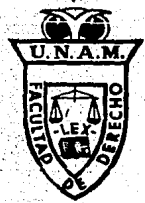


608
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

**OFRECIMIENTO DE PRUEBAS DENTRO DEL TERMINO
CONSTITUCIONAL DE LAS SETENTA
Y DOS HORAS**



T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MIGUEL ANGEL PEREZ CRUZ

MEXICO, D. F.

1989

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

Págs.

INTRODUCCION.....	
-------------------	--

CAPITULO PRIMERO AVERIGUACION PREVIA

1.- Ministerio Público.....	1
2.- Denuncia.....	4
3.- Querrela.....	6
4.- Policía Judicial.....	8
5.- Situaciones a las que lleva la investigación.....	10
6.- Prescripción.....	13
7.- Flagrancia y cuasiflagrancia.....	14
8.- Consignación con detenido y consignación sin detenido.....	16

CAPITULO SEGUNDO PRUEBAS

1.- Generalidades.....	17
2.- Noción.....	19
3.- Objeto.....	20
4.- Sistemas.....	22
5.- Carga.....	24
6.- Valoración.....	25
7.- Pruebas que contemplan los Códigos de Procedimientos penales para el Distrito Federal y Código Federal de Procedimientos Penales.....	26
A).- Confesión.....	26
B).- Inspección Judicial.....	28
C).- Peritos.....	31
D).- Testigos.....	35
E).- Documentos.....	41
F).- Presuncional.....	45

G).- Confrontación.....	48
H).- Careos.....	49

CAPITULO TERCERO
OFRECIAMIENTO DE PRUEBAS DENTRO DEL
TERMINO CONSTITUCIONAL DE LAS SETENTA Y DOS HORAS

1.- Inicio o Cabeza de Proceso.....	51
2.- Ofrecimiento de Pruebas.....	53
3.- Forma de Ofrecerse.....	59
4.- Objeto.....	71
5.- Valoración.....	73
6.- Función del Defensor.....	76
7.- Función del Ministerio Público.....	77
8.- Función del juzgador.....	78
9.- Importancia Práctica.....	79
 CONCLUSIONES.....	 81

BIBLIOGRAFIA

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

La praxis y la doctrina jurídico-penal han confluído en la elaboración de la presente tesis, cuyo tema, -- " ofrecimiento de pruebas dentro del término constitucional de las setenta y dos horas ", intenta mostrar al lector la posibilidad que tiene una persona que ha sido puesta a disposición de un juez penal por la comisión de un delito, de hacer uso de su derecho de defensa y ofrecer, dentro de este lapso de tiempo, las pruebas que considere pertinentes para el beneficio de sus intereses y poner de manifiesto, ante los ojos del juzgador, la verdad histórica de los hechos, para obtener con ello una resolución que en caso de no ser favorable, sea por lo menos justa y -- apegada a derecho.

Debe quedar también asentado que si bien la doctrina aborda el tema en cuestión, no lo hace a través de un estudio profundo, lo cual determina que se le reste importancia a un tema que en mi concepto, requiere de mucha mayor atención -- que la que se le ha dado hasta ahora.

Por otro lado se advierte que en la praxis -- jurídico-penal de nuestros tribunales, muy pocos indiciados hacen uso de este derecho, y es por eso que por conducto del presente trabajo, trato de despertar en el ánimo del lector la inquietud de llevar a cabo una investigación más profunda que resulte en un mejor aprovechamiento y utilización de esta proyección del derecho de defensa.

Es pertinente mencionar que el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 161, concede al indiciado la posibilidad de duplicar el término constitucional de las setenta y dos horas para ofrecer pruebas tendientes a su defensa y que en mi concepto, debería hacerse extensiva al fuero -- común en materia penal.

AVERIGUACION PREVIA.

1.- MINISTERIO PUBLICO.

En nuestro país, el ministerio público constituye una pieza fundamental dentro del procedimiento penal. De acuerdo con el artículo 21 de nuestra carta magna, "... la persecución de los delitos incumbe al ministerio público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél . . . ", y en este contexto, viene a desempeñar una función muy importante dentro de la sociedad, ya que actúa como representante de la misma y por tanto debe velar por sus intereses para garantizar así en cierta medida, la paz y la seguridad sociales.

Su naturaleza es un tanto compleja y ésta se advierte aún más dentro del procedimiento penal ya que, en la etapa procedimental denominada averiguación previa, desempeña funciones de autoridad y en el proceso penal propiamente dicho, realiza funciones de parte.

