que este desvanecimiento

de datos va a proceder de los derechos principales que sirven para formalizar la posición basándose en el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, y que en un momento determinado fue el ofendido quien incitó la actividad del Ministerio Público y proporcionó datos o simple y sencillamente la prueba misma para establecer dicho cuerpo.

Con lo anterior tenemos una situación muy relevante, y es sin duda que aquel que siendo autor de la prueba no comparece directamente a su desvanecimiento. Es evidente que ya no actúa en la misma posición que defensor. Pudiésemos pensar que es el Ministerio Público quien lo desorienta, pero el asunto no afecta realmente al representante social más que al ofendido o al abogado representante que en un momento contrate este ofendido.

De lo anterior, que en el momento en que se logra este tipo de libertad por desvanecimiento de datos, se deja evidentemente de defender al ofendido por no habersele citado para afirmar sus datos.

Y por otro lado se pone en posición del acusado para que éste pueda querellarse por el delito de calumnia en contra de aquel ofendido que ni siquiera supo lo que realmente paso; esto es que le va a voltaer la cosas toda vez que hay abogados hábiles que pueden manejar las cosas en un juzgado.

Esto resulta totalmente evidente y concreto, y es lo

que nos ha interesado en la secuela de este estudio. De tal forma que con una legislación que permita al ofendido una participación no solo dentro del desarrollo del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, si no en todo el procedimiento, la impartición de la justicia penal se vería más completa y resultaría evidente o suficiente su procedencia. En este caso, tendremos como las partes, estan debidamente notificadas, y tienen el deber de seguir con el impulso procesal de ahí que se tengan que elevar las siguientes propuestas:

D. PROPUESTAS DE REFORMAS Y ADICIONES.

Consideramos que hay que afinar el artículo 80 del Código de Procedimientos Penales para que todas las resoluciones apelables puedan ser notificadas al Ministerio Público, al procesado y al ofendido; en forma necesaria para que pueda producir sus efectos.

Se sugiere reformar el artículo 70 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal para que se establezca una adición en un segundo párrafo para que el juez instructor en el momento de recibir la causa, notifique al ofendido y que no se desahogue ninguna diligencia sin la citación previa del ofendido, tal y como sucede en cada una de las diligencias respecto del procesado.

Las reformas propuestas a los artículos 70 y 80 deben estar enfocadas particularmente a citar en un principio al ofendido, para que éste se entere de la radicación en primera instancia, y pueda seguir con su curso procesal.

Luego, el artículo 70 también debe de establecer una sanción no solo para lo que es el juez instructor si no para todo el personal en cualquier etapa del proceso, que no permita al ofendido litigar por su cuenta; tal vez en el sistema penal, pudiésemos dejar a un lado la trilogía procesal para establecer otra parte más en del proceso como es el ofendido, en virtud de que toda la naturaleza del Derecho Penal funciona en relación a éste.

Que el agente del Ministerio Público, en la práctica le de mayor importancia a los asuntos que tiene bajo su cargo y defienda los intereses del ofendido.

CONCLUSIONES

1.- El Derecho Penal en términos generales, trata de proteger a las personas y cuando estos sufren un ataque, una violación en sus derechos trata de repararle su daño, en tal forma que cuando el acusado obligado a la reparación del daño como una pena pública, tramita el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, el interés procesal más activo no está en el agente del Ministerio Público, sino en el ofendido directamente.

2.- Es indispensable que el Derecho Penal proteja la posibilidad de audiencia del ofendido en el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, en virtud de que, el Derecho Penal al establecerse de manera subjetiva va a proteger el bien jurídico tutelado del individuo y en el momento que procede el incidente de libertad por desvanecimiento de datos quedará en suspensión o sin efecto la reparación del daño por parte del acusado.

3.- Tomando en cuenta que el agente del Ministerio Público es el representante social pudiésemos pensar que el ofendido está debidamente representado; pero en la práctica observamos que el agente de Ministerio Público tiene mucho trabajo lleva muchos asuntos en el juzgado de su adscripción

lo que hace que no exista una verdadera atención individual para cada uno de lo casos.

