

37
2ef.



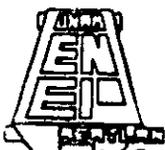
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
Plantel Campus Acatlán

LA COADYUVANCIA EN EL DERECHO
PROCESAL PENAL MEXICANO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
GABRIEL CARREON CARDENAS

Asesor: Lic. Antonio Solano Sánchez Gavito



TESTIS CON
FALLA DE ORIGEN

Acatlán, Edo. de México Febrero de 1998

258515



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

DEDICATORIAS :

A mis padres y hermanos por su paciencia, su infinita comprensión desde el inicio de mi carrera hasta siempre.

A mi esposa CLAUDIA y a mis hijas MONSERRAT y ANDREA, como un estímulo para terminar la Carrera de Licenciado en Derecho.

A mi Asesor el Licenciado ANTONIO SOLANO SANCHEZ GAVITO, por su excelente dirección de Tesis.

A la E.N.E.P. Acatlán y a mis Maestros por haber transmitido sus conocimientos en mí.

A mi estimado Amigo Licenciado ANTONIO ADOLFO LOPEZ GARCIA, - por su infinita bondad y excelente trato.

I N D I C E

CAPITULO I. LOS SUJETOS PROCESALES PENALES.	
A. EL JUEZ	7
B. MINISTERIO PUBLICO.	10
C. ACUSADO.	15
D. DEFENSOR.	19
E. OFENDIDO.	29
F. TERCERO CIVIL RESPONSABLE.	33
CAPITULO II. PARTES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.	
A. GENERALIDADES.	36
B. DUALIDAD DE PERSONALIDAD DEL MINISTERIO PUBLICO.	38
C. LAS CONCLUSIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.	50
CAPITULO III. LA REPARACION DEL DANO.	
A. INCIDENTE DE REPARACION DEL DANO.	56
B. RESPONSABILIDAD PENAL EXIGIBLE AL TERCERO AJENO AL DELITO.	82
CAPITULO IV. EL COADYUVANTE	84
REFLEXIONES FINALES	91
CONCLUSIONES	101
BIBLIOGRAFIA	105

CAPITULO I

LOS SUJETOS PROCESALES PENALES

"El mayor escollo con que tropezará el hombre -apuntó - Alcalá Zamora-, por muy perfectas que sean las leyes que lo -- encuadren, es la naturaleza humana". (1)

Con el estudio de los sujetos, el derecho procesal entra en lo que también se denomina sujetos procesales, respecto a los cuales Barrios de Angelis apunta que "son sujetos de proceso quienes lo hacen y aquellos para quienes se hace. Es decir, aquellas personas físicas o jurídicas que producen los actos del proceso, así como -esos mismos u otros- por su vínculo especial con el objeto, dan lugar al proceso y sufren o aprovechan, de modo inmediato, de las modificaciones del objeto. Todo sujeto del proceso se caracteriza por su implicación en el objeto, por un determinado plexo de situaciones jurídicas y -- por la participación funcional correspondiente". (2)

La multiplicidad de sujetos que intervienen en el proce

-
- (1) Alcalá y Zamora Castillo, Niceto, Estampas procesales de la literatura Española. Editorial Europa-America, Buenos Aires, Argentina 1961, pág. 151.
 - (2) Barrios de Angelis, Dante. Teoría del proceso. De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1979. pág. 115.

so impone, para su estudio, que sean clasificados.

"Se suele hablar de sujetos principales y accesorios; - principales son, a su vez, los indispensables para el surgimiento de la relación jurídica procesal, al paso que los accesorios tienen carácter contingente, esto es, pueden o no existir con referencia a una relación jurídica concreta que, sin embargo, existe a pesar de su ausencia". (3)

Se alude igualmente a sujetos de la acción (acusador -- acusado), sujetos del juicio (juzgador) y terceros (testigos, peritos, etc).

Dentro del proceso hay también sujetos indispensables y otros sujetos ocasionales. El juzgador es indispensable en un proceso penal, pues sin él no habría actividad jurisdiccional. En un sistema acusatorio es también indispensable el acusador por un lado, y el acusado por el otro. Por disposición de nuestras leyes al menos según nuestra Constitución), también el defensor es indispensable pues su falta produce la ineficacia de cualquier acto procesal que se realice.

En un proceso penal no son indispensables (el proceso -

(3) García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa México 1971. pág. 51.

puede existir y tener eficacia aun cuando estos sujetos no se concreten) los testigos, los peritos, los traductores, etc.

En lo que atañe a la aptitud o capacidad de los sujetos del proceso, se nos presenta una múltiple graduación, la cual por su importancia será analizada a continuación:

a) Capacidad para ser parte, que en nuestra disciplina se convierte en la aptitud para ser demandante y demandado, es decir, en la capacidad jurídica de goce. En este sentido, cualquier ser humano posee tal capacidad, que en épocas pasadas se les negó a los esclavos, ya que eran sólo "cosas", y -- que en algunas ocasiones se le reconoció a los animales.

b) Capacidad para tomar parte o para estar en juicio, conocida como capacidad procesal, capacidad para comparecer o capacidad de obrar procesalmente, y equivale (luego de ver la capacidad de goce) a la capacidad jurídica del ejercicio, que en nuestro sistema se veía como la capacidad para ser el actor o el demandado, capacidad que, según nuestras leyes secundarias, se le reconoce al Ministerio Público o al sujeto imputado (mayor de edad, salud mental). A la carencia de esta capacidad se le conoce también como falta de personalidad.

(c) Postulación o facultado al ius postulando o mejor

dicho capacidad de postulación, que corresponde a la idea de estar facultado "para hacer las promociones necesarias a la iniciación y desenvolvimiento del proceso. Tal ocurre en el caso de los representantes legales o convencionales dentro del proceso, y como en el caso del defensor del imputado o penalmente demandado. Es la aptitud -explica Barrios de Angelis- para desempeñar las profesiones legales como la abogacía o la procuración.

A la capacidad de postulación también se le conoce como personería, a la que no hay que confundir con personalidad. Falta personería cuando se carece de la representación legal o convencional, motivo por el cual no se puede actuar en el proceso.

d) Legitimación causal (activa o pasiva), que en opinión de Barrios de Angelis consiste en "la razonable posibilidad de que quienes se atribuyen o a quienes se atribuye la implicación en los intereses específicos del objeto sean sus efectivos titulares".

En este sentido, las leyes procesales involucran esta legitimación cuando aluden al "sospechoso" o al "probable o presunto responsable". Como veremos no se requiere en el Ministerio Público la legitimación causal activa.

J

e) Legitimación procesal, que "es la aptitud que permite el ejercicio de las funciones correspondientes a los estatutos de parte y de tercero".

Por regla general, la legitimación causal casi siempre se confunde con la procesal, pero hay casos en que de ser "probable responsable", no puede éste defenderse, pues a veces se exige que los actos de parte los realice una persona con aptitud especial, como la del defensor.

Por lo que hace a la legitimación procesal, es activa o pasiva, dependiendo del sujeto activo o pasivo del proceso (no del delito).

Es sujeto activo del proceso penal quien se corresponde con el actor, en tanto que es sujeto pasivo del proceso el penalmente enjuiciado. Respecto de este último, cabe destacar - que es el sujeto pasivo del proceso, lo cual se debe a que los analistas le llaman sujeto activo del delito. Pero si bien en la relación sustancial uno es el sujeto activo del delito, en la relación procesal éste puede quedar como sujeto pasivo del proceso. En fin, debe diferenciarse lo que es sujeto activo - del delito, del sujeto pasivo del proceso, aunque al final pueden coincidir.

Según Barrios de Angelis, la legitimación procesal difiere de la capacidad procesal "en que ésta es una aptitud ge

nérica, para todo proceso; en tanto que la legitimación procesal, como toda legitimación, es para uno o más procesos determinados". (4)

Igualmente, no debe confundirse legitimación con personalidad o personería, pues de esta manera se puede decir que el sujeto enjuiciado está legitimado, en tanto que el defensor o el representante del ofendido tienen personalidad. El que -- tiene personalidad realiza los actos en nombre de otro y no en nombre propio.

(4) Barrios de Angelis, Dante. Op. Cit. pág. 131.

A. JUEZ.

Es la persona designada por el Estado para administrar justicia, dotada de jurisdicción para decidir litigios. En nuestro medio la palabra juez puede tener dos significados: - el primero de ellos y más general (en consecuencia diremos la to sensu) es aquel que nos referimos a todo funcionario titular de jurisdicción; juez se dice, es el que juzga. Por otro lado; y de manera más particular y precisa (por lo que diremos stricto sensu), juez es el titular de un Juzgado, tribunal de primera instancia unipersonal.

Una excepción a estos principios, y por ende una co- rrupción del lenguaje jurídico, es que se denomine juez al en cargado del registro civil. Muy distinto es que a un juez -- de mínima cuantía se le encargue el registro civil, y otra - que al encargado específico del mismo, quien es funcionario - administrativo, se le dé el título de juez sin tener facultad de juzgar; por ello era más adecuado, como señaló el CC origin almente (hasta 1973), que dichos funcionarios se les llamara oficiales del registro civil.

"De modo tradicional se ha señalado que son cuatro los requisitos para ser juez: edad, competencia, capacidad y ci en cia. Por lo que se refiere a la edad, nuestras leyes orgánic as de tribunales ordinariamente exigen entre 25 y 30 años; -

la competencia está señalada en las propias leyes orgánicas, pudiéndose referir a materia, cuantía, territorio o al grado, aunque en ocasiones habrá que remitirse a la ley sustantiva de la materia para precisar la competencia de un juez; la capacidad del mismo se refiere a ciertos requisitos que en ocasiones señala la C. o las respectivas leyes orgánicas, como pueden ser: pleno goce de sus derechos civiles, no pertenecer al estado eclesiástico, no haber sido condenado por la comisión de ciertos delitos, generalmente patrimoniales; etc.; finalmente, por ciencia se entiende que el candidato tenga el título de Licenciado en Derecho expedido por autoridad competente, más cierto tiempo de experiencia profesional.

Muy relacionado con todo ello, es que el juez no tenga impedimento legal, aunque esto se refiere a un negocio en particular que tenga que resolver, no tanto a situaciones o condiciones generales de la persona del juzgador u objetivos del cargo.

El sitio donde el juez administra justicia se llama genéricamente tribunal y también se le dice foro". (5)

Las clasificaciones de los jueces más comunes son:

(5) Soberanes Fernandez, José Luis. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I-O, Editorial Porrúa, México, 1996, 9a. edición, pág. 1843.

- a) seculares y eclesiásticos
- b) comunes, especializados y especiales,
- c) civiles, familiares, mercantiles, penales, etc.
- d) ordinarios y extraordinarios,
- e) legos y letrados,
- f) inferiores y superiores,
- g) competentes e incompetentes,
- h) a quo y ad quem.

"En México, durante la época de la Colonia, siguiendo sus antecedentes castellanos medievales, el oficio de juez ordinario o justicia fue ejercido por diversos funcionarios: al cal des ordinarios, al cal des mayores, corregidores, gobernadores, al cal des de casa y corte y oidores, amén de los jueces de jurisdicciones especiales. Ello en razón de la población donde desempeñara el cargo, si era municipio, alcaldía mayor, corregimiento, gobernación o capital de reino, respectivamente; lo cual dependía del tamaño, importancia o características políticas del mismo lugar. (En Castilla, en etapa de la Edad Media, la justicia la administraban los al cal des, voz -- que viene del árabe al-qadi, que significa "el juez"). (6)

(6) *Ibidem*, pág. 1844.

B) MINISTERIO PUBLICO

"En la Constitución Política de los Estados Mexicanos, vigente, se instituye el Ministerio Público, se precisa la -- atribución esencial de quien ejerce las funciones que le en-- comiende el legislador y en las leyes y reglamentos, corres-- pondientes, se indica su estructura y organización, así como también su esfera competencial.

"Aunque del texto del artículo 21, de la Constitución mencionada, se desprenden sus atribuciones fundamentales, en la vida práctica, no sólo investiga y persigue a los proba-- bles autores de delitos; su actuación es manifiesta en otras esferas de la administración pública.

"De acuerdo con el texto constitucional, tomando en -- cuenta el espíritu que animó a los integrantes del Congreso - Constituyente de 1917, para su creación, el o los agentes del Ministerio Público afirman que actúan, a su vez, en "represen-- tación del interés social", en la investigación de los hechos delictivos y de sus probables autores y para cumplir ese come-- tido incursiona en muy diversos órdenes de la sociedad, para así en pro de la verdad real y con la ayuda de los técnicos - en diversas materias reúne un conjunto de indicios que como base para la inferencia lógica sean la base que satisfaga los requerimientos legales para el ejercicio de la acción penal y de toda la dinámica que implica sus funciones específicas.

Consecuentemente con el contenido de los textos constitucionales el de las leyes que lo organizan y las demás disposiciones de otros ordenamientos jurídicos y sin omitir la jurisprudencia, textos legales que otorgan al personal del Ministerio Público la titularidad de la acción penal; sin embargo, prácticamente, su esfera de acción se extiende más allá del ámbito del Derecho Penal; es notable su intervención en materia civil, como en los casos de incapacitados o ausentes y -- también en algunas otras situaciones, en las que son afecta-- dos los intereses del Estado (tal es el caso del Ministerio Público Federal y del Ministerio Público Local, de algunas entidades federativas)". (7)

"En términos generales, tiene encomendada, asimismo, la delicada misión de preservar a la sociedad de las conductas - o hechos considerados delitos.

"De lo apuntado, concluyo: el personal del Ministerio - Público, tiene asignadas funciones específicas en las siguientes materias: a) Penal; b) Civil; c) Constitucional, y d) Como Consejero, auxiliar y representate legal del Ejecutivo.

"a) EN MATERIA PENAL.- En ejercicio de sus atribucio-- nes, primordialmente, preservará a los integrantes de la so-- ciedad de las conductas o hechos considerados delitos; tam- - bién promoverá lo conducente para la aplicación de la sanción

(7) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, México, 1995, 15a. edición, pág. 120.

de todo acto ilícito por la cual haya ejercitado la acción penal. Para la realización de ese cometido llevará a cabo las funciones siguientes:

- 1) Investigatoria;
- 2) Persecutoria, y
- 3) De vigilancia en el cumplimiento de las leyes durante la ejecución de sanciones.