Tal y como ya quedó apuntado anteriormente, el ministerio público tiene a su cargo la función persecutoria, misma que le encomienda el artículo 21 constitucional, y que como su nombre lo indica y al decir de Rivera Silva "... consiste en perseguir los delitos o lo que es lo mismo, en buscar y reunir los elementos necesarios y hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley. " (1)

(1) RIVERA SILVA, Manuel, " El Procedimiento Penal ", México -- 1984, editorial Porrúa, pag. 39.

Para realizar su cometido, el ministerio público cuenta con una institución que se constituye como un importante auxiliar en las funciones de investigación y persecución de los delitos y que se halla subordinada a él: la policía judicial.

Por otra parte, el ministerio público ha creado todo un monopolio del ejercicio de la acción penal, entendiéndose por ésta, de acuerdo con Adato de Ibarra y García Ramírez " . . . la facultad que se tiene para llevar una controversia ante los tribunales y solicitar de éstos el pronunciamiento sobre la relación jurídica en la que surge el litigio. " (2)

En el momento en que el ministerio público tiene noticias de la comisión de un acto considerado como delictuoso, se debe avocar a la investigación sobre la realización del mismo y practicar todas aquellas diligencias que sea necesario llevar a cabo para acreditar la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de quien o quienes hayan participado en él, y poder, en un momento determinado, ejercitar acción penal.

La forma de poner en conocimiento al ministerio público sobre la realización o comisión de hechos considerados como delictuosos, para que éste pueda avocarse a la investigación y esclarecimiento de los mismos, es a través de la formulación de una denuncia, de una querrela, o en los casos en que el delincuente es sorprendido en el mismo momento de estar perpetrando el ilícito, es decir, la flagrancia.

El ministerio público debe decidir sobre la situación jurídica del delincuente una vez integrada debidamente la averiguación previa, esto es, que ejerce o no, acción penal.

(2) ADATO DE IBARRA, Victoria, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, " Prontuario del Proceso Penal Mexicano ", México 1990, edit. Porrúa, pag. 4.

Aunque la función del ministerio público sobresale dentro del campo procesal penal, ya que existen agentes del ministerio público adscritos al fuero común, al fuero federal y aún, dentro del fuero militar, también se le observa actuando en los procedimientos judiciales de carácter civil.

Entre las características que se atribuyen al ministerio público podemos mencionar que es una institución federal por estar prevista en la constitución política; que actúa bajo la vigilancia y dirección de un procurador de justicia, y que depende directamente del poder ejecutivo.

Borja Osorno menciona las características generatrices del ministerio público y señala al respecto : " La irresponsabilidad tiene por objeto proteger al ministerio público contra los individuos que él persigue en juicio, a los cuales no se les concede ningún derecho contra los funcionarios que ejercen la acción penal aún en el caso de ser abusos. "

" La irrecusabilidad es otra prerrogativa acordada por la ley al ministerio público, porque de no ser así, su acción, que es incesante e interesa directamente a la sociedad, podría ser frecuentemente interrumpida si al acusado se concediera el derecho de recusación . . . "

" Se dice que la misión del ministerio público es de buena fe, - en el sentido de que no es su papel el contendiente forzoso de los procesados. Su interés no es necesariamente el de la acusación o la condena, sino simplemente el interés de la sociedad : la justicia. " (3)

En nuestro derecho actual, el ministerio público es, y debe ser el más celoso guardián del cumplimiento estricto de las leyes.

(3) BORJA OSORNO, Guillermo, " Derecho Procesal Penal ", Puebla 1985, editorial Cajica, pag. 98.

2.- DENUNCIA.

En nuestro sistema normativo relativo al caso no procesal penal, la sociedad se halla interesada en que a los delincuentes se les apliquen las penas o medidas de seguridad correspondientes a cada delito, y para responder a ese interés, - existen tribunales penales dispuestos a aplicar la ley punitiva en cada caso concreto.

Para conseguir que los tribunales cumplan su misión, es necesario que se ejercite acción penal por parte del ministerio público una vez agotada la averiguación previa, en la que se hallen reunidos los suficientes elementos para acreditar la existencia del cuerpo del delito, y hacer probable la presunta responsabilidad del acusado. Sin embargo, el ministerio público no puede iniciar la averiguación previa respecto de la comisión de un delito si mucho menos ejercitar acción penal en contra del autor del mismo, si antes no ha tenido noticias de su realización.

Una de las formas de poner en conocimiento al ministerio público respecto de la comisión de hechos considerados como delictuosos es la denuncia, y asimismo lo manifiesta el artículo 16 de nuestra constitución al decir: ". . . no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela . . ." En concepto de Adato de Ibarra y García Ramírez, ". . . la denuncia es la transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa, que cualquier persona hace (o debe hacer) a la autoridad competente." (4)

(4) ADATO DE IBARRA, Victoria, ob. cit. pag. 23.