4.- Si observamos todo lo que es el Derecho Penal, veremos que solo 3 artículos son los que hablan del ofendido; el 9o, 7o, y 8o del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, son los únicos que en un momento determinado se refieren al ofendido, el artículo 8o solo se refiere al querellante por lo que concluimos que es muy pobre la legislación en relación al ofendido y más aún en relación al interés global del Derecho Penal que es protegernos en nuestra persona, nuestros bienes y derechos.

5.- Partiendo de la base del artículo 21 constitucional notamos, como la función del agente del Ministerio Público durante el procedimiento y dentro del incidente de libertad por desvanecimiento de datos resulta ser insuficiente, es una intervención oficiosa totalmente y de alguna manera no llega a brindar toda esa extensión de la seguridad jurídica o del llamado estado de derecho, y si en el momento en que este agente del Ministerio Público ejercita una acción penal que tiene por objeto buscar la sanción del delincuente y la reparación del daño entonces, esos objetivos de la función administrativa del agente del Ministerio Público, para que se cumplan debidamente, no solamente requieren de la coadyuvancia del ofendido sino que el ofendido realmente sea

tratado en las mismas condiciones que la defensa, como dice el artículo 70 del Código de Procedimientos Penales.

6.- Es incongruente totalmente que siendo uno de los objetivos de la acción penal, la reparación del daño, se le de muy poca intervención al ofendido. El artículo 70 del Código de Procedimientos Penales lo faculta a intervenir en las mismas condiciones que la defensa, esto no se lleva a cabo en la practica y es una necesidad que a todos los tribunales se le obligue a respetar este artículo 70 y le den la posibilidad al ofendido de intervenir como si fuera la defensa esto es que no requieran la coadyuvancia del agente del Ministerio Público; que sus escritos no tengan que estar firmados y autorizados por el Ministerio Público sino que pueda intervenir directamente, ya sea formulando preguntas en audiencias e interponiendo recursos.

7.- El efecto jurídico que tiene el desvanecimiento de datos que fundamentan en el auto de término constitucional, sin duda, deja libre a una persona, que en un momento determinado, pudo haber ocasionado el ilícito, además es indispensable que en este incidente, participe directamente la víctima u ofendido para que pueda manifestar lo que a su derecho convenga; al Ministerio Público no le constan los hechos y a la víctima si, por lo que debe estar citado y se le debe otorgar esa garantía de audiencia para el efecto de que

exponga su razón.

8.- Es evidente que para que el incidente de libertar por desvanecimiento de datos proceda, se va a requerir que se desvanezcan los datos que sirvieron para integrar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad que sirven de apoyo para formalizar la prisión; no que se destruyan a base de otras pruebas sino que las mismas se desvanezcan, desaparezcan, o que alguna situación importante se retracte o que exista una prueba indubitable que haga el desvanecimiento del dato que sirvió para fundamentar la formal prisión

9. - En general es indispensable que se le cite al ofendido, no sólo para dicho incidente sino mas que nada para que este tenga conocimiento de todo el procedimiento y esto debe hacerse desde, el momento de la declaración preparatoria, al dictarse el auto de término constitucional para que éste también tenga derecho a interponer el recurso de apelación contra el mismo, lo anterior para que la seguridad jurídica del ofendido sea una situación eficaz.

BIBLIOGRAFIA GENERAL.

LEGISLACION

Código Penal para el Distrito Federal. 1991.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. 1991.

Código Federal de Procedimientos Penales. 1991.

Código Civil para el Distrito Federal. 1991.

JURISPRUDENCIA.

Apendice de jurisprudencia 1917- 1965, 1a. Sala, Mayo Ediciones, 1981.

DOCTRINA

ACERO, Julio.