"b) EN MATERIA CIVIL. En materia civil tiene encomendada, fundamentalmente, una función derivada del contenido de leyes secundarias, en aquellos asuntos en los cuales el interés del Estado debe manifestarse para la protección de intereses colectivos, o cuando, estos mismos requieran por su naturaleza y trascendencia, de una tutela especial.

"c) EN MATERIA CONSTITUCIONAL. Esta función, solamente pudo referirla, en forma concreta al funcionario del Ministerio Público Federal, mismo que en cumplimiento a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República: "vigila la observancia de los principios de constitucionalidad o legalidad en el ámbito de su competencia..." - - (artículo 2º, fracción I). Como "parte también" tiene injerencia en todos los juicios de amparo, promoviendo la estricta observancia de la Ley y la protección del interés público - conforme a lo dispuesto por el artículo 107, fracción XV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y -

por el artículo 5°, fracción IV, de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107, constitucionales.

Esta atribución, comprende las actuaciones necesarias para el despacho de las facultades que confieren al Procurador, las fracciones V y VIII, del artículo 107, constitucional: "La propuesta al Presidente de la República de reformas legislativas necesarias para la exacta observancia de la Constitución, la reforma de normas locales inconstitucionales; la vigilancia de la aplicación de la ley en todos los lugares de detención, prisión o reclusión de reos federales...; la promoción de la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia..." (artículos 3° y 4°).

"d) COMO CONSEJERO AUXILIAR Y REPRESENTANTE LEGAL DEL EJECUTIVO. Este deber recae en el Procurador General de la República y también en los Procuradores de justicia de cada una de las entidades federativas, aunque en este segundo caso, la función de consejero jurídico será del Ejecutivo local de que se trate". (8)

En los artículos 21, 73, 102, 103 y 124, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el legislador consignó las facultades específicas del personal del Ministerio Público, y además, indica en quien o quienes debe --

(8) Ibidem, pág. 121 y 122.

recaer.

Su organización y funcionamiento también competen a los integrantes del Poder Legislativo, quienes manifiestan su voluntad para esos fines, en preceptos secundarios, agrupados - en las denominadas: Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, etc.

En esos cuerpos normativos se señalan atribuciones, ba ses de organización y disposiciones generales para el personal.

En el reglamento, correspondiente a cada una de estas leyes orgánicas, quedan consignadas, la competencia y organización, las atribuciones de los titulares, así como las del Procurador, los Subprocuradores, el Oficial Mayor y los distintos Directores Generales.

C) ACUSADO

En la actualidad, el ser humano es el único autor o posible autor de conductas o hechos delictuosos; esto no siempre ha sido igual; antiguamente, entre los árabes y hebreos, los animales, los elementos naturales, los difuntos etc. fueron considerados sujetos autores de delitos. El ser humano, era sólo instrumento de investigaciones y material probatorio; posteriormente, el contenido de la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", y muchos otros factores más, fueron las bases de sustentación para que el hombre pasara a ser en todo los regímenes democráticos, sujeto de derechos y obligaciones, carácter que destaca y se acentúa con mayor plenitud en el sistema de enjuiciamiento acusatorio, porque en el mismo, dentro de la relación jurídica procesal, es un sujeto principal en torno al cual, gira toda la actuación de los otros intervinientes.

Con relación a la terminología, es conveniente determinar, si debe emplearse solamente uno de los calificativos mencionados, y en tal caso, precisar cuál sería el indicado o de lo contrario, si debe utilizarse uno distinto para cada etapa procedimental.

"En la legislación mexicana, los integrantes del Congreso Constituyente de 1917, al referirse al supuesto sujeto ac-

tivo del delito, usaron, inapropiadamente los adjetivos: acusado, procesado y reo, sin tomar en cuenta el momento procedimental en el que interviene.

"En esto mismo incurrieron quienes idearon, legislaron y promulgaron los Códigos de Procedimientos Penales, Federal, y para el Distrito Federal, en ambos ordenamientos le llaman indistintamente: inculpado, procesado, presunto responsable, indiciado, etc.

En razón de las distintas etapas del procedimiento penal, y a sus actos, formas y formalidades, el probable autor está ubicado en situaciones jurídicas diversas, de tal manera que a esto obedezca una denominación específica, que corresponda al momento procedimental de que se trate". (9)

Adviertase que, no se justifica otorgarle un sólo nombre durante todo el procedimiento, porque su situación jurídica es variable; por lo tanto, me parece correcto llamarle indiciado durante la averiguación previa, porque tal nombre deriva de "indicio", "dedo que indica" y como existen "indicios" para considerar que pudo haber cometido el delito por eso es objeto de tal averiguación.

Concluido ese período, si se ejercita la acción penal, dictado el auto de radicación, adquiere el nombre de procesado.

(9) Colín Sánchez. Op. Cit. Pág. 123

Posteriormente, cuando el Agente del Ministerio Público presenta ante el juez conclusiones acusatorias, recibirá - el nombre de acusado hasta que se dicte sentencia; cuando ésta se pronuncia, adquiere el carácter de sentenciado; y, finalmente, cuando la resolución judicial mencionada causa estado - se llamará reo.

"En el Proceso, el sujeto activo del delito, tiene - un conjunto de derechos y deberes previstos por las leyes.

"Entre los primeros en importancia está la defensa del que posteriormente habré de ocuparme.

"Sus deberes son: comparecer a las diligencias, y comportarse correctamente durante su desarrollo, porque en caso contrario, si "faltase o injuriase a alguno de los que intervienen en la audiencia o cualquiera otra persona, se le mandará sacar del lugar de donde aquélla se celebre, continuándola sin él, pudiendo imponérsele, por el que la presida y por vía de corrección disciplinaria, hasta diez días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal (artículo 63, Código - de Procedimientos Penales para el Distrito Federal); reparar el daño causado, pagar el importe de la sanción pecuniaria; - no ejercer: derechos políticos, tutela, curatela, apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebra, árbitro, arbitrador o repre

sentante de ausentes; y cumplir las obligaciones que se le señalen para obtener su libertad bajo caución; si las contraviere, se le revocará; y, deberá acudir a todos los llamados del subórgano judicial". (10)

(10) *Ibidem*, pág. 228 y 230.

D) DEFENSOR

En todo régimen, en donde priven garantías, ejecutada una conducta o hecho, legalmente tipificada como delito, nace la pretensión punitiva estatal, y simultáneamente, el derecho de defensa.

Pretensión punitiva estatal y derecho de defensa encomendada a sujetos distintos, procuran, el primero, satisfacer el interés social en que se sancione, al responsable y nunca a un inocente, la segunda, la conservación individual.

La ideología predominante, en los órdenes doctrinario y legal, procuran siempre "la integridad social", frente a la individual, porque es de mayor jerarquía en la tabla axiológica.

Esto no debe entenderse en forma radical, porque se -- llegaría al desconocimiento absoluto de individuo como sujeto de derecho, y los individuos, son los elementos integrantes - de una sociedad, misma que, no podría existir sin el concurso de éstos.

Ante un conflicto semejante, el legislador es quien lo equilibra, imprimiéndole el contenido necesario, entre otros, el referente al derecho de defensa.

El derecho de defensa, está íntimamente asociado al -- concepto de libertad, en virtud de que sustrae al individuo - de lo que es arbitrario o de lo que tienda a destruir los derechos que le otorga lo dispuesto en las leyes.

Importa destacar, que: a medida que el concepto de li bertad fue ampliándose, en la misma proporción lo ha sido el derecho de defensa.

En su connotación más amplia, la defensa es considerada como derecho natural e indispensable para la conservación de la persona, de sus bienes, de su honor y de su vida.

La defensa, ha sido objeto de una reglamentación especial en los diversos campos de los que se pueden dar.

En el procedimiento penal, es un derecho indispensable, por medio del cual, no únicamente se cumplen parte de las - - "formalidades esenciales del proceso", sino los fines específicos de éste.

Carrara, subraya: "La sociedad tiene un interés direc to en la defensa del acusado, porque necesita, no una pena -- que caiga sobre una cabeza cualquiera, sino el castigo del -- verdadero culpable y de este modo la defensa no es sólo de or den público secundario; sino de orden público".

"El derecho de defensa en el que le otorga el legislador en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al probable autor del delito, para ofrecer por sí, al Estado, acudiendo a los medios instituidos en la Ley, los elementos idóneos para obtener la verdad de su conducta y la que se le imputa, procurando evitar todo acto arbitrario de los demás intervinientes en el procedimiento, reafirmando así su individualidad y las garantías instituidas para un proceso penal justo.

También es el que le impone el Estado al probable autor del delito, para que aunque no lo desee se designe un experto en derecho, para que lo represente durante el desarrollo de los actos procedimentales, y cuide que se alleguen ante el agente del Ministerio Público o ante el Juez los elementos idóneos para obtener la verdad de la conducta que se le atribuye". (11)

Como se advierte, son dos situaciones que se dan durante el procedimiento y en donde el sujeto de imputación puede designar a su defensor, y cuando no lo hace, lo designa el Estado imponiéndole una representación.

(11) Oronoz Santana, Carlos. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Limusa, México, 1988, pág. 143.

Indudablemente, el derecho de defensa, requiere de los sujetos señalados y en la forma en que ha sido implementado por el legislador es demostración inconfundible de la civilización, y consecuencia de la lucha milenaria de los seres humanos por la autoafirmación de sí mismos empero, es un derecho del probable autor del delito, es un derecho a defenderse, y no un derecho del Estado o del defensor, porque en última instancia podrá defenderse por sí, o designar a una persona, quizá sin noción alguna en materia jurídica y por lo mismo sólo estará al margen del ejercicio del derecho de defensa.

"En el Derecho Griego, aunque en forma incipiente, hubo noción de la defensa; se permitió al acusado, durante el juicio, defenderse por sí mismo o por un tercero.

"En el Derecho Romano, se le dió gran importancia; en un principio, se fundó la institución del "patronato".

"El patrono, ejercía algunos actos de defensa en favor de los procesados, y más tarde, según relata Rodolfo García - Valdés, se constriñó a pronunciar un discurso en favor del -- criminal.

"La posición del defensor en el proceso penal, ha sido objeto de constantes especulaciones; se le ha considerado un representante del procesado, un auxiliar de la justicia y co-

mo un "organo" imparcial de ésta.

Desde el punto de vista de la representación, no es posible ubicarlo radicalmente dentro de la institución del mandato civil, porque aunque ejerce sus funciones por disposición de la ley y por la voluntad del "mandante" (procesado), no reúne estrictamente los elementos característicos del mandato, encuadra, tanto en el contrato de prestación de servicios como en el contrato de mandato. La designación de defensor y los actos que lo caracterizan, se ciñen estrictamente a los actos procesales que, en todos sus aspectos, están regulados por la ley y no en todo por el arbitrio de las "partes". (12)

Los actos de defensa, los realizan: el procesado, "la persona o personas de su confianza", "ambos" y el "defensor de oficio".

Esta diversidad de sujetos a cuyo cargo están los actos de defensa explica la obligatoriedad de la misma en el proceso, como garantía de seguridad jurídica.

El procesado, de acuerdo con lo instituido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puede por

(12) García Valdés, Rodolfo. Derecho Procesal Penal. Editorial Reus, Buenos Aires, Argentina, 1971. pág. 203.

sí mismo llevar a cabo los actos de defensa, pero si éstos -- deben estar a cargo de técnicos en la materia, lo antes, expresado desvirtúa la naturaleza específica de la misma. Por otra parte, aun cuando el procesado fuera un profesional del derecho, su situación jurídica imposibilita se realicen de manera plena los actos de una defensa integral, especialmente - si está detenido.

De la práctica se advierte que el procesado, a través de sus intervenciones está realizando actos de defensa, pero aun así lo usual es que con independencia de lo anterior, los aspectos técnicos se encomienden al o los defensores particulares, y en su caso, al o los de oficio; precisamente por esto, y en atención a lo establecido en las leyes de la materia, el procesado está facultado para designar a la persona - o personas de su confianza, para que se encarguen de los actos de defensa y cuando el nombramiento recaiga en personas - que no sean abogados, para evitar perjuicios al defenso habré un técnico que se encargue de esos aspectos.

Es importante precisar, en qué momento puede hacerse - la designación del defensor.

De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 20, fracción IX, y en el artículo 290, párrafo primero, del Código de

Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se designará al defensor en la diligencia en que se vaya a tomar la declaración preparatoria.

En relación con esto, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se ordena en el artículo -- 294: Terminada la declaración u obtenida la manifestación -- del indiciado de que no desea declarar, el juez nombrará al -- procesado un defensor de oficio, cuando proceda, de acuerdo -- con la fracción tercera, del artículo 269.

Lo indicado, en este precepto, entendido en sentido -- contrario, falta al espíritu del Constituyente de 1917, por -- que, para no colocar al sujeto en estado de indefensión, el -- nombramiento de defensor debe hacerse antes de que rinda su -- declaración, y no después.

De lo hasta aquí anotado, se advierte un criterio es-- trictamente ajustado a la letra y espíritu de la fracción IX, del artículo 20, de la Constitución Política de los Estados - Unidos Mexicanos, vigente; no obstante, la ortodoxia que en - ese orden se observó durante mucho tiempo, en reciente adición al Código Federal de Procedimientos Penales, en la fracción - tercera del artículo 128, a la letra dice:

"III. Se le harán saber los derechos que le otorga la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la averiguación previa de los siguientes:

a) No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor;

b) Tener una defensa adecuada por sí, por abogados o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere - designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;

c) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación;

d) Que se le faciliten todos los datos que solicite - para su defensa y que consten en la averiguación, para lo - - cual se permitirá a él y a su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el expediente de la averiguación previa;

e) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomarán en cuenta para dictar la resolución - que corresponda concediéndosele el tiempo necesario para ello siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren - en el lugar donde aquélla se lleva a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas, y ...