Por otra parte Arilla Bas define la denuncia como " . . . la noticia de la comisión de un delito dada a la autoridad encargada de perseguirlo. " (5)

De lo anterior podemos concluir que la denuncia es la acción o el acto que realiza un particular, sea el lesionado o un tercero de poner en conocimiento de los órganos competentes, la comisión de ciertos hechos que se consideran delictivos y que se castigan además, que atentan contra la seguridad pública, y en tal virtud, es propia de los actos que se persiguen de oficio.

La denuncia viene a constituirse como requisito de procedibilidad del procedimiento penal, ya que como se mencionó anteriormente, éste sólo se inicia mediante denuncia o querrela.

Interpretando de una manera lógica, la persona que pone en conocimiento de la autoridad la noticia de la comisión de un delito, recibe el nombre de "denunciante", misma que debiere tener una intervención y participación directa en el proceso penal, y que sin embargo, a nivel práctico, ve restringido su campo de acción y proyección.

Rodríguez Rodríguez manifiesta que " Por el hecho de haber denunciado, simplemente, el denunciante no se convierte en parte dentro del proceso, y por ello no puede interponer recurso, ni intervenir en el proceso, ni pedir pruebas, ni conocer el suario. Esto se explica porque, como está anotado, el titular de la acción es el Estado, y por lo tanto, la denuncia es un simple requisito de procedibilidad. " (6)

(5) ARILLA BAS, Fernando, " El Procedimiento Penal en México ", México 1976, Editores Mexicanos Unidos, pag. 60.

(6) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Gustavo Humberto, " Nuevo Procedimiento Penal Mexicano ", Bogotá 1972, edit. Temis, pag. 51.

3.- QUERRELLA.

Al igual que la denuncia, la querrella se viene a constituir como requisito de procedibilidad del procedimiento penal, difiriendo de aquélla en que ésta, sólo pueda ser hecha por la persona ofendida y por consiguiente, es propia de los actos o delitos que se persiguen a petición de parte.

También, como la denuncia, la querrella es, de acuerdo con el pensar de Rivera Silva, la " . . . relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito. " (7)

Arilla Bas por su parte, define a la querrella como " . . . la imputación de la perpetración de un delito hecha por el ofendido a personas determinadas, pidiendo se les sancione penalmente." (8) En este orden de ideas se deja entrever que en la querrella entra en juego un interés particular, cuya intensidad es más vigorosa que el daño sufrido por la sociedad.

Como ya se mencionó anteriormente, la querrella sólo puede ser -- hecha por la persona ofendida, es decir, aquella que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito, y , tratándose de incapaces, a los ascendientes y, a falta de éstos, a los hermanos o los que representen legalmente a aquéllos.

Tratándose de personas morales, las querrellas podrán ser formuladas por sus apoderados que tengan poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial.

(7) RIVERA SILVA, Manuel, ob. cit. pag. 119.

(8) ARILLA BAS, Fernando, ob. cit. pag. 61.

Ahora bien; en los delitos que se persiguen a petición de parte, es decir, aquéllos en los que se requiere querrela necesaria, cabe el perdón del ofendido, entendiéndose - por éste " . . . la manifestación expresa de voluntad en virtud de la cual se hace patente el propósito del ofendido de que no - se castigue al infractor. " (9)

Algunos autores consideran que con el perdón, se termina la actividad preparatoria de la acción procesal penal, y que por consiguiente, no puede hacerse la consignación. Para otros autores, - el ministerio público no puede resolver sobre la extinción de la acción penal por perdón, en virtud de que según ellos, la resolución es propia y exclusiva del órgano jurisdiccional, a quien - consideran el único capacitado para dictar el derecho.

Desde un punto de vista muy particular, relacionado con el tema motivo de mi tesis, considero que para efectos de economía procesal y en atención a la garantía constitucional de la pronta administración de justicia, el ministerio público, tratándose de delitos que se persigan a instancia de parte, y en los que se otorgue el perdón del ofendido, debe extinguir la acción penal.

Es pertinente señalar que la formulación de la querrela entraña un derecho subjetivo ya que, más que la sociedad, quien resiente el daño ocasionado por la realización de una conducta delictuosa es propiamente el ofendido, y he aquí, que la querrela, en este contexto, viene a ser potestativa.

Carnelutti expresa con respecto a lo anterior " Que una ofensa - no sea punible sino a querrela de parte significa en primer lugar que depende del juicio del ofendido su castigo no en el sentido de que tal juicio sea suficiente sino en el de que es necesario . . . " (10)

(9) RIVERA SILVA, Manuel, ob. cit. pag. 124.