" El Procedimiento Penal Mexicano "
6a. edición.
Puebla, Editorial José M. Cajica Jr. 1968.

ALCALA Zamora, Niceto.

" Panorama del Derecho Mexicano. Síntesis del
Derecho procesal."
México, UNAM. Instituto de Derecho Comparado, 1986.

ARILLA Bas, Fernando.

" El Procedimiento Penal Mexicano."
13a. edición.
México, Editorial Kratos, 1991.

AVENDANO López, Raúl. "El valor jurídico de los medios de la prueba en materia penal."
México, Editorial Pac. 1992.

BAZARTE Cerdan, Wilebaldo.
" Los Incidentes en el Procedimiento Civil Mexicano."
1a Reimpresión.
México, Librería Carrillo hermanos, 1987.

BORJA Osorno, Guillermo.
" Derecho Procesal Penal."
México, Puebla, Editorial José M. Cajica Jr. 1979.

BRISEÑO Sierra, Humberto.
" Derecho Procesal."
1a. Edición.
México, Cárdenas editor y distribuidor,
volumen 1, 1969.

CARRANCA y Trujillo, Raúl.
" Código Penal Anotado."
Novena Edición,
Editorial Porrúa, S.A., 1981.

CASTRO, Juventino.
" El Ministerio Público en México funciones y disfunciones, "
Primera Edición,
México, Editorial Porrúa, S.A., 1976.

COLIN Sánchez, Guillermo.
" Derecho Procesal Penal Mexicano."
Segunda Edición,
México, Editorial Porrúa, S.A.

- CUELLO Colón, Eugenio.
" Derecho Penal. "
Novena Edición,
México, Editorial Nacional, 1976.
- DE PINA Vara, Rafael.
Diccionario de Derecho.
- FIX Zamudio, Héctor.
Comentarios al artículo 21 Constitucional
" Constitución Política Mexicana Comentada ",
UNAM.
- FLORIAN, Eugenio.
" Elementos de Derecho Procesal Penal. "
Barcelona, España. Editorial Bosch.
- FRANCO Sodi, Carlos.
" El Procedimiento Penal Mexicano. "
Tercera Edición,
México, Editorial Porrúa S.A., 1946.
- GARCIA Ramirez, Sergio.
" Curso de Derecho Procesal Penal. "
1a Edición,
México, Editorial Porrúa, S.A., 1974.
- GOLDSTEIN, Raul.
" Diccionario de Derecho Penal y Criminología. "
Segunda Edición,
Buenos Aires, Argentina. Editorial Austria, 1986.
- GONZALEZ Blanco, Alberto.
" El Procedimiento Legal Mexicano. "
Primera Edición,
México, Editorial Porrúa, S.A., 1975.

- GONZALEZ Bustamante, Juan José.
" Principios de Derecho Procesal Penal. "
Quinta Edición,
México, Editorial Porrúa, S.A., 1971.
- OSORIO y Nieto, César Augusto.
" La Averiguación Previa. "
1a Edición,
México, Editorial Porrúa, S.A., 1981.
- PALLARES, Eduardo.
" Diccionario de Derecho Procesal Civil. "
Décimo quinta Edición,
México, Editorial Porrúa, S.A., 1983.
- PEREZ Palma, Rafael.
" Guía de Derecho Procesal Penal. "
1a Edición,
México, Cárdenas, Editores y Distribuidores,
1975.
- PIÑA Palacios, Javier.
" Derecho Procesal Mexicano. "
2a Edición,
México, Editorial Porrúa, S.A., 1970.
- PRECIADO Hernández, Rafael.
" Lecciones de Filosofía Derecho. "
10a Edición,
México, Editorial Jus, 1979.
- RECANESES Siches, Luis.
" Tratado general de Filosofía del Derecho. "
6a Edición,
México, Editorial Porrúa, 1978.

RIVERA Silva. Manuel.
" El Procedimiento Penal. "
Edición 21a.
México, Editorial Porrúa S.A., 1992.