De la información al inculpado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en las actuaciones;... (13)

En relación a las funciones de los defensores de oficio durante la averiguación previa, nada se indica en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; empero, la -- Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal, las señala, y son las siguientes: "estar presente en el momento en que su defendido rinda su declaración ante la -- autoridad correspondiente, entrevistarse con el indiciado o infractor para conocer de viva voz la versión personal de los -- hechos y los argumentos que pueda ofrecer a su favor, para -- hacerlos valer ante la autoridad del conocimiento; asesorar y auxiliar a su defensor en cualquier otra diligencia que sea requerido por la autoridad correspondiente, señalar en actuaciones los lineamientos legales adecuados y conducentes para ex--culpar, justificar o atenuar la conducta de su representado; - solicitar al Ministerio Público del conocimiento, el no ejercicio de la acción penal para su defenso, cuando existan datos - suficientes para su consignación, vigilar que se respeten las garantías individuales de su representación; establecer el nexo necesario como el Defensor de Oficio adscrito al Juzgado, - cuando su defenso haya sido consignado, a efecto de que exista uniformidad en el criterio de defensa; y las demás que coadyu-

(13) Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. pág. 246.

ven realizar una defensa conforme a derecho que propicie la -
impartición de justicia pronta y expedita". (artículo 18).

Aunque, en el precepto transcrito se omitió lo referente
te a la libertad bajo caución, es obvio que es deber del de--
fensor de oficio solicitarla cuando ésta proceda, así como --
también, promover diligencias y aportar pruebas conducentes a
los intereses que representa.

E) OFENDIDO

En la ejecución de los delitos, generalmente, concurren dos sujetos: uno activo, que lleva a cabo la conducta o hecho, y otro pasivo, sobre el cual recae la acción.

Por excepción, no es así; en algunos casos la conducta o hecho ilícito no afecta directamente a una persona física, sino a un orden jurídicamente tutelado para el desenvolvimiento pacífico de los integrantes de una sociedad.

Sólo el ser humano está colocado dentro de la situación primeramente señalada; la familia, el Estado y las personas morales pueden ser sujetos pasivos, pero no podrían jamás ser procesados.

La ejecución de conductas o hechos considerados como delitos producen daños que afectan directamente a las personas físicas en lo moral, en su patrimonio, en su integridad corporal, en su honor, etc. En forma indirecta, los integrantes de una sociedad también se ven afectados por que toda violación a la ley penal produce como consecuencia una sanción represiva y además, daños que deben ser resarcidos.

Ambas consecuencias, son de interés para todos, aun el resarcimiento del daño, que beneficia directamente al ofendido

o a la víctima, porque éstos también son elementos integrantes de aquélla.

a) El ofendido. Según los penalistas, el ofendido es la sociedad que sufre la conmoción que la altera con la conducta ilícita del delincuente o presunto delincuente.

El ofendido, es la persona física que resiente, directamente, la lesión jurídica, en aquellos aspectos tutelados -- por el Derecho Penal.

b) La víctima. Es este un calificativo que es de dos tipos.

a') Directa, la persona física o moral que resiente - el detrimento jurídico, en aquellos aspectos tutelados en el de recho penal, y

b') Indirecta, aquella que por razones consanguíneas, sentimentales o de dependencia económica, y la víctima directa es afectada por el hecho ilícito.

En muchos países, en donde priva el sistema acusatorio, la situación del ofendido es diferente, a la que tiene en el nuestro.

Manzini y Romano Di Falco, sostienen: el ofendido, no

es sujeto, ni principal, ni secundario, del proceso; en cambio, De Marsico y el profesor mexicano, Carlos Franco Sodi, afirman: sí es un sujeto procesal. (14)

Para quienes califican el proceso penal, como un "proceso de partes", el ofendido, únicamente, es titular de derechos civiles, porque, en el proceso debe imperar una absoluta igualdad para todos los que intervienen en él...

En el Derecho Mexicano, como ya lo advertí, en renglones anteriores, no existe igualdad para los intervinientes, en la relación jurídica procesal; "en el representante del Ministerio Público" se concentra toda la actividad, iniciativas, -- etc., de la función acusatoria, y de ella, está eliminado totalmente el ofendido, situación que contrasta con el cúmulo de garantías implementadas para quien o quienes cometen delitos. Esto, conduce a considerar que: está más protegido el que delin que que aquéllos que resienten la acción dañina.

Si mucho empeño se tuvo en instituir el Ministerio Público: ¿Cuál fue la razón para excluir al ofendido como un su jeto principal de la relación jurídica procesal?

¿Por qué, ante hechos evidentes, con indiferencia o de trimeto jurídico, inercia o desvío de poder, no se faculta al ofendido para que, verbigracia: Cuando el agente del Ministe-

(14) Autores Citados por Colin Sanchez, Guillermo. Pág. 258.

rio Público, no se inconforme con una resolución judicial pueda hacerlo él? (15)

En el procedimiento penal, tiene derechos que deducir, esto así es: en la averiguación previa: facilita actos encaminados a la integración del cuerpo del delito y la probable responsabilidad; permite, dado el caso, la inspección en su cuerpo; emite declaraciones; proporciona informes, aporta documentos, etc.

En la sustanciación del proceso, no le es permisible - participar en las diligencias; aportar, por sí mismo, pruebas promover actos procesales; interponer recursos; etc., porque, *etc* se dice: esa función le corresponde al agente del Ministerio - Público, quien actúa en su representación.

(15) Ibidem. pag. 259.

F) TERCERO CIVIL RESPONSABLE.

En el artículo 34, ahora reformado, del Código Penal para el Distrito Federal, se dice que: "La reparación del daño - proveniente del delito que deba ser hecha por el delincuente - tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por - el Ministerio Público...".

En cuanto a la terminología empleada, por el citado Ordenamiento, es oportuno señalar, a quienes se puede exigir esa reparación; para esto , atendamos al propio Código Penal, en cuyo artículo 32, se indica: "Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29:

I. Los ascendientes, por los delitos de sus descen---dientes que se hallaren bajo su patria potestad;

II. Los tutores y los custodios, por los delitos de - los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

III. Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos;

IV. Los dueños, empresas o encargados de negociacio--

nes o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, -- domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su ser vicio;

V. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en -- que, conforme a las leyes, serán responsables por las demás -- obligaciones que los segundos contraigan.

Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios -- por la reparación del daño que cause, y

El Estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones y subsidiariamente cuando aquellos fueren culpables".

En el ámbito Doctrinario, ha dejado de plantearse el -- problema, un tanto intrincado, para precisar, si los terceros, son realmente los obligados a reparar el daño; o si es, únicamente, el autor del mismo a quien deba exigírsele.

He referido, en otras ocasiones, la situación , de des-- ventaja del ofendido en el sistema procedimental mexicano, en

relación con la del probable autor del delito. Si el problema planteado se resolviera concluyendo que la reparación del daño recayera únicamente en el directamente responsable, esto sería un medio ideal para no lograrlo nunca, ya que aquél, fácilmente podría valerse de innumerables subterfugios, tan vulgares - en nuestro medio, para colocarse en la insolvencia. Demasiado problema es, para quien directa o indirectamente resintió el - daño, soportar el lacerante : via crisis de acudir a la engorrosa e interminable tramitación por la vía civil, para todavía - restarle la oportunidad que, por lo menos, en el orden apuntado , se establece en las leyes vigentes. (16)

(16) Becerra Bautista, José, Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. Tomo P-Z, México, 1994, 9a. Ed. - -- Pág. 3073.

CAPITULO II

PARTES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

A) GENERALIDADES.

Elemento de fundamental importancia en el proceso es el de los sujetos procesales. "Son sujetos procesales --apunta -- Barrios de Angelis quienes lo hacen y aquellos para quienes -- se hace."

Sólo algunos de estos sujetos son indispensables, en -- tanto que otros son accesorios u ocasionales. Entre los indis-- pensables encontramos al sujeto del juicio (juzgador, princi-- palmente) y a los sujetos de la acción (demandante y demanda-- do).

En un sentido material, las partes en la relación civil resarcitoria serían: el que tiene derecho al resarcimiento -- del daño y el obligado a cubrirla.

En el sentido formal o parte de la acción procesal en -- el proceso resarcitorio, es aquel que frente al juez afirma y reclama (para sí o para otro) que tiene derecho a que le repa-- re un daño que dice en su contra, o contra su representado se cometió (sujeto activo del proceso), así como aquel atraído al proceso, al afirmarse de él que es el deudor (sujeto pasivo --

del proceso).

En este sentido, Alcalá-Zamora, consideró a las partes como los sujetos que reclaman una decisión judicial respecto a la pretensión que en el proceso de debate.

Mientras que en los estudios del derecho procesal penal se discute si posee o no partes y, en su caso, si posee una o dos partes, este problema no parece ser controvertido en el -- proceso civil resarcitorio, donde se afirma la dualidad de partes.

Mario Oderigo, en un capítulo que denomina "Funciones y funcionarios procesales", menciona a varios sujetos, algunos - de los cuales interesan a nuestro estudio. De ahí que con mínimos ajustes, pasemos a recordarlos según la exposición del - propio Oderigo. (1)

En esencia, podríamos decir que las partes necesarias - en un proceso penal en México son el procesado, el ministerio público y el Juez, quienes fueron analizados oportunamente en el capítulo anterior, asimismo como parte contingente podemos ubicar al tercero civil responsable o tercero perjudicado.

(1) Silva Silva, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Ed. Harla. México 1990, 3a. ed. pág. 103.

B) DUALIDAD DE PERSONALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público, apuntó Fix Zamudio, se conoce -- con otros nombres; llámasele también procurador de justicia -- (que en México se reserva sólo al jefe máximo del Ministerio - Público), fiscal, promotor fiscal, ministerio fiscal, attorney general (en países anglosajones), prokuratura (en países socialistas). (2)

El mismo autor ha definido al Ministerio Público como - "la institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales las de perseución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados, y finalmente, como consultor y asesor de los jueces y tribunales.(3)

Aunque según algunos autores los antecedentes del Ministerio Público se encuentran en la remota antigüedad y en la colonia, básicamente su desarrollo hacia su actual figura en México insumió 30 años, los cuales prepararon el terreno para su actual concepción.

-
- (2) Fix, Zamudio, Héctor. El Juicio de Amparo. Ed. Porrúa, -
1964. pág. 76.
(3) Ibidem. pág. 73.

Entre la Ley de Jurados de 1869 y la Ley Orgánica de -- 1903, aparecieron diversas leyes que fueron amoldando y estruc turando la institución mexicana. Así, de tres procuradores -- fiscales sin unidad se pasó a adoptar los lineamientos del Ministerio Público francés (recuérdese la influencia francesa en la época del presidente Díaz), al principio bajo la égida del juez, para llegar a su independencia en 1903, que llegó a la - Constitución de 1917.

A raíz de esto, de acusador inclusivo, pasó a exclusivo, y las atribuciones del Ministerio Público crecieron, por un la do debido a la supresión de la Secretaría de Justicia y por -- otro, debido a la alta jerarquía e influencia que se le ha lle gado a dispensar al Procurador, al que se le compara con un mi nistro de la Suprema Corte de Justicia, pero cuyo poder de he- cho va más allá, a grado tal que las leyes penales y procesa-- les penales vigentes han salido precisamente de éste órgano. No resulta extraño, entonces, que el Ministerio Público mexicano también sea un instructor o preventor, un investigador, un aplicador de medidas cautelares y, en algunas ocasiones, hasta órgano de opinión o consulta del propio juez, como veremos más adelante.

Entre las funciones que tiene el Ministerio Público me- xicano, según García Ramírez, encontramos que es persecutor de los delitos, en la averiguación previa y en el proceso; conse- jero jurídico del gobierno, representante jurídico de la fede-

ración, vigilante de la legalidad, denunciante de irregularidades de los juzgadores, poseedor de voz (aunque no de voto) en la elección de funcionarios judiciales, y denunciante de leyes y de jurisprudencia contrarias a la Constitución. Es el sujeto que controla la manifestación de bienes de los funcionarios, interviene en asuntos civiles y familiares, en la nacionalización de bienes, extradición, etcétera. (4)

Como se advierte, sus funciones escapan a lo puramente procesal penal y, por ende, la mayoría de esas funciones quedan fuera del estudio de nuestra disciplina. De esto deviene que enunciemos las funciones procesales penales y aquéllas conectadas con lo procesal penal que se le asignan al Ministerio Público en México.

- a) función instructora, o preventiva,
- b) función de auxilio a víctimas,
- c) función aplicadora de medidas cautelares,
- d) función requirente o accionante,
- e) función cuasijurisdiccional,
- f) función dictaminadora, de opinión o consultoría,
- g) función de vigilancia o fiscalizadora, y
- h) función de elegir al tribunal competente.

(4) García Ramírez, Sergio. Op. Cit. pág. 119.

Tradicionalmente, la función instructora de un proceso la posee el tribunal. Así, por ejemplo, al juez civil se le presentan las pruebas, e incluso él puede hacerse de las mismas. No obstante, en el procedimiento penal mexicano, la función instructora no corresponde en exclusividad al tribunal, sino también al Ministerio Público.

En este sentido, según nuestras leyes secundarias el Ministerio Público tiene bajo sí a la Policía Judicial y realiza su función.

Antes de que el tribunal tome conocimiento del hecho con apariencia de delictuosidad, lo investiga, desempeñando un papel de policía o detective y realizando a la vez una instrucción administrativa. Así, el Ministerio Público se allega de sus propias pruebas (testimoniales, confesionales, documentales, etc.), que luego suministra al tribunal.

En la llamada averiguación previa al proceso, la función preventora la ejerce el Ministerio Público. Las leyes dotan a esta institución inclusive de imperium, es decir, de autoridad o poder de mando (art. 44 CFPP), hasta para hacer comparecer a los órganos probatorios y asimismo sancionarlos.

En suma, en la función instructora, que es de autoinstrucción por el Ministerio Público, éste reúne el material probatorio por sí mismo, mediante la Policía Judicial, o a través

de interesados que le allegan el material, documentándose así las fuentes de prueba para futura memoria.