(10) CARNELUTTI, Francesco, " Lecciones sobre el Proceso Penal " Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1959, pag. 33.

4.- POLICIA JUDICIAL.

Como se mencionó en el punto número uno de este capítulo, el artículo 21 de nuestra constitución política - señala, que la persecución de los delitos también compete a la - policía judicial y, manifiesta también, que ésta, estará subordinada al ministerio público.

La policía judicial es uno de los órganos auxiliares más importantes con que cuenta el ministerio público en la etapa procedimental de la averiguación previa, cuya facultad tiene por objeto llenar los requisitos exigidos por el artículo 16 constitucional y comprobar sus extremos, para que el ministerio público pueda - en un momento dado, ejercitar acción penal.

Borja Osorno señala las funciones de la policía judicial y las - expresa en los siguientes términos:

" 1.- Averiguar los delitos, descubrir a los delincuentes y entregarlos en su caso al Ministerio Público . . .

" 2.- Prestar auxilio al órgano jurisdiccional a fin de que sus órdenes se ejecuten y se cumplan las resoluciones judiciales.

" 3.- Cooperar con la autoridad judicial para el mejor cumplimiento de la función de decisión.

" 4.- El cumplimiento de la orden de aprehensión. " (11)

Como podemos apreciar, en el tema que nos ocupa, las diligencias de policía judicial sirven de base para determinar si el ministerio público ejercita o no, la acción penal.

Comúnmente se habla de diligencias de policía judicial en nuestro sistema normativo de derecho procesal penal y éstas no son otra cosa que las diligencias de averiguación previa practicadas por individuos pertenecientes a la policía judicial.

(11) BORJA OSORNO, Guillermo, ob. cit. pag. 92.

Las actas levantadas ante el ministerio público y ante la policía judicial, de acuerdo con la ley, tendrán valor probatorio pleno.

Por otro lado, es necesario señalar que a veces en el período de preparación de la acción procesal penal, el acusado queda a disposición de la policía judicial en calidad de detenido, cuando se trata de un delito que tiene señalada sanción privativa de libertad y en los casos de flagrante delito o de notoria urgencia. También es pertinente mencionar, que la policía judicial realiza funciones de investigación, en lo que respecta a la etapa de averiguación previa, tanto dentro del fuero común, como dentro del fuero federal.

Por lo que respecta a su integración y organización, mencionaremos brevemente que en ambos fueros existen, aunque varíen a veces en la denominación, un director, un subdirector, comandantes y jefes de grupo.

En nuestra sociedad actual, el incremento constante de la delincuencia y el crimen, aunado a la técnica, conocimiento y destreza utilizados por los delincuentes, requieren y reclaman, que la organización policial moderna, supere esa habilidad y esa destreza para poder seguir manteniendo el equilibrio de la seguridad social de nuestro país.

El maestro Borja Osorno, deja entrever su preocupación por el crecimiento constante de la delincuencia y manifiesta que "La lucha contra el crimen y el estado peligroso reclama de manera apremiante, la actuación de una genuina policía judicial que, con preparación adecuada y clara conciencia de sus atribuciones y deberes, sea instrumento eficaz para prevenir y descubrir los delitos, y esté a la vez inmunizada contra los métodos que, por desgracia, sigue utilizando con detrimento para su prestigio, en no pocos países.

5.- SITUACIONES A LAS QUE LLEVA
LA INVESTIGACION.

Una vez que el ministerio público, ha tenido noticia de la comisión de un delito, debe practicar todas las diligencias que sea necesario llevar a cabo para esclarecer la verdad histórica respecto al mismo, y así realizar una de las principales funciones que le han sido encomendadas: la función persecutoria.

Junto con la policía judicial, el ministerio público se avoca a la investigación de los delitos, para tratar de reunir los requisitos que señala el artículo 16 constitucional y, en un momento determinado, poder ejercitar acción penal.

El ministerio público posee muy amplias facultades para el desempeño de sus tareas de averiguación previa. En este período, la actividad que él realiza, puede desembocar, de acuerdo con Adato de Ibarra y García Ramírez " . . . en el ejercicio de la acción penal, bajo el acto denominado de 'consignación', o en el no -- ejercicio de la misma, mediante el denominado 'archivo de la averiguación', acerca de cuyos efectos provisionales o definitivos no existen prácticas uniforme ni coincidencia doctrinal.

" Una solución intermedia es la de 'reserva', que constituye solamente la detención de las diligencias averiguatorias hasta que nuevos elementos permitan su continuidad. " (13)

Como se puede apreciar con lo manifestado anteriormente, las investigaciones practicadas por el ministerio público para el esclarecimiento de los actos delictuosos, lo llevan a contemplar -- las tres situaciones, cualquiera que de ellas sea en cada caso, mencionadas en el párrafo anterior.

(13) ADATO DE IBARRA, Victoria, ob. cit. pag. 8.

Cuando el ministerio público considera que con las diligencias practicadas, se ha comprobado a su juicio, la existencia de un delito y la responsabilidad de un sujeto en la comisión del mismo, se encontrará en aptitud de poder ejercitar acción penal.

Tal y como lo manifiesta Borja Osorno, " El ejercicio de la acción penal es una actividad del ministerio público encaminada a cumplir con su función y a poner en aptitud al órgano jurisdiccional para realizar la suya. El primer acto de esta actividad - propiamente hablando, es la consignación. " (14)

Se puede afirmar que con la consignación, se pone en movimiento toda la actividad procesal y se crea una situación jurídica especial para el probable responsable de un delito, y asimismo, obliga al órgano jurisdiccional a la realización de determinados actos, y obliga también al ministerio público, quien debe continuar en todas sus partes, el ejercicio de su acción.

La consignación de la averiguación previa, hecha por el ministerio público, puede presentar dos aspectos que son, la hecha "con detenido" y la hecha "sin detenido", y de las que más adelante - hablaremos.

Por otra parte, cuando practicadas todas las diligencias, no se ha comprobado el cuerpo del delito, ni la presunta responsabilidad de un sujeto en la comisión del mismo, el ministerio público determinará el archivo de la averiguación, con el cual se manifiesta que un hecho no es delictuoso.

Esta resolución ha sido acremente criticada, pero cabe pensar - que por economía y práctica procesal es correcta que no se acuda a los tribunales para que hagan la declaratoria de la no existencia del delito, cuando el ministerio público no ha reunido elementos que lo comprueben.

(14) BORJA OSORNO, Guillermo, ob. cit. pag. 103.

En lo referente a la resolución de archivo - de la averiguación, Rivera Silva manifiesta que " . . . en primer lugar, la resolución de archivo se dicta cuando se han agotado todas las diligencias y, en segundo lugar, que al dejar abiertas las averiguaciones en forma indefinida, riñe con los principios generales del derecho, que buscan siempre la determinación de situaciones firmes y no indecisas, debiéndose recordar que el instituto de la prescripción precisamente se alimenta en esta idea. " (15)

Tal y como puede apreciarse en las ideas apuntadas anteriormente la resolución de archivo de la averiguación, surte efectos definitivos y, en este contexto, una vez archivada una averiguación no puede ser puesta ulteriormente en movimiento.

Existe una resolución que se considera intermedia a las dos señaladas anteriormente, y a la que se le denomina de reserva, misma que se dicta de acuerdo con Rivera Silva " Cuando las diligencias no se han practicado por una dificultad material que impide la práctica de las mismas . . . " (16)

Por su parte, Adato de Ibarra y García Ramírez, opinan que la resolución de reserva " . . . constituye solamente la detención de las diligencias de averiguación hasta que nuevos elementos permitan su continuidad. " (17)

Tales son, en una visión muy general, las situaciones a las que conduce la investigación que lleva a cabo el ministerio público cuando tiene conocimiento de la comisión de un delito.

(15) RIVERA SILVA, Manuel, ob. cit. pag. 141.

(16) RIVERA SILVA, Manuel, ob. cit. pag. 142.

(17) ADATO DE IBARRA, Victoria, ob. cit. pag. 3.

6.- PRESCRIPCIÓN.

La prescripción, de acuerdo con González de la Vega " . . . es una causa extintora por lo que, debido al simple transcurso de un lapso de tiempo calculado legalmente, la acción penal ya no se puede iniciar o seguir ejercitando, o las sanciones establecidas en la condena, ya no pueden ejecutarse. " (18)

En nuestro derecho penal, la prescripción está regulada en el código sustantivo de la materia, y así por ejemplo, el artículo 100 del mencionado código manifiesta que " Por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones . . . "

El artículo 101 menciona que " . . . la prescripción producirá su efecto, aunque no la alegue como excepción el acusado. Los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso. "

El artículo 105 dice al respecto que " . . . La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años. "

Como puede advertirse en lo manifestado anteriormente, la resolución que declara o no prescrita la acción o la pena, es propiamente un acto jurisdiccional y no administrativo, y así lo manifiestan un sinnúmero de autores en el campo de la teoría procesal penal.

En una apreciación muy personal y, atendiendo a que mi tema de tesis, busca principalmente conseguir y lograr una economía procesal, yo me manifiesto en la opinión de que el ministerio público, también debiera tener atribuciones declarativas de prescripción.