Cabe advertir que esta función no le dura al Ministerio Público todo el proceso, sino sólo hasta que el tribunal se -- aboca al conocimiento del asunto. Los Departamentos de Averiguaciones Previas, a través de los agentes del Ministerio Público investigador, realizan esta función, que es previa al -- proceso penal.

Enfocado ya el estudio del Ministerio Público como sujeto del proceso, o más concretamente como parte activa de la relación procesal, se suscitan dudas al plantear la naturaleza - jurídica. De aquí que previamente a precisar la naturaleza jurídica del Ministerio Público, se impone definir si éste tiene o no la calidad de parte en el proceso penal y de dónde surge su legitimación.

En cuanto a si es o no parte en el proceso, las ideas - se diversifican en la doctrina, pero pueden reducirse a tres - posiciones:

- a) Tesis negativa. El Ministerio Público no es parte, ni formal, ni material, ideas sostenidas por quienes afirman que el proceso penal es proceso de parte úni ca.

- b) Tesis positiva. El Ministerio Público si es parte. Aunque la casi totalidad de este grupo lo considera parte formal, ha habido quien con argumentos poco -- convincentes, llegó a afirmar que es parte en sentido material.
- c) Tesis mixta. Sostiene que en cierta fase del proceso el Ministerio Público no es parte, pero en otra - fase sí tiene la calidad. (5)

Son básicamente los que sostienen que el proceso penal es de parte única quienes le niegan la calidad de parte al Ministerio Público. Stoppato, por ejemplo, explica que en el Ministerio Público no existe interés propio, personal, extraño a la justicia, egoísta y contradictorio, sino que representa el interés del derecho, la seguridad social y la justicia. Si -- acaso se pensare que este interés es el de parte, entonces también el juez sería parte. Otto Mayer afirma que no es parte - porque es un órgano del Estado, y éste no puede ser considerado parte. Y Jiménez Asenjo también le niega la calidad de parte, porque -dice- el Ministerio puede ser obligado hasta a defender a un sujeto injustamente acusado. (6)

(5) Silva Silva. Op. Cit. pág. 161.

(6) Autores citados por Silva Silva, pág. 161 y 162.

En fin, los problemas que aquejan a los negadores de la idea de que el Ministerio Público es parte, en algunos surge de la idea de confundir a la parte material con la formal. Al exponer su crítica al respecto, Guarneri apunta que "la opinión que niega al Ministerio Público la calidad de parte, no consigue explicar luego las razones que impulsaron al legislador a constituir con él un oficio autónomo y separado del juez. Verdaderamente, si el Ministerio Público no fuera más que una duplicación del juez, tanto valdría concentrar en este último todas las funciones que comparten actualmente los dos órganos". (7)

En posición diametralmente opuesta encontramos las tesis que afirman la calidad de parte formal en el Ministerio Público. No obstante, puestos ya en el sendero de esta idea, -- las tesis o ideas se diversifican.

Así, por ejemplo, aunque se afirma la calidad de parte, la casi totalidad sostiene que es parte pero sin ser autoridad (parte carente de imperium), aunque Juventino Castro sostiene que siendo parte, conserva su autoridad (por eso puede ser demandado en amparo). "Su carácter de autoridad --dice-- no le -- abandona jamás en ningún momento del proceso".

(7) Guarneri, José. Las partes en el Proceso Penal. Puebla, Pue. México 1972, Ed. Cajica. Pág. 159

Igualmente, afirmando la calidad de parte, hay quienes sostienen que es parte imparcial o parte parcial.

Es parte imparcial, a la que también suele llamársele - de buena fe, porque existen casos -explica García Ramírez- en que el Ministerio Público puede pedir la libertad del detenido (cuando existe alguna excluyente) o inclusive desistirse. Esta idea, que sostiene en México García Ramírez, también es - - afirmada en Italia por Manzini.

Como parte parcial, es catalogado el Ministerio Público por la generalidad de la doctrina. En este sentido se pronuncian Carnelutti, James Goldsmidt y Guarneri, quien en un verdadero tratado sobre las partes en el proceso penal llegó a la conclusión de que la parcialidad, "lejos de ser un defecto, es su característica saliente, su más íntima esencia". (8)

Todavía en la vertiente de que, el Ministerio Público - es parte parcial, las ideas aún se subdividen a grado tal que llegados a la práctica, hay casos a extremos patológicos, donde procuradores (de algunas de nuestras entidades federativas) han dado orden a agentes subalternos de que apelen contra todo aquello que no les sea favorable.

(8) Autores Citados por Silva Silva. Op. Cit. pág. 163.

La idea de parte imparcial resulta en sí misma una contradicción. Ya hemos dicho que parte es una porción del todo; por tanto, o se es parte o no se es.

En la tesis mixta encontramos a Alcalá-Zamora, quien comienza por recordar la estructura del proceso actual: instrucción y juicio; es decir, proceso preliminar y proceso principal. En el proceso preliminar, el Ministerio Público no es parte, en tanto que en el principal o juicio sí tiene la calidad de parte.

En fin, aceptando la idea de que el Ministerio sí es parte procesal, sólo resta recordar con Briseño Sierra, que el Ministerio Público no es el titular de la pretensión punitiva "en cuanto no puede castigar fuera del proceso, ni el Estado se encuentra representado sólo por el Ministerio; ni el ejecutivo es el titular de tal pretensión sino aplicador de la pena. Aquí, la legitimación es totalmente por ley, sin importar la víctima ni su aptitud o capacidad. El llamado por la ley para pretender procesalmente es un sujeto independiente de la relación sustantiva constituida por el delito".

Igualmente, Alcalá-Zamora apunta que "la legitimación del Ministerio Público, no proviene de su interés directo en un litigio... sino de mandato de la ley". Esto significa que el Ministerio Público no requiere estar legitimado en la causa,

y que su legitimación en el proceso deriva exclusivamente del dictado de la ley misma. (9)

Al llegar al estudio de la naturaleza jurídica, las - - ideas se encuentran tan escindidas que la etiqueta que se le - coloque al Ministerio Público resulta casi tan diferente como el estudio mismo.

Así, hay quienes lo encasillan como órgano jurisdicente, como órgano administrativo, como mero órgano de la acción oficial, etcétera.

No obstante, con todo lo examinado hasta aquí, al recordar la multiplicidad de funciones no sólo fuera de lo penal, - sino aún dentro, y vista la diversidad de concepciones incluso dentro del propio proceso, llegamos, con Alcalá-Zamora, a afirmar que: "La falla común a las distintas opiniones que acabamos de recoger, consiste en querer definir mediante un sólo -- marbete una institución de cometidos múltiples, administrati-- vos unos, procesales otros. Si en la figura mucho más homogénea del juzgador, no toda su actividad es jurisdiccional, con mayor motivo habrá de destacar la posibilidad de una caracterización única o unitaria respecto al Ministerio Público. El camino a seguir será, por tanto, el de etiquetar por separado -- sus diversas funciones, y dentro de las ligadas al enjuicia- -

(9) Ibidem. pág. 163.

miento deslindar aquellas en que como titular de la acción, de se empeña el papel de parte en sentido formal ó, si se prefiere la fórmula de Carnelutti, de sujeto del proceso, pero no del litigio, respecto de aquellas en que se encarga de otros menes teres (tareas instructoras o dictaminadoras, por ejemplo)".(10)

De acuerdo con las leyes secundarias, el Ministerio Público deberá determinar si se promueve o no la acción procesal. Entendemos entonces que si el Ministerio Público está autorizado para resolver si promueve o no la acción tendrá, por lo tanto, cierta facultad resolutoria. La resolución al final de la averiguación previa (de promover o no la acción) será entonces una finalidad. Pero el problema más importante aquí es saber si el Ministerio Público puede libremente resolver si existió o no el delito, y si una específica persona es o no responsable. ¿Puede el Ministerio Público declarar la no existencia de delito y responsabilidad?, ¿no es acaso esto un acto de juzgamiento?

La verdad es que la homologación no riñe con ciertas disposiciones de la ley positiva. Así, por ejemplo, en el artículo 6 del código distrital se dispone que "el Ministerio Público pedirá al juez...la libertad del procesado, sea porque el delito no haya existido, sea porque existiendo, no sea imputa-

(10) Alcalá y Zamora, Op. Cit. pág. 134.

ble al procesado, o porque exista en favor de éste alguna de - las circunstancias excluyentes de responsabilidad... o en los casos de amnistía, prescripción y perdón o consentimiento del ofendido".

Por otra parte, desde el punto de vista de la noción de acción, lo cierto es que ahí no existe, ni puede existir acción penal, dada la ausencia de litigio o contienda, que en el mejor de los casos implicaría una solicitud de reconocimiento a la posible renuncia de algún derecho, o a la licitud de una autocomposición o autodefensa.

El artículo primero del CFPP dispone que le corresponde exclusivamente a los tribunales declarar cuándo un hecho no es delictuoso.

El Código de Justicia Militar no puede resultar más claro cuando preve que "la facultad de declarar que un hecho es o no delito del fuero de guerra, corresponde exclusivamente a -- los tribunales militares" (art. 435).

Igualmente, el Código de Procedimientos Penales de 1880 y luego el de 1894, establecieron que únicamente los tribunales de justicia podrían determinar la inocencia o la culpabilidad.

C) LAS CONCLUSIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.

Gramaticalmente, la palabra conclusión, procede del verbo concluir; o sea, llegar a determinado resultado o solución; por eso, desde el punto de vista jurídico: las conclusiones, - son actos procedimentales realizados por el agente del Ministerio Público, y después, por el defensor, con el objeto, en - - unos casos, de fijar las bases sobre las que versará la audiencia final, y en otros, para que el agente del Ministerio Público fundamente su pedimento y se sobresea el proceso.

Las Conclusiones, son actos procedimentales, porque entrañan actividad del agente del Ministerio Público y del defensor, en momentos distintos, aunque sucesivos y dependientes; - por lo tanto, no debe hablarse en singular, diciendo que es un acto, como aseguran algunos autores. Si afirmé que se realizan por las "partes", los indicados para formularlas son, el - agente del Ministerio Público y el procesado por sí o por conducto de su defensor.

Aunque en el auto de formal prisión, se fijaron los hechos por los cuales se ha seguido el proceso, el nomen iuris - utilizado para catalogarlos, no deja de ser provisional, ya -- que al ser investigados, a través de la instrucción, pueden resultar afectados, no en cuanto a su esencia, pero si en cuanto a sus circunstancias y accidentes; por tal motivo, antes de ce

lebrarse el juicio, es conveniente precisarlos en las conclusiones, y relacionándolos con el proceso, establecer el nexo causal entre la conducta y el resultado, para que, según el caso, sean el tema sobre el cual versen, la audiencia final de primera instancia y la sentencia; o por el contrario, den lugar al sobreseimiento de la causa y a la libertad del procesado; en tal virtud, si existe acusación, la notificación de lo concluido por el agente del Ministerio Público al defensor, entraña una garantía dentro del procedimiento penal.

Conforme a lo dispuesto en la legislación mexicana, las conclusiones se formularán una vez cerrada la instrucción. Para estos fines, habrá que atender al tipo de procedimiento: Sumario u Ordinario.

En el Código de Procedimientos Penal para el Distrito Federal, tratándose del procedimiento sumario, en la resolución judicial sobre la admisión de pruebas se señala la fecha de la audiencia.

En el procedimiento Ordinario no es así; el juez, cerra da la instrucción: "...mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la Defensa, durante cinco días por cada uno, para la formulación de conclusiones. Si el expediente excediera de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día al plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles" (art. 315).

En el Código Federal de Procedimientos Penales, con mejor orden y técnica, se indica: "Cerrada la instrucción se -- mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público, por diez días para que formule conclusiones por escrito. Si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día al plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles" (art. 291); y, en -- cuanto al procesado o al defensor, se ordena: "Las conclusiones acusatorias, ya sean formuladas por el Agente o por el Procurador, en su caso, se harán conocer al acusado y a su defensor, dándoles vista de todo el proceso, a fin de que, en un -- término igual al que para el Ministerio Público señala el artículo 291, contesten el escrito de acusación y formulen, a su vez, las conclusiones que crean procedentes. Cuando los acusados fueren varios el término será común para todos" (art. 296).

Lo ordenado en el Código primeramente mencionado, origina la práctica viciosa de dar vista de la causa, al mismo tiempo, al agente del Ministerio Público y al procesado y al defensor, a efecto de que formulen conclusiones.

La acción penal, se ejercita cuando el agente del Ministerio Público formula conclusiones, afirman algunos autores; -- sin embargo, de acuerdo con mi punto de vista, será así, hasta el momento de la consignación de los hechos ante el juez. Los actos del agente del Ministerio Público, a partir de ese instante, son de carácter persecutorio, hasta en tanto se declara

cerrada la instrucción, la que, entre otros efectos, los transforma en acusatorios, siempre y cuando formule conclusiones -- con ese carácter. Por ello, tampoco comparto el criterio de quienes aseguran que la acción penal se transforma, porque, lo mutable, debido a exigencias procedimentales, son los actos -- del agente del Ministerio Público y no la acción penal; de esta manera, son investigatorios en la averiguación previa, persecutorios a partir de la consignación, y acusatorios al formular conclusiones en ese sentido.

Las conclusiones del agente del Ministerio Público, se sujetarán a lo dispuesto en la legislación, a cierta forma y -- contenido, el cual puede variar en algunos aspectos, según -- sean acusatorias o inacusatorias (arts. 317, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y 291, 292 y 293, del Código Federal de Procedimientos Penales).

Desde el punto de vista formal, están sujetas a estos -- requisitos: serán presentadas en forma escrita, se señalará en el pliego que las contenga el proceso a que se refieren, el -- juez a quien se dirigen, el nombre del acusado, una exposición de los hechos, los preceptos legales aplicables, los puntos -- concretos a que se llegue, y, la fecha y firma del agente del Ministerio Público.

En cuanto al contenido, satisfarán las siguientes exigencias: una exposición suscita y metódica de los hechos, un

estudio jurídico y doctrinal de los medios de prueba, que obren en el expediente, relacionándolos con los acontecimientos y -- con la personalidad del acusado; las proporciones, sobre las - cuestiones de derecho, que surjan de los hechos, con su fundamentación jurídica y doctrinal; y el pedimento, en concreto.