(18) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, " El Código Penal Comentado ", México 1974, edit. Porrúa, pag. 177.

7.- FLAGRANCIA Y QUASIFLAGRANCIA.

Uno de los casos en que puede ser aprehendido un delincuente, sin que se hubiere librado ninguna orden de aprehensión o detención en contra de él, es el de la flagrancia. Esta se presenta cuando " . . . es sorprendido el infractor en el momento en que está cometiendo el delito . . . " (19)

Nuestro artículo 16 constitucional corrobora lo anterior al establecer que " . . . No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que por cada denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquí llas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpada, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora, a disposición de la autoridad inmediata . . . "

Quando un sujeto es detenido y sorprendido en el momento mismo de estar perpetrando un delito, debe ser puesto a disposición del ministerio público, quien deberá practicar todas las diligencias necesarias, que en este caso, se radican considerablemente dada la situación, para llevar a cabo el ejercicio de la acción penal en contra del delincuente, y cumplir así con su función de representante de la sociedad, velando por los intereses de la misma.

La flagrancia es una de las figuras características de nuestro sistema procesal penal que, en la mayoría de los casos, da como resultado la consignación de la averiguación por parte del ministerio público.

(19) RIVERA SILVA, Manuel, ob. cit. pag. 145.

Arilla Bas por su parte, menciona respecto de la flagrancia que " El acto material de aprehender al delincuente in fraganti, que es legítimo por ministerio de la Constitución y no precisa, por lo tanto, de auto previo de la autoridad judicial, es facultativo para el particular y obligatorio para la autoridad o sus agentes . . . " (20) .

En la transcripción anterior queda latente el ánimo del legislador, al poner de manifiesto, la obligación de la autoridad relativa a los casos de flagrancia, y la facultad que tienen los particulares en relación a la decisión de aprehender al delincuente en el momento mismo de estar perpetrando el ilícito.

Por otro lado tenemos la cuasi flagrancia, que cobra vida en el momento inmediato posterior a la comisión del delito.

Respecto de la cuasi flagrancia, Rivera Silva distingue dos situaciones, una que se da " En el momento posterior a la comisión del delito, en que el delincuente es materialmente perseguido . . . ", y otra que se configura " En el momento en que cometido el delito se señala a un sujeto como responsable y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparece cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad. " (21)

Una de las situaciones anteriores que señala Rivera Silva en torno al tema de la cuasi flagrancia, habla de que el delincuente es materialmente perseguido, y a este respecto, es preciso hacer notar, que la persecución debe ser ininterrumpida porque en el caso contrario, ya no se estaría en presencia de la cuasi flagrancia. Se pone de manifiesto además, que se está dentro de la cuasi flagrancia, en tanto que no cesa la persecución, independientemente del tiempo.

(20) ARILLA BAS, Fernando, ob. cit. pag. 79.

(21) RIVERA SILVA, Manuel, ob. cit. pag. 146.

8.- CONSIGNACION CON DEFENIDO Y CONSIGNACION SIN DEFENIDO.

De lo manifestado en páginas anteriores, tenemos que el ministerio público debe agotar la averiguación previa y, en consecuencia, practicar todas aquellas diligencias que sean necesarias para reunir los requisitos del artículo 16 constitucional. Ahora bien, la averiguación puede derivar hacia dos situaciones diferentes: 1) que no se reúnan dichos elementos; y 2) que se reúnan.

En caso de que las diligencias practicadas por el ministerio público no reúnan los requisitos del artículo 16 constitucional, - puede subdividirse en otros dos: a) que esté agotada la averiguación, en cuyo caso el ministerio público decretará el archivo es decir, el no ejercicio de la acción penal; y, b) que no esté agotada la averiguación, en cuyo caso el ministerio público deberá archivar las diligencias provisionalmente, en tanto desaparece la dificultad material que impidió llevarlas a cabo.

En el segundo caso pueden presentarse a su vez, otras dos situaciones: a) que se encuentre detenido al responsable en cuyo caso el ministerio público, deberá consignar dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención, según lo ordena la fracción XVIII del artículo 107 constitucional; y, b) que no se encuentre detenido al responsable y en tal virtud, el ministerio público consignará solicitando orden de aprehensión. Y en los casos en que el delito por el cual se consigna, tenga señalado únicamente una sanción no privativa de libertad o una alternativa - que incluya alguna no privativa de libertad, el ministerio público se limitará en la consignación, a solicitar que el juez cite al inculcado para que comparezca ante él.

El ministerio público una vez que ha ejercitado la acción penal, se convierte de autoridad en parte.

PRUEBAS.

1.- GENERALIDADES.