Las conclusiones deben referirse a los hechos, sistemática y cronológicamente, demostrando su encuadramiento técnico dentro del tipo penal; asimismo, deben estar relacionadas con las pruebas aportadas durante todo el procedimiento; contendrán también el análisis de las circunstancias en que se llevaron a cabo los hechos, fijando el daño producido, el móvil del delito, la participación del sujeto, las calificativas o modificativas de la conducta y los medios empleados para ejecutarla; también en las mismas, figurará el resultado del estudio -- sobre la personalidad del delincuente, para así, de acuerdo -- con todo lo anterior, se solicite la imposición de una pena -- adecuada o una medida de seguridad.

La presentación de conclusiones del agente del Ministerio Público (acusatorias o inacusatorias) producen consecuencias jurídicas inmediatas.

Si son acusatorias, sus efectos será: dar vista con - ellas y con el expediente del proceso al Procurador General de Justicia, para que estudiado el asunto, dicho funcionario las modifique, confirme o las revoque.

El mismo efecto se produce en el orden federal. (arts. 320, y 294 y 295 de los Códigos de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal y Federal, correspondientes).

El Procurador, para determinar si confirma o modifica - las conclusiones oirá el parecer de los "funcionarios que de-- ban emitirlo" y como en los Códigos de la materia no está pre-- cisada alguna forma especial, debe entenderse que el parecer - de aquellos puede ser expresado verbalmente o por escrito, aun - que lo más aceptable para el caso sería que atendiendo a las - formalidades esenciales del procedimiento penal mexicano, se - manifiesten por escrito.

CAPITULO III

LA REPARACION DEL DAÑO

A) INCIDENTE DE REPARACION DEL DAÑO.

Procesalmente, los incidentes son procedimientos que --
tienden a resolver controversias de carácter objetivo relacionada
das inmediata y directamente en el asunto principal.

Algunas veces las partes o los órganos jurisdiccionales
se apartan de las normas procesales aplicables al juicio que -
se ventila surge entonces la posibilidad de que se planteen --
cuestiones adjetivas, cuya resolución servirá para llevar el -
proceso a su fin normal, los incidentes son posibles aún en --
ejecución de sentencia, con la idea de hacer posible la aplicaci
ción correcta de las normas procesales.

Para el maestro Jorge Alberto Silva Silva; el incidente
es una cuestión que se plantea durante el curso de un proceso
y que esta relacionada con la validez de los actos procesales
y sobreviene cuando se cuestiona la normalidad procesal procu-
rando evitar una crisis al proceso penal.

El incidente puede suspender u obstaculizar el desarro-
llo del asunto principal. (1)

(1) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.
Editorial Porrúa. México 1995. 15a. Edición. Pág. 324

En cuanto a la reparación del daño, el maestro Alvaro - Bunster en el Diccionario Jurídico Mexicano nos explica lo siguiente:

"Pena pecuniaria que consiste en la obligación impuesta al delincuente de restablecer el statu quo ante y resarcir los perjuicios derivados de su delito.

"a). El a. 29 del CP consagra como penas pecuniarias - la multa y la reparación del daño. Si esta última incumbe a - terceros, no se ve alterado su carácter de obligación civil -- emanada de un acto ilícito, conforme la regulan los aa. 1910 y siguientes del CC. El CP, todo lo más, declara que en tal caso la reparación se tramitará como incidente en los términos que fija el C.P.P. Si ella, en cambio, recae sobre el propio de-- lincuente, la ley criminal le otorga el carácter de pena públi ca, dispone que habrá de exigirse de oficio por el Ministerio Público, con el que podrán coadyuvar el ofendido, sus derecho- habientes o su representante, en los términos que prevenga el CPP (a. 34 CP), y la hace ceder en favor del Estado, si el - - ofendido renuncia a su derecho a percibirla (a. 35 C.P.). La hace, en fin, efectiva en su cobro del mismo modo que la multa (a. 37 C.P.). El último pfo. del a. 34 faculta a "quien se -- considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda - obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la ac ción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o senten cia absolutoria, para recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente".

b). Esta elevación de la reparación del daño a pena -- criminal pública desdibuja la distinción entre las sanciones - de derecho privado y la pena, en cuanto las primeras, en sentido amplio importan la realización forzada del mandato jurídico en la eventualidad de que no se realice voluntariamente, y la segunda representa una disminución de bienes jurídicos a modo de un plus que hiere al delincuente en su persona. El resarcimiento del daño dimana de una ilicitud de derecho privado, - - guarda proporción con el daño objetivo y no está sujeto a va-riaciones por la medida del elemento subjetivo. Por concederlo la ley en interés de la persona perjudicada, es renunciable por ésta, y transmisible a otros. No ocurre así con la pena, que deriva de un delito, y que, proporciona a la gravedad de - éste, esta, sin embargo, sujeta a variaciones en su quantum según el aspecto subjetivo del acto punible y su culpabilidad. - Por imponer la ley en interés de toda la colectividad, no puede renunciarla el Estado, y no es transferible ni transmisible.

La equiparación dispuesta por la ley responde, sin embargo, a la íntima relación en que ambas se hallan y a la solidaridad en que obran contra los actos ilícitos, dentro del ordenamiento jurídico concebido como una unidad. De allí la regulacion privilegiada de la reparación del daño, para asegurar con mayor eficacia y prontitud la satisfaccion que corresponde a la víctima. Agréguese a ello el poder disuasivo, en el sentido de la prevencion general, de este constreñimiento más - - enérgico sobre el reo para obtener la inmediata reparacion del

daño. Todo ello explica que de ésta se ocupe también el C.P. "superando cualquier barrera escolástica de topografía jurídica". (2)

"c). En lo sustancial, la transformación de la reparación del daño en pena pública sólo ha significado hacerla irreducible por renuncia del ofendido sin modificar en lo demás su condición de sanción de derecho privado, como lo demuestra la circunstancia de que la muerte del delincuente no extingue la acción penal ni la pena misma (a. 91 C.P.). Interesa tener -- presente, sin embargo, que la amnistía no extingue la acción -- penal ni la pena pública de reparación del daño (a. 92 C.P.), y, sobre todo, que mientras en este caso el plazo de prescripción es de un año (aa. 104 y 112), la responsabilidad civil -- por actos ilícitos no constitutivos de delitos penales prescribe en dos años (a. 1161 CC), lo que, si no representa una antinomia flagrante, importa al menos un contrasentido frente a la exaltación de la reparación del daño la categoría de pena pública.

"La reparación del daño, conforme se expresó, comprende el restablecimiento del statu quo ante y el resarcimiento de los perjuicios. Por lo primero entiende la ley la restitución

(2) Bunster, Alvaro. Diccionario Jurídico Mexicano Tomo P-Z Editorial Porrúa. México 1996. 9a. Edición pág. 2791.

de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el - pago del precio de la misma (a. 30, fr. I C.P.); por lo segun- do, la indemnización del daño material y moral y de los perjui- cios causados (a. 30, fr. II C.P.). Ambas obligaciones se - - amalgaman tratándose de los delitos de los servidores públicos, en que la reparación abarca, dice la ley, la restitución de la cosa o de su valor, y además hasta dos tantos el valor de la - cosa o los bienes obtenidos por el delito (a. 30, fr. III C.P.).

Es al juez a quien compete fijar el monto de la repara- ción (si no está de antemano fijada por la ley, como en el ca- so recientemente aludido), de acuerdo con las pruebas obteni- das en el proceso (a. 31 C.P.). El C.P. ordena al Ejecutivo - de la Unión la dictación de un reglamento regulador de la for- ma en que debe garantizarse administrativamente la reparación mediante seguro especial, tratándose de delitos imprudentes -- (ibidem): (3)

"La reparación del daño es preferente, y debe, junto -- con la multa, cubrirse antes de cualquiera otra de las obliga- ciones personales contraídas con posterioridad al delito, a ex- cepción de las referentes a alimentos y relaciones laborales - (a. 33 C.P.). Prevalece sobre la multa si no logra hacerse --

(3) Bunster, Alvaro. Op. Cit. pág. 2791 y 2792.

efectiva por entero la responsabilidad pecuniaria, y se cubre, en su caso, a prorrata entre los ofendidos (a. 35 C.P.). En el concursus delinquentium la deuda se tiene por mancomunada y solidaria (a. 36 C.P.).

"Rigen para la reparación las mismas reglas que para la multa en cuanto a la forma de hacerlas efectivas (a. 37 C.P.). Si no resultan suficientes los bienes del reo o el producto de su trabajo en la prisión, subsiste siempre para él la obligación de pagar el remanente (a. 38 C.P.). Puede él verse favorecido teniendo en cuenta el monto del daño y su situación económica, por la concesión de plazos para el pago, que en su conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigirse garantía si el juez lo juzga conveniente (a. 39 C.P.)". (4)

"A más de erigir la reparación del daño a pena pública si incumbe al delincuente, el C.P. impone la obligación civil de repararlo a ciertas personas, por el acto ilícito cometido por otras. El a. 32 indica, al efecto, a los ascendientes, -- por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad (fr. I); a los tutores y los custodios, por -- los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad (fr. II), y a los directores de internados o talleres que

(4) Oronoz Santana, Carlos. Op. cit. pág. 75.

reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo en que se hallen bajo el cuidado de aquéllos (fr. III). Es digno de nota que en estos tres casos, aunque se hable invariablemente de delitos, éstos se suponen cometidos por menores -- que no responderían penalmente de ellos. Es indudable que en estos casos la reparación de daño es obligación civil que recae definitivamente sobre las personas designadas en estos -- tres números. Incluye el mismo a., además, a los dueños de empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus -- obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio (fr. IV); a las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes -- directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan (fr. V), y finalmente, al Estado, subsidiariamente, por sus funcionarios y empleados (fr. VI). Este segundo grupo de casos es diferente del primero, pues tratándose ahora de personas que responderán penalmente por los delitos -- que han ejecutado, sufrirán en definitiva, por tanto, la pena de reparar el daño, y de ellas podrán repetir el pago las personas a quienes la ley puede obligar a extinguir la deuda, más no a la definitiva contribución a ella.

Conviene finalmente hacer notar que la reparación del -- daño no tiene sólo repercusión penal en cuanto se le erige en

pena pública sino en cuanto es un requerimiento, concurrente - con otros, para la procedencia de la libertad preparatoria (a. 84, fr. III CP), y, tratándose de los delitos de los servidores públicos (a. 90, fr. I, letra c CP), de la condena condicional". (5)

"Desde el antiguo Derecho Romano, la acción penal tenía un carácter resarcitorio y, con el tiempo llegó a distinguirse la acción civil, ex delicto, de la primeramente citada.

"En las ordenanzas francesas de 1670, se advierte una - diferencia marcada entre la acción penal, de naturaleza pública, y la civil privada, referente a la reparación del daño.

"La legislación mexicana, influenciada por las corrientes positivistas, califica a ésta, como una "pena pública", o i vidando así, el distinto contenido de la acción penal y de la civil, al igual que la diferencia, respecto a la titularidad - de una y otra.

"Sabido es que, los positivistas señalaron la reparación del daño como pena "obligatoria" para el delincuente y co mo función del Estado en pro de la "defensa social".

(5) Bunster, Alvaro. Op. cit. pág. 2792.

"En la legislación vigente, los derechos del ofendido o de la víctima están dispersos en el articulado de los Códigos substantivos y adjetivos.

"El legislador no diferenci6 la sanción civil de la penal, ni mucho menos advirti6 que una y otra no sólo son de naturaleza distinta, sino más bien, complementadas. Estableci6 que, la reparación del daño puede exigirse por el ofendido a los terceros civilmente responsables y, en todo caso, el agente del Ministerio Público promoverá todo lo necesario para que el juez declare la procedencia de dicha reparación, por parte del autor del delito.

En la segunda situación, la reparación del daño, es una pena, decretada por el juez y forma parte del objeto principal del proceso; en cambio, en el primer caso, representa un objeto accesorio del mismo, tomando en cuenta que lo principal en el proceso, es buscar la verdad histórica, como aspiración del juzgador y así --- está reglamentado en los artículos 489 a 493, del Código Federal de Procedimientos Penales y 532 a 540 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal". (6)

En efecto, en este Código, la reparación del daño, no sólo se exige al autor del delito, sino también a terceros; caso, este último, en el que se tramitará como un incidente, pre

(6) Colín Sández. Op. cit. pág. 719 y 720.

via solicitud del ofendido ante el juez instructor, y hasta antes de que se haya concluido la instrucción. De no ser así, - la reclamación correspondiente sólo podrá elevarse por la vía civil, atendiendo a las prescripciones del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

La doctrina, más generalizada, se ha empeñado en afirmar que, al llevarse al cabo la ejecución del delito, se da lugar, no sólo a la acción penal, sino también a una acción civil. Esta última, es el medio adecuado para hacer efectiva la reparación del daño, en los ordenes morales y patrimoniales -- que el ofendido hubiese resentido.

Obvio es que, una y otra de esas acciones son de naturaleza distinta, al igual que su objetivo y fines, teniendo acaso, únicamente, como denominador común, su origen en el ilícito penal.

"Por otra parte, si se afirma que la reparación del daño, es "una pena pública", a contrario sensu, habría que pensar en "penas privadas", como si aun el delito fuese considerado como un ente de esa naturaleza; además, con gran regocijo - de todo el mundo, las penas trascendentales ya no forman parte de ninguno de los sistemas, pomposamente llamados democráticos; y, sin embargo, si la citada reparación del daño es "pena pública", por eso mismo, no faltarán quienes señalen el carácter que censuro, puesto que puede exigirse a terceras personas, in

dependientemente de que se diga que, en tales circunstancias, "tendrá o se tomará como responsabilidad civil".

Todo esto, me indujo, en renglones anteriores, a señalar que, en la legislación mexicana, la reparación del daño en ocasiones es pena pública y en otras, no lo es, llegando así - al absurdo de que, algo puede ser y no puede ser, al mismo - - tiempo". (7)

Por lo hasta aquí expuesto, es el patrimonio privado lo que se afecta y es por ello una acción privada la adecuada. A mayor abundamiento, como se advierte, la reparación del daño, depende, también, del ejercicio de la acción penal, de su no - desistimiento y de que el juez de la causa, en la sentencia de termine su procedencia, puesto que de no ocurrir esto último, existirá un serio obstáculo para ofendido y víctima en el ejercicio de sus derechos por la vía civil, motivo por el cual, -- habrán de sujetarse, a que en el momento procesal correspondiente, se declare la responsabilidad y se precise lo referente a reparación del daño, para que esa resolución judicial sea la base de sustentación que, en su caso, permita hacer realidad el resarcimiento del daño.

(7) Colín Sánchez. Op. cit. págs. 720 y 721.

"Cuando abordé lo referente al objeto del proceso, señale como objeto accesorio de éste, la reparación del daño; empero, en el medio mexicano, el legislador la considera objeto principal y únicamente cuando es exigible a terceros, es objeto accesorio.

"Esto es lo que priva esencialmente, en relación al ofendido, sometido en todo y por todo, a las consecuencias del monopolio de la acción penal, quizá por eso, y tratando de fortalecer su ya desventurada situación, a últimas fechas, se estableció: "La reparación del daño proveniente del delito 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 derecho-habientes o su representante y, cuando quien se considere con derecho y no la pueda obtener ante el juez penal, en virtud de 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" -- (art. 34, del Código Penal para el Distrito Federal).

De esta reforma, de 13 de enero de 1984, se desprende, como ya lo anoté, que si la reparación del daño es "pena pública", el juez en materia civil estará impedido para conocer de cualquier promoción del ofendido, hecha excepción de que sea -- en contra de terceros y nunca del autor del delito, porque si se dan las hipótesis previstas en el artículo citado, éstas, --

aunadas al tan repetido carácter de "pena pública" de la reparación del daño, impide al juez civil abocarse a las pretensiones del propio ofendido". (8)

"En el artículo 35, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se dice a la letra: "Cuando - - haya temor fundado de que el obligado a la reparación del daño oculte o enajene los bienes en que debe hacerse efectiva dicha reparación, el Ministerio Público, el ofendido o víctima del delito, en su caso, podrán pedir al juez el embargo precautorio de dichos bienes.

"Para que el juez pueda dictar el embargo precautorio, bastará la petición relativa y la prueba de la necesidad de la medida. A menos, que el inculcado otorgue fianza suficiente, a juicio del juez, éste decretará el embargo bajo su responsabilidad".

En forma similar, así se expresaba, en el Código Federal de Procedimientos Penales, hasta la actual reforma al artículo 149, de cuyo texto se desprende: "el Ministerio Público, el ofendido o sus legítimos representantes, solicitarán al - - juez, y éste dispondrá, con audiencia del inculcado, salvo que el mismo se haya sustraído a la acción de la justicia, el embar

(8) Oronoz Santana Carlos. Op. cit. pág. 78.

go precautorio de los bienes en que pueda hacerse efectiva la reparación de daños y perjuicios. Tomando en cuenta la probable cuantía de éstos, según los datos que arrojen las constancias procesales se negará el embargo o se levantará el efectuado, cuando el inculcado u otra persona en su nombre otorguen caución bastante, a juicio del órgano jurisdiccional, para asegurar la satisfacción de la responsabilidad de los daños y perjuicios". (9)

Para los efectos de este artículo se resolverá y diligenciará el embargo, notificando de inmediato al inculcado sobre la medida precautoria dictada, para desahogar la audiencia prevista en el párrafo anterior.

Se entiende que el inculcado se encuentra sustraído a la acción de la justicia a partir del momento en que se dicta en su contra orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia que hasta en tanto se efectúe ésta".

Del nuevo precepto, se desprende: el embargo, puede pedirlo el agente del Ministerio Público, el ofendido o su representante; no es necesario, como acontece en la legislación del Distrito Federal, probar la necesidad de la medida, que exista

(9) Ibidem. pág. 80.

temor fundado de que el "inculpado" oculte o enajene los bienes con que pueda hacerse efectiva la reparación del daño, que existan perjuicios, que el juez disponga lo procedente, con audiencia del inculpado, salvo que éste se haya sustraído a la acción de la justicia.

"Aun con estas medidas de tipo cautelar, con las que se pretende justificar una "reivindicación", en torno al tan "ninguneado" ofendido, no puedo omitir que lo más importante para éste, no es la tan repetida reparación material o moral, más que eso, lo verdaderamente trascendente para dicho sujeto, es no sentirse burlado en su derecho al castigo del delito, no enfermarse de impotencia por la falta de ejercicio de la acción penal, el desistimiento de ésta, la formulación de conclusiones inacusatorias y el abstencionismo del agente del Ministerio Público respecto a la interposición de los recursos procedentes; ésto, y mucho más, de lo imperante en nuestro sistema de enjuiciamiento es lo que le lesiona y hiere profundamente.

"La reparación del daño, debido a nuestro temperamento, ocupa un lugar secundario en el ánimo de cualquier ofendido, aunque no lo haya considerado así el legislador que, seguramente, tuvo como fuente de inspiración para la reforma, el adagio popular: "las penas con pan son buenas...".

La reparación del daño: es un derecho subjetivo del ofendido y la víctima del delito, para ser resarcidos de los

perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal". (10)

Es un derecho subjetivo, porque, es la voluntad individual el factor esencial para hacer efectiva la reparación, misma que contrasta con la pretensión punitiva estatal, de naturaleza pública, y por ende, obligatoria, sin que lo anterior me lleve al extremo de pensar que, ante situaciones sociales necesarias, el Estado no pueda intervenir, auxiliando a quien lo -requeriera, para hacer efectiva la reparación civil.

No es sólo el ofendido el titular del derecho subjetivo, sino también, las víctimas.

Tomando en cuenta, la diferencia que oportunamente anoté entre uno y otros, es lógico que, en ocasiones sea imposible que el ofendido pueda apersonarse para ejercitar su derecho, por eso, al señalar a las víctimas quiero referirme a los herederos de aquél, u otros sujetos que por diversas razones -acrediten el derecho mencionado.

El resarcimiento del daño, es la restitución de la cosa sustraída por el autor del delito, la indemnización del daño -

(10) Silva Silva. Op. cit. pág. 700.

material o la reparación del daño moral; objetivos éstos que, con base en el concepto emitido, se traducen en la obligación de reparar el daño causado.

Por último, el derecho subjetivo, en cuestión, tiene - su fuente directa en las leyes penales y civiles.

Atendiendo a lo previsto, en el artículo 30, del Código Penal para el Distrito Federal, "La reparación del daño -- comprende:

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

II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y

III. El resarcimiento de los perjuicios causados".

Como acto reparatorio, es muy natural la restitución - de la cosa; esto es imperativo, de manera tal que, si existe la imposibilidad de hacerlo, habrá de pagarse el precio de la misma.

En cuanto a la forma y alcance de la indemnización del daño moral, en la legislación penal se guarda silencio, tampoco se precisa en qué consiste.

Si el delito, culposo o doloso, produce como consecuencia daño moral, es de suponerse que el legislador se refiere a un agravio, menoscabo o sufrimiento psíquico, que redundatambién en molestias respecto a la dignidad, seguridad personal o a particulares sentimientos afectivos, como sucede en ciertos tipos penales: difamación, calumnia, atentados al pudor, lesiones por contagio venéreo, daño en las cosas (con -- vinculación espiritual acentuada con su dueño). etc. Los -- ejemplos citados, no significan que tratándose de las demás -- figuras delictivas, el daño moral pudiera estar ausente de -- las mismas.

El agravio moral, por su propia naturaleza, es personalísimo, porque, sólo el agraviado es el único capaz de revelar la existencia y magnitud de la ofensa.

Aunque, para algunos delitos, la reparación moral está prevista, de cierta manera (publicación de sentencia), para la generalidad de los mismos habrá de traducirse en una satisfacción pecuniaria; empero, ¿hasta dónde es posible precisar en dinero el llamado daño moral?

"La invocación de este detrimento interno o psíquico, para obtener una cantidad de monedas o billetes es muy usual en algunos países, caracterizados por un materialismo aterrador, entre otros, los Estados Unidos de América, en donde es también un medio de "chantaje", capaz, éste sí, de un verdadero sufrimiento moral; tal vez por eso, se justifique que si es estribillo consuetudinario el decir: "time is money", en lo concerniente a la reparación moral, dada su manera de vivir y de pensar se invoque: feelings are money too...

Traducir y cuantificar el daño moral en monedas, entraña un problema (subjetivo), muy difícil y complejo, sobre todo en el ámbito nacional mexicano, seguramente por eso muchas personas han considerado, desde siempre, que la auténtica reparación moral, hasta donde es posible referirse a esto, está en la aplicación estricta de la ley al infractor, puesto que todos los delitos, independientemente de los daños materiales, llevan implícito un detrimento psíquico para quienes resultan afectados, directa o indirectamente, mismos que afirman: "se restaña, hasta donde es posible, con el castigo impuesto".(11)

De todas maneras, la realidad acusa que, tanto la reparación material como moral, es un mero enunciado; sin embargo, tratándose de delitos cometidos por servidores públicos, a últimas fechas, la pretensión del legislador es menos ilusoria,

(11) Silva Silva. Op. cit. pág. 701.

porque, sin duda, dado el rango de los sujetos de que se trata, cuando son considerados autores de delitos, habrá maneras más eficaces para que la reparación se cumpla, aun a despecho de quienes piensen que, como se trata de intereses de propio Estado, ése sea el motivo para que la multicitada reparación se logre integralmente.

Para el caso de los servidores públicos, nada se dice en cuanto a la reparación moral, ¿será que sus actos lesivos, por el carácter especial del infractor, no repercutan en el orden moral?, ¿el Estado, en la prestación de sus servicios, no afecta nunca el orden moral de sus representados?

Por último, ¿si el Estado se equivoca, no dolosamente, pero sí, culposamente, enjuiciando a un inocente, sancionándolo y luego se rectifica (reconocimiento de inocencia), no debería reparar el daño material y moral?

El 21 de enero de 1991, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto que crea el artículo 30 bis, del Código Penal para el Distrito Federal, mismo en el que señala: "tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden:

1o, el ofendido; 2o, en caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y

los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes y ascendientes que dependieran económicamente de él - al momento del fallecimiento".

Hasta antes de la creación de este precepto, había imprecisión en cuanto a los sujetos con derecho a la reparación del daño; ahora, como se advierte del texto del precepto en cuestión, es el ofendido el que en primer lugar tiene el derecho de referencia, independientemente de que, a mi juicio, -- habrá que determinar si el legislador está considerando como afectado a quien recibió, en forma directa e inmediata la acción dañina, o si, por ofendido considera a aquellos terceros que, ya sea en lo económico o en lo moral, tienen o tenían -- una dependencia directa con quien falleció o quedó inhabilitado para seguir proporcionándola, caso en el que como lo indica este nuevo artículo, el cónyuge supérstite tiene derecho a dicha reparación, o, en su caso, el concubinario o concubina en tales hipótesis, y en el orden correspondiente sigan los demás sujetos a quienes se hace referencia en el propio precepto.

Este incidente tiene por objeto:

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

II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y

III. El resarcimiento de los perjuicios causados". -- (art. 30, del Código Penal).

Del artículo en cuestión, se desprenden dos aspectos fundamentales: el material y el moral, aunque circunscritos únicamente al ofendido y nunca al sujeto que, infortunadamente, fue objeto de un procesamiento injusto, sin mayor justificación que el error o la ligereza de algunos que integran el engranaje gubernamental.

¿Por qué, si el ofendido tiene derecho al resarcimiento de los daños sufridos con motivo de la ejecución del ilícito penal, aquél, víctima de un procesamiento y de una sentencia injusta, no es resarcido del daño sufrido por parte del Estado?

En la legislación mexicana, se guarda silencio sepulcral; quizá, quienes legislaron en 1931, consideraron que esto se constituiría en una carga demasiado gravosa para el Estado, en razón de los múltiples errores que se cometen y, además, por los innumerables problemas, a su cargo, mucho más --

aparatosos que los concernientes a la justicia, en cuyo ámbito no hacen "bulto", y que, por falta de materialización, pasan totalmente desapercibidos.

En la legislación de 1929, se soslayó medrosamente el problema, aunque haciéndolo recaer, fundamentalmente en: magistrados, jueces, secretarios y demás empleados de la Administración de Justicia.

Esto ha sido objeto de discusión en algunos congresos internacionales, y se ha concluido que la responsabilidad debe recaer en las autoridades antes mencionadas.

"Semejantes actitudes no deben ser sorprendivas para na die: "la cuerda siempre se rompe por lo más delgado", de tal manera que, no será, propiamente, el Estado quien resarza el daño, sino los funcionarios más olvidados de los regímenes gu bernamentales; por supuesto, este "olvido", es el económico, porque la historia del país da cuenta de la penuria en que -- siempre se han desenvuelto quienes administran justicia. Tal parece que ésta, es una especie de "cenicienta" de todos los gobiernos.

"Este incidente, se tramitará ante el juez o personal integrante del tribunal del proceso, siempre y cuando éste no se haya cerrado. Se inicia a través de un escrito, en donde

se expresarán los hechos o circunstancias que hubieren originado el daño, fijando con precisión la cuantía de éste, los conceptos por los que proceda la reparación y agregando las pruebas que para esos efectos se tengan (documentales).

Recibido el escrito, con él: "se dará vista al demandado por un plazo de tres días, transcurrido el cual se abrirá a prueba el incidente por el término de quince días, si alguna de las partes lo pidiere". (12)

No compareciendo el demandado, o transcurrido el período de prueba, en su caso, el juez, a petición de cualquiera de las partes, dentro de tres días oírán en audiencia verbal lo que éstas quisieren exponer para fundar sus derechos, y en la misma audiencia declarará cerrado el incidente, que fallará al mismo tiempo que el proceso o dentro de ocho días, si en éste ya se hubiese pronunciado sentencia" (arts. 534, 535 y 536, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Hasta antes de las reformas, adiciones, enmiendas, etc., a los Códigos de Procedimientos Penales, Federal, y del Distrito Federal (1983-1984), para fijar la reparación del daño, el juez debía atender, tanto a la situación del "acusado" como a la capacidad económica del obligado a pagar, motivando y razonando dicha condena.