Uno de los temas principales en el campo de la ciencia procesal, es sin duda alguna el de las pruebas. Hablar de pruebas implica hacer un estudio profundo y a conciencia respecto de las mismas, ya que éstas constituyen la verificación de las afirmaciones de las partes en conflicto y, norman al criterio del juzgador, quien debe resolver una determinada situación jurídica con base en aquéllas.

Tal y como menciona Ovallo Favela " La palabra prueba se emplea para designar los medios de prueba, es decir, los instrumentos - con los que se pretende lograr el cercioramiento del juzgador - acerca de los hechos discutidos en el proceso. " (22)

Por su parte Cipriano Gómez Lara conceptualiza el medio de prueba como " . . . la vía, el camino, que puede provocar los motivos, o sea ocasionar los razonamientos, argumentos o intuiciones que permitirán al juez llegar a la certeza, o al conocimiento de determinado hecho invocado por las partes como fundamento de sus pretensiones o de sus defensas. " (23)

Tal y como puede apreciarse, en materia penal, las cuestiones relativas a las pruebas son de máxima importancia.

Con gran acierto Pérez Palma señala respecto de la importancia de las pruebas que " Al tenerse noticia de la comisión de un delito, el órgano investigador entra en actividad en busca de elementos probatorios para acreditar el cuerpo del delito y el des-

(22) OVALLE FAVELA, José, " Derecho Procesal Civil ", México -- 1984, edit. Harla, pag. 94.

(23) GOMEZ LARA, Cipriano, " Teoría General del Proceso ", México 1981, edit. U.N.A.M., pag. 301.

cubrimiento del responsable; el Ministerio Público, al formular su acusación inicial, lo hace fundado en las presunciones que derivan de los primeros elementos de prueba encontrados; el juez, para resolver sobre la formal prisión o soltura del acusado, examina estas presunciones; luego, durante la instrucción, la parte acusadora trata de fortalecer las presunciones iniciales, para convertirlas en convicción plena y el defensor y el acusado, por el contrario buscarán la manera de desvirtuarlas; finalmente, en la sentencia, el órgano jurisdiccional hará la valoración de los elementos de prueba aportados, con miras a la absolución o la condena. Todo pues, dentro del proceso criminal, gira en torno a las pruebas. " (24)

La decisión jurisdiccional requiere no la verdad, sino la certeza, ya que tenemos por cierta una cosa cuando estamos ciertos de ella, y mientras la verdad es objetiva, la certeza es subjetiva, porque la verdad es una realidad objetiva que cuando es adquirida por la mente humana, mediante el correspondiente proceso psíquico, forma la certeza.

Nuestros códigos de procedimientos penales, tanto el federal como el del Distrito Federal, señalan como medios de prueba los siguientes : a) la confesión, b) el testimonio, c) la pericia, -- d) la inspección, e) los documentos, f) los catócos, y, g) la presunción, pruebas todas ellas de las que más adelante hablaremos y de las que se hará un breve análisis, que no por breve será en manera alguna superficial.

(24) PEREZ PALMA, Rafael, " Guía de Derecho Procesal Penal ", - México 1977, edit. Cárdenas, Editor y Distribuidor, pag. 146.

2.- NOCIÓN.

Respecto de la noción acerca de las pruebas existe una gran variedad de definiciones de distintos autores, - que de una o de otra manera, tratan de encontrar la esencia de - lo que la prueba es.

Colín Sanchez manifiesta que " . . . prueba es todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y personalidad del delincuente, para de esa manera estar en aptitud de definir la pretensión punitiva estatal. " (25)

Carnelutti por su parte afirma que " Los elementos instrumentales reales, esto es, la materia en bruto, sobre la cual el oficio judicial trabaja produciendo las razones, está constituida - por las pruebas. " (26)

Rivera Silva también menciona al respecto que " El medio de prueba es la prueba misma; es el modo o acto por medio del cual se - lleva el conocimiento verdadero de un objeto. " (27)

Atendiendo a las anteriores definiciones respecto de las pruebas y desde mi personal punto de vista, considero que las mismas son todos aquellos instrumentos, que procesalmente hablando, provocan en el ánimo del titular del órgano jurisdiccional, la certeza o credibilidad respecto de la existencia o inexistencia pasadas, de un hecho controvertido y sobre el cual el juzgador tiene la obligación de emitir una determinada resolución.

(25) COLIN SANCHEZ, Guillermo, " Derecho Mexicano de Procedimientos Penales ", México 1970, edit. Porrúa, pag. 296.

(26) CARNELUTTI, Francesco, ob. cit., pag. 213.

(27) RIVERA SILVA, Manuel, ob. cit., pag. 187.