(12) Colín Sánchez. Op. cit. pág. 731.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Semejante disposición, era una monstruosidad jurídica más del legislador, hija sin duda alguna, de la anterior; es decir, de aquélla que estableció y continúa sosteniendo que - la reparación del daño es una "pena pública". La afirmación de que, el daño debía ser reparado "de acuerdo con la capacidad del obligado a pagarla", se traducía en la legalización - de la ausencia de la reparación, debido a la insolvencia absoluta de aquéllos sobre los que recae la "pena pública".

Afortunadamente, ese precepto no figura ya en los ordenamientos procedimentales en materia penal.

Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, establecieron: "en toda sentencia condenatoria, el juzgador debe resolver sobre la reparación del daño, ya sea absolviendo o condenando a pagar cantidad precisa, y no dejar a salvo los derechos del ofendido, ni aplazar la determinación del monto del incidente a resolución posterior".

En el Código Federal de Procedimientos Penales, bajo - el rubro de "Reparación del daño exigible a persona distinta del inculpado", se indica: "la acción para exigir reparación del daño a personas distintas del inculpado, de acuerdo con - el artículo 32 del Código Penal, debe ejercitarse por quien - tenga derecho a ello ante el tribunal que conozca de lo penal; pero deberá intentarse y seguirse ante los tribunales del or-

den común, en el juicio que corresponda, cuando haya recaído sentencia irrevocable en el proceso, sin haberse intentado dicha acción, siempre que el que la intenta fuere un particular. Esto último se observará también cuando, concluida la instrucción, no hubiere lugar al juicio penal por falta de acusación del Ministerio Público y se promueva posteriormente la acción civil.

Cuando promovidas las dos acciones hubiere concluido el proceso, sin que el incidente de reparación del daño esté en estado de sentencia, continuará conociendo de él el tribunal ante quien se haya iniciado" (art. 489).

A pesar de las enmiendas y agregados que el legislador introdujo, este incidente, no deja de ser problemático, no únicamente por lo apuntado en renglones anteriores, sino también, por las complejidades de su trámite y las hipótesis previstas.

Todo incidente sobre reparación de daño exigible a terceros, cuyo trámite se siga, atento a lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Civiles, tendrá todos los recursos que, según su cuantía, se conceda en dicho Código, y se tramitará por separado.

Es importante destacar: "si el incidente llega al estado de alegar antes de que concluya la instrucción, se sus--

penderá hasta que el proceso se encuentre en estado de sentencia, la que se pronunciará resolviendo a la vez sobre la acción penal y sobre la reparación del daño exigible a personas distintas del inculpado, produciéndose los alegatos en la audiencia del juicio penal" (arts. 490 y 491, del Código Federal de Procedimientos Penales).

B) RESPONSABILIDAD EXIGIBLE AL TERCERO AJENO AL DELITO.

En el artículo 34, ahora reformado, del Código Penal - para el Distrito Federal, se dice que: "La reparación del daño proveniente del delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio - por el Ministerio Público...".

En cuanto a la terminología empleada, por el citado Ordenamiento, es oportuno señalar, a quienes se puede exigir -- esa reparación; para esto, atendamos al propio Código Penal, en cuyo artículo 32, se indica: "Están obligados a reparar - el daño en los términos del artículo 29:

I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;

II. Los tutores y los custodios, por los delitos de - los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

III. Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos;

IV. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio;

V. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, serán responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan.

Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso cada cónyuge responda y con sus bienes propios, por la reparación del daño que cause.

El estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizadas con motivo del ejercicio de sus funciones y subsidiariamente cuando fueren culposos.

CAPITULO IV

EL COADYUVANTE

En el Código Federal de Procedimientos Penales, se dice, a la letra: "En todo procedimiento penal la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a: II. Coadyuvar -- con el Ministerio Público... En virtud de lo anterior, podrán proporcionar al Ministerio Público o al juzgador, directamente o por medio del aquél, todos los datos o elementos de prueba -- con que cuente, que conduzcan a acreditar los elementos del tipo penal y a establecer la probable o plena responsabilidad -- del inculpado, según el caso, y la procedencia y monto de la -- reparación del daño.

En todo caso, el juez de oficio, mandará citar a la víctima o el ofendido por el delito para que comparezca por sí o por su representante designado en el proceso, a manifestar en éste lo que a su derecho convenga respecto a lo previsto en -- este artículo". (Art. 141); para que, si lo estima pertinente en ejercicio de la acción penal los ministre a los tribunales.

Del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no se infiere, categóricamente, que el ofendido por el

delito no sea "parte", simplemente se lee: "En todo proceso penal la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público'''. (art. 9).

Del contenido, de ambos preceptos, se desprende: el -- ofendido, desde que se inicia el procedimiento penal, está realizado con su intervención actos cuyo propósito es colaborar con el agente del Ministerio Público para la consignación de los hechos; en consecuencia, tácitamente queda constituido como un coadyuvante.

Coadyuvar, es ayudar a algo, colaborar con... para el logro de un fin determinado, así lo hace el ofendido ante el representante social para el logro de la conducta del procesado y la obtención de la reparación del daño.

Como se advierte, se faculta al ofendido para aportar pruebas directamente ante el juez y no sólo por mediación del agente del Ministerio Público, como ocurre atento a lo dispuesto en la legislación federal.

La coadyuvancia, se inicia desde el momento en que se hace saber la notitia criminis, o ante el subórgano de la acusación, satisfaciéndose con ello los requisitos de procedibili

dad, y facilitando, además, la tipificación de el o los delitos; por ejemplo: en los casos de lesiones habrá de darse fe de las mismas, al igual -que en la violación, estupro, etc.

Independientemente de esto, el más indicado para aportar datos y así integrar la averiguación, lo es la persona que resintió directamente el daño o el agravio, ya sea, a través -de sus imputaciones directas que lleve al cabo o de otros elementos y circunstancias que en su momento contribuyan a satisfacer los requisitos para el ejercicio de la acción penal.

Por lo expuesto, queda claro que, en la primera fase -del procedimiento penal, la participación del ofendido es indispensable, desarrollar una actividad amplísima, independientemente, de que el agente del Ministerio Público dirija, inquire y determine a su arbitrio el grado de participación que deba permitírsele.

No cabe duda que la posición del ofendido en el procedimiento penal contrasta en relación con la del probable autor del delito: el primero, ha sido desplazado dentro del proceso, al grado de afirmarse que es un "don nadie"; sin embargo, para el segundo están implementadas un conjunto de garantías tan amplias que ante eso pareciera darse la impresión de estar mayormente protegido, y bajo esas bases habría necesidad de con- --cluir: lo preferible es ser delincuente...

En todas las esferas sociales, desde siempre, se sigue repitiendo: o todos coludos o todos rabones; empero, el ofendido, ni es coludo, ni es rabón, quizá por ello, es calificado - como un "don nadie".

Franco Sodi, llama la atención y señala: "de acuerdo - con el contenido del artículo 90 , del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el ofendido es alguien en el proceso, y resulta ilegal negarle informes y esconderle expedientes, pues si puede poner a disposición del agente del Ministerio Público y el juez instructor todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño, es lógico que debe enterarse del estado de los autos para conocer la prueba rendida y saber cuál es la prueba que necesita y tiene derecho de ofrecer".

El ilustre maestro, está en lo justo en ese llamado de atención; no obstante, en la práctica no sólo sigue ocurriendo lo que él señala, sino situaciones peores: durante el proceso, no es admisible que directamente presente pruebas, es el agente del Ministerio Público el único indicado para ello, ni mucho menos inconformarse con las resoluciones judiciales; por ende, si el agente del Ministerio Público determina no ejercitar la acción penal, así será; si no considera que las pruebas que desea el ofendido sean presentadas, no se aportan y, si el ofendido desea que se interponga un recurso y el agente del Mi

nisterio Público se niega a ello, también así será...

Por otra parte, y como si lo anterior fuera poca cosa, durante el proceso sólo se permite una caritativa injerencia - del ofendido a partir del momento en que el juez admite que -- sea coadyuvante del agente del Ministerio Público, lo que ocurrirá, en su caso, después de que haya sido dictado el auto de formal prisión y únicamente para intervenir en lo que concierne a la reparación del daño.

Esta práctica es censurable: el agente del Ministerio Público, desde el inicio de la averiguación previa admite, tácitamente la coadyuvancia; por ende, no existe justificación - para que, en su caso, no le sea reconocida por el juez desde - el momento de la consignación de los hechos, sino hasta que -- sea pronunciado el auto de formal prisión.

Esta forma de proceder, resta oportunidades al ofendido para aportar pruebas que pueden ser determinantes, durante el término de setenta y dos horas, para comprobar, el cuerpo - del delito y la responsabilidad probable; además, y a mayor - abundamiento, la coadyuvancia del ofendido, solicitada que sea debe ser admitida por el juez, de manera inmediata, porque no es justificable que se dé hasta el momento procesal ya dicho.

Lo establecido por el legislador debe derogarse.

Por último, al hacer referencia al objeto del proceso, quedó anotado que la reparación del daño es objeto accesorio - del mismo y que la ley le otorga carácter de pena pública, quedando a cargo del agente del Ministerio Público la actividad - acusatoria, y el ofendido por el delito, interviene con el carácter de coadyuvante cuando es exigida a terceros, y deducirá sus derechos, a través del incidente respectivo, del cual me ocuparé en el capítulo correspondiente.

La instrucción es la etapa procedimental en la cual el Juez lleva a cabo una sucesión de actos sobre la prueba, para que conozca la verdad histórica y la personalidad del procesado a efecto de estar en aptitud de resolver la situación jurídica planteada.

La instrucción se inicia cuando ejecutada la acción - penal el juez ordena la radicación del asunto, dándose la trilogía de actos que caracterizan el proceso, es decir, acusatorios, de defensa y decisorios.

La instrucción va desde el auto de radicación hasta -- el auto de formal prisión.

Con el auto de radicación que es la primera resolución del juez, por ello el agente del Ministerio Público, como el - procesado quedan a partir de ese momento bajo la potestad del

juez; posteriormente se lleva a cabo la declaración preparatoria, entendida como el acto mediante el cual comparece el procesado ante el juez, para que le haga saber la conducta o hecho antijurídico, con el fin de que manifieste lo que a sus intereses convengan para que, antes del término de 72 horas -- resuelva la situación jurídica del procesado.

Igualmente se puede dar como resolución el auto de sujeción al proceso tratándose de delitos que se sancionan con pena no privativa de libertad o alternativa, y el auto de libertad por falta de elementos para procesar.

Una vez dictado el auto de formal prisión, continúa la segunda fase de la instrucción durante este periodo se ofrecen pruebas con el fin de acreditar cada uno su dicho.

Es de hacer notar que en nuestro derecho, no existe norma alguna que nos hable de coadyuvante dentro del proceso, es la doctrina la que con tal nombre ha denominado a quien --- acreditando su calidad de sujeto pasivo del delito, pide al Ministerio Público, autorización para colaborar con él, en una - actividad tendiente tanto a comprobar los elementos del tipo y la probable responsabilidad del delincuente, como a lograr el resarcimiento del daño sufrido con tal acto delictivo. Así como su nombre lo indica la coadyuvancia es una institución que ayuda y acompaña a otra, Ministerio Público en alguna función -- (del latín cum, con y adjutor ayudador). Pero inclusive, no - hay una razón para que se constituya en coadyuvante pues es posible que sin que se le reconozca tal personalidad, el ofendido pueda desarrollar en sí la misma actividad.

El procedimiento usual para lograr el reconocimiento de la personalidad de coadyuvante es sencillo, se presenta un escrito, ante el Ministerio Público o ante el Juez instructor, en el cual se solicita la conformidad para colaborar con el representante Social, sin más requisito que justificar la calidad de sujeto pasivo del delito o bien el derecho a la reparación del daño, en estas condiciones, previo el acuerdo del -- Juez, el ofendido se ha convertido en coadyuvante del Ministerio Público y está capacitado para poner a disposición del Órgano jurisdiccional o del Representante Social; esos datos que -- tiendan a acreditar la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño. Es conveniente aclarar, que no --

existe mandato alguno que obligue al Representante Social a -- promover o aceptar las probanzas que al coadyuvante le suminis-
tre, aunque en honor a la verdad en forma invariable éste las
acepta.

ACTIVIDAD DEL OFENDIDO HASTA EL
AUTO CONSTITUCIONAL

Dentro del período llamado de la averiguación previa y que en nuestro País se desarrolla ante la Procuraduría del - Distrito o de la General en su caso, el ofendido o bien el de-
nunciante pone a disposición del Ministerio Público la rela-
ción de hechos que considera delictuosos a efecto de que se in-
vestiguen. Esta investigación consiste en realidad en desaho-
gar las diligencias que el denunciante ha propuesto, hecho lo
cual y de considerarse que efectivamente se ha cometido un de-
lito, el Ministerio Público consigna el asunto, solicitando el
libramiento de una orden de aprehensión contra la persona que
aparezca como culpable. El Juez que toma conocimiento de las
actuaciones al considerarse reunidos los requisitos legales, -
accede a ordenar a la Policía Judicial, organismo que tiene --
tal función, la ejecución de tal orden de aprehensión. Lograda
ésta, dentro de 48 horas debe proceder a tomársele su declara-
ción que se llama Preparatoria, dentro de la cual el indiciado
toma conocimiento de los hechos que se le imputan, nombre de -
su acusador, testigos que en su contra declaran y la garantía

de nombrar defensor, al término de 72 horas el juez debe proceder a dictar un auto, conocido con el nombre de auto constitucional decretando la situación jurídica del acusado. Tal auto puede ser de formal prisión, de libertad por falta de méritos, o de sujeción a proceso, si el delito por el que se acusa no es de los que se castigan con pena corporal.

Pero ¿cuál es la actividad que dentro del período de 72 horas realiza el ofendido? Durante el transcurso de este período, conocido con el nombre de término constitucional, al ofendido no se le reconoce personalidad alguna y sólo llega como espectador de las amplias garantías que para su defensa disfruta el acusado, sin que nada pueda hacer, ya que no se le reconoce como coadyuvante, en virtud se dice que hasta ese momento no existe un interés patrimonial que deducir y porque además el Ministerio Público lo está representando en debida forma.

DEL AUTO CONSTITUCIONAL A LA SENTENCIA

Una vez decretada la formal prisión o prisión preventiva del acusado, el ofendido siguiendo el procedimiento ya -- apuntado, se constituye en coadyuvante y está desde ese momento capacitado para aportar las probanzas pertinentes que tiendan a comprobar los elementos del tipo, la responsabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño. Pero aún así,

la función que el coadyuvante realiza es en extremo restringida y se concreta a poner en conocimiento del Ministerio Público datos, que pueden o no ser tomados en cuenta por el Representante Social y hasta aquí la cacareada función de la coadyuvancia.

El coadyuvante, que en si es la persona que más bien conoce las circunstancias en que se cometió el delito, no puede en forma directa efectuar interrogatorios, ni promover pruebas, resultando de todo ésto una notoria e indebida ventaja para el procesado en virtud que el coadyuvante no se le notifican fechas de diligencias y éstas en sus mayorías se desarrollan sin la asistencia del Representante Social quien se concreta a firmar las actas después de algunos días de levantadas éstas. Como se ve, la actuación del coadyuvante es nula durante la instrucción, es por todas estas razones de orden práctico que propugnamos por una mayor atención del legislador hacia esta Institución tan olvidada, sobre todo que el interés que representa el coadyuvante es en último extremo el interés social que también salvaguarda el Ministerio Público. Por último, no creemos que la participación del coadyuvante, en forma directa dentro del proceso, pudiere considerarse anticonstitucional, ni fuera un abandono de la acción penal por parte del Ministerio Público, toda vez que todos sus actos estarían sujetos al control jurisdiccional, sólo pensamos que muchas de las fallas de la acusación que hoy afrontamos, desaparecerían si se permitiera una colaboración más estrecha entre esas dos instituciones

que en último extremo representan un mismo interés: el castigo del delincuente, Ministerio Público y coadyuvancia.

DEL MANDATO DADO PARA ACTUAR COMO
COADYUVANTE

Creemos que es posible el mandato a efecto de que el ofendido sea representado convenientemente dentro del proceso en la materia que nos ocupa, en el entendido que como sabemos es de la rama penal, naturalmente con la condición de que se observen las -- prohibiciones y formalidades de los artículos 2,585 a 2,594 -- del Código Civil. Desde luego, en la práctica de nuestros tribunales se aceptan los poderes dados a personas distintas del ofendido, para que en su representación se constituyan en coadyuvantes, teniendo que ser otorgados ante la fé de Notario Público y en el que se exprese fehacientemente la voluntad del - ofendido en el sentido de coadyuvar con el Ministerio Público en el proceso ya instaurado en tal juzgado en contra de tal acusado por tal delito, es decir, poderes especialísimos tal como los llama la Doctrina.

FUNDAMENTACION JURIDICA

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Artículo 9.- En todo proceso penal la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando -- proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le -- ofrezca atención médica, de urgencia cuando lo requiera y, los demás que señalan las leyes, por lo tanto podrán poner a disposición del Ministerio Público y del Juez instructor todos los datos conducentes a acreditar los elementos del tipo penal, la probable y plena responsabilidad del inculpado según el caso, y a justificar la reparación del daño.

El sistema de auxilio a la víctima del delito dependerá de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Salta a la vista que no es necesario haber acreditado la personalidad de coadyuvante para poder poner a disposición del Juez o del Ministerio Público los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño causado con el ilícito.

"Debe advertirse que a primera vista y en atención a que este artículo habla de restitución en el goce de los derechos violados, puede pensarse -dice el maestro Franco Sodi- que semejante restitución, sólo se hará al sujeto pasivo del delito ya que es él el titular del derecho violado; mas si se reflexiona que el delito a más de violar este derecho del sujeto pasivo, puede perturbar el goce de otros derechos de tercesse convendrá que el beneficio de la disposición estudiada alcanza a éstos. Así por ejemplo : un objeto mueble puede ser poseído por su distinto al propietario, en virtud de contrato celebrado con éste. Ahora bien, si este objeto es robado al poseedor, éste será perturbado en su derecho de posesión, en tanto el dueño sufrirá la violación a su derecho de propiedad, de donde resulta que éste último es el sujeto pasivo de la acción ilícita, sin que excluya la presencia de un tercero, ofendido juntamente con él, que lo es el poseedor, quien tiene derecho a ser restituído en su posesión y en los términos de este artículo". (1)

(1) Franco Sodi, Carlos. Código de Procedimientos Penales. Editorial Botas. México, 1946. pág. 27.

Creemos por lo mismo y estando integramente con la --
opinión del maestro Franco Sodi, que la expresión ofendido debe
tomarse en su más amplio sentido.

Es claro el sentido justiciero que animó al legisla-
dor al redactar este artículo; no se necesita la sentencia fir-
me para que cesen los perjuicios que al ofendido se le ocasio--
nan con la perpetración del ilícito, sino tan solo la comproba--
ción de los elementos del tipo penal, ello a partir del auto de for--
mal prisión, que es una medida meramente provisional, para que
a éste se le restituya en el goce de sus derechos que haya lo--
grado justificar. Tampoco es necesario, haberse constituido --
previamente en coadyuvante del Ministerio Público para que la -
restitución opere, es tan solo la necesidad de probar que los -
derechos cuya restitución se solicita son o pertenecen al promo-
vente.

En la práctica, con la solicitud hecha al juez, se le
da vista al Representante Social para que se conforme o no y a
continuación el Juez resuelve de plano.

La Ley al facultar al ofendido para desarrollar una actividad dentro del proceso, tácitamente le está reconociendo la categoría de sujeto procesal.

Nuestra práctica procesal con fundamento en este --- artículo, ha consagrado la costumbre de constituirse en coadyuvante y en esa posición ofrecer pruebas a través del Ministerio Público, pero si las pruebas son ofrecidas por la defensa, al coadyuvante debe cruzarse de brazos pues no tiene nada que hacer, ni siquiera podrá exigirle al Representante Social formule tal o cual pregunta o hacer alguna protesta, máxime que - en la mayoría de los casos los agentes del Ministerio Público ni siquiera se encuentran presentes en el momento de desahogar se las diligencias.

Artículo 28.- Todo Tribunal o Juez, cuando esten -- comprobados los elementos del tipo penal dictarán oportunamente las providencias necesarias para restituir al ofendido en - sus derechos que esten plenamente justificados.

De enorme trascendencia es el artículo que comentamos, pues vemos como el legislador con espíritu justiciero deseó que si de por sí constituye un perjuicio el haber sido víctima de un hecho delictuoso, debe procurarse que el ofendido - no siga soportando las cargas que ese hecho delictuoso le ha - ocasionado.

Artículo 35.- Cuando haya temor fundado de que el -- obligado a la reparación del daño oculte o enaje los bienes en que deba hacerse efectiva dicha reparación, el Ministerio Público, el ofendido o la víctima del delito, en su caso, podrán pedir al Juez el embargo precautorio de dichos bienes.

Para que el Juez pueda dictar el embargo precautorio bastará la petición relativa a la prueba de la necesidad de la medida a menos que el inculpado otorgue fianza suficiente a juicio del Juez, éste decretará embargo bajo su responsabilidad.

Desde luego salta a la vista, que nuestro legislador en el artículo que comentamos, se refiere tanto al acusado como al tercero civil responsable y esto lo aclaramos por la segunda parte de la disposición que pudiera prestarse a confusiones. En realidad se trató de hacer efectivo el pago de la reparación -- del daño.

En este artículo, que debiera ser, en todo caso, la - solicitud, invariablemente acuerdan negando la petición y tan - solo atreviéndose a condenar al pago de la reparación en sentencia, cuando ya ese pago es menos que imposible, desvirtuando -- por lo tanto el espíritu de la ley que trata de que se garantice, por lo menos con el embargo precautorio, el probable de la reparación del daño.

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

- Quien claramente nos explicó la postura del ofendido - en el procedimiento actual es el maestro Guillermo Colín Sánchez, el cual define al ofendido como un don nadie, y al parecer, tiene sus razones para así considerarlo.

- Es épocas primitivas a falta de una regulación específica el ofendido se hace justicia por su propia mano y como - la vengaza a veces era inequitativa surgían nuevas ofensas.

- En Roma sólo podía ser acusador el ofendido su familia o sus representantes y un subórgano del Estado, y en ese caso - el Ministerio Público eliminó al ofendido de esa función y lo colocó en un plano secundario.

o

- Carlos Franco Sodi, considera que el ofendido si es un sujeto procesal, no obstante en la relación jurídica procesal, es el ministerio público quien concentra toda la actividad de la función acusatoria y de ella el ofendido está totalmente - eliminado, lo cual contrasta con el cúmulo de garantías implementadas para quien o quienes cometen delitos, y esto nos lleva a considerar que esta más protegido por la Ley aquel sujeto que delinque que aquellos que resienten la acción dañina - o delictiva y más aun el carácter de parte lo adquiere cuando demanda la reparación del daño al tercero obligado, previa -- formación del incidente.

- De lo anterior se puede concluir que el ofendido tiene facultades para ser portador de la noticia criminis y formular querrela, aportando ante el Agente del Ministerio Público los elementos de prueba que estén a su alcance, deducir derechos contra terceros, en lo concerniente a la reparación del daño e interponer recursos legales únicamente en lo relativo a la reparación del daño.

- La coadyuvancia es un derecho del ofendido consagrado tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales, como en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en ninguno de los dos Códigos se establece claramente que el ofendido no sea parte y desde que se inicia el procedimiento el ofendido esta realizando con su intervención actos cuyo fin es coadyuvar con el Agente del Ministerio Público para la consignación de los hechos, en consecuencia se constituye de manera tácita como un coadyuvante la esencia de nuestra postura radica en determinar primero que el ofendido debe ser considerado como parte en todo procedimiento penal.

- En segundo lugar es obvio que si el ofendido no cuenta con conocimientos técnicos en la materia, su coadyuvancia será meramente simbólica y hasta limitada, toda vez que siempre estará sujeto al criterio del Ministerio Público adscrito al juzgado penal, por ello proponemos que si el ofendido se encuentra en la situación antes descrita se asesore de un Licen

ciado en Derecho, para el efecto de que sea este quien en su representación coadyuve con el representante social.

- Lo antes propuesto encuentra su fundamentación en el hecho que la víctima o el ofendido, quienes resienten directamente los efectos de la conducta delictiva se han convertido de una manera impensada en individuos que tienen que ver casi de la noche a la mañana con aspectos judiciales en los cuales no tenían porque estar involucrados, es decir que el sujeto pasivo del delito debe ser considerado como el titular del -- derecho violado y jurídicamente protegidos por la norma, el -- ofendido es la persona que reciente el daño causado por la infracción penal y generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes, así ocurre en el delito de homicidio en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras que los ofendidos son los familiares del -- occiso; por ello el sujeto que se denomina ofendido es el directamente perjudicado por la acción delictiva por el sujeto activo del delito, por lo tanto, éste debe tener todas las -- atenciones similares a las que tiene el probable autor del -- delito y sin embargo la Ley Procesal Penal Mexicana lo desampara al ningunearlo como la práctica nos lo demuestra, ya que en definitiva su participación en el procedimiento penal está muy limitada y de ello se aprovecha el Agente del Ministerio Público para manejar el asunto a su conveniencia; de manera -- tal que se da lugar a que se ponga de acuerdo con el defensor

del sujeto activo del delito en beneficio del mismo y entre -
- menos intervención tenga el sujeto pasivo del delito como - -
coadyuvante del Ministerio Público, mayor será la probabili--
dad de que en su perjuicio y a espaldas del ofendido la impar-
tición de justicia en el caso que nos ocupa sea amañado; más ten-
dencioso y viciado, en favor del autor del delito, sujeto que
la realidad penal mexicana nos demuestra, cuenta con más dere-
chos que los que tiene el individuo sobre quien recae la ac--
ción delictiva, es decir el ofendido.

- En realidad la figura del coadyuvante es vital para --
una adecuada impartición de justicia en materia penal y sin -
lugar a dudas quienes lo han relegado al ofendido o víctima
del ilícito lo han hecho así para continuar manejando los - -
asuntos permitiendo la corrupción a nivel impartición de jus-
ticia siempre en beneficio del probable responsable haciendo
inequitativa la relación de la trilogía procesal constituida
junto con el Juez y el Ministerio Público.

BIBLIOGRAFIA

- ALCALA Y ZAMORA CASTILLO, NICETO. ESTAMPAS PROCESALES DE LA LITERATURA ESPAÑOLA. EDITORIAL EUROPA-AMERICA, BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1961.
- BARRIOS DE ANGELIS, DANTE. TEORIA DEL PROCESO. DE PALMA, BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1979.
- BECERRA BAUTISTA, JOSE. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO.- EDITORIAL PORRUA, TOMO P-Z. MEXICO, 1994.
- COLIN SANCHEZ, GUILLERMO. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. ED. PORRUA, MEXICO, 1995, 15A. EDICION.
- FIX ZAMUDIO, HECTOR. EL JUICIO DE AMPARO. ED. PORRUA, -- 1964.
- GARCIA RAMIREZ, SERGIO. CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL. ED. PORRUA, MEXICO, 1971.
- GARCIA VALDES, RODOLFO. DERECHO PROCESAL PENAL. ED. REUS, BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1971.
- GUARNERI, JOSE. LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL, PUEBLA, - PUEB. MEXICO, 1972, ED. CAJICA.

- OROÑOZ SANTANA, CARLOS. MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL. ED. LIMUSA, 1988.

- SILVA SILVA, JORGE ALBERTO. DERECHO PROCESAL PENAL. EDITORIAL HARLA, MEXICO, 1990, 3A. EDICION.

- SOBERANES FERNANDEZ, JOSE LUIS. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. TOMO I-O, EDITORIAL PORRUA. MEXICO, 1996. 9a. EDICION.