3.- OBJETO.

Hablar del objeto de la prueba dentro del campo procesal penal, es hablar acerca del tema sobre el cual debe recaer la misma, es decir, sobre cuestiones pertinentes y relativas al proceso en que aquélla se presenta.

De acuerdo con Borja Osorio el " Objeto de la prueba es lo que en el proceso hay que determinar, es el tema a probar y consiste en la cosa, la circunstancia o el acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso . . . " (28)

Ovalle Favela señala al respecto que " Si se ha definido la prueba como la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos necesarios para que pueda resolver el conflicto sometido a proceso, resulta lógico considerar que el objeto de la prueba (Thema Probandum), es decir, lo que se prueba, son precisamente esos hechos. " (29)

Resulta entonces claro afirmar que al objeto de la prueba es, como ya quedó indicado en los párrafos anteriores, lo que hay que averiguar en el proceso.

Rivera Silva divide al objeto de la prueba en mediato e inmediato y hace la distinción entre ambos al afirmar que el objeto mediato es " . . . lo que hay que probar en el proceso en general . . . " y, objeto inmediato es " . . . lo que hay que determinar con cada prueba que en concreto se lleva al proceso. " (30)

(28) BORJA OSORIO, Guillermo, ob. cit. pag. 270.

(29) OVALLE FAVELA, José, ob. cit. pag. 97.

(30) RIVERA SILVA, Emanuel, ob. cit. pag. 200.

Nuestra legislación no pone ninguna limitación al objeto de prueba y, por consiguiente, se puede afirmar - que todas las presunciones que establece son *juris tantum*, es decir, presunciones que admiten prueba contraria.

En este orden de ideas, RIVERA SILVA expresa que " Esta postura de nuestra ley obedece a la idea de que el derecho penal debe ser realista y, por ende, buscador de la verdad histórica, la cual nunca se puede presumir previamente en forma absoluta. " - (31)

ARILLA BAS, al hablar sobre el tema del objeto de la prueba, nos dice que " El objeto de prueba comprende todos los elementos del delito, tanto objetivos como subjetivos. Estos últimos refractarios naturalmente a la prueba directa, se infieren, por inducción o deducción, de los objetivos . . . " (32)

En base a todas las afirmaciones anteriores podemos concluir que respecto al objeto, la prueba no ha de recaer sobre cualquier tema, sino sólo sobre cuestiones pertinentes y relativas al proceso, entendiendo por pertinencia la calidad consistente en que lo que se trata de probar, tenga estrecha relación con lo que en el proceso se quiere saber. La falta de pertinencia hace desaparecer la calidad del objeto de prueba.

La prueba tiende a la determinación de la verdad y persiguen la consecución de ésta, cuando menos el juez y el ministerio público, y en muchas ocasiones, pero no siempre, el procesado, su defensor y la parte lesionada por el delito. Claro está que estos últimos pueden tener interés también en que la verdad se conozca pero ello no significa que muchas veces, por el contrario, pretendan ocultarla.

(31) RIVERA SILVA, Manuel, ob. cit. pag. 201.

(32) ARILLA BAS, Fernando, ob. cit. pag. 108.

4.- SISTEMAS.

En nuestro sistema normativo actual que priva dentro del escenario procesal penal, nos encontramos que en la incesante búsqueda de la verdad, el valor de las pruebas que puedan presentar las partes que intervienen en el proceso y, la valoración de las mismas que pueda hacer el juzgador, nos conducen al decir de Rivera Silva, a dos situaciones o sistemas que él describe diciendo que " Cuando la ley fija, de manera determinada, el valor de la prueba, nos hallamos con una verdad formalista, que motiva el llamado sistema de la prueba tasada. "

" La búsqueda de la verdad histórica motiva el sistema de la libre apreciación de la prueba, en el cual el juez no obedece a un criterio legal preestablecido, sino a lo que dicta su propia estimación. " (33)

Para poder entender de una manera más clara y precisa el concepto de lo que la verdad es, hará una sencilla distinción acerca de la misma en los siguientes términos:

- a) verdad formal : es aquella que se tiene por tal únicamente en vista de que es el resultado de una prueba que la ley reputa como infalible.
- b) verdad material : es la que se fija en el pensamiento del juez como certeza y como consecuencia de la libre apreciación, - por él mismo realizada, de la prueba.

Por otra parte, Borja Osorno considera que los sistemas de valoración de las pruebas son, o deben ser, tres y que él enumera de la siguiente manera : " 1.- El sistema de prueba legal o tasada; 2.- El sistema de libre apreciación de la prueba; 3.- El sistema de la prueba razonada o de la sana crítica. " (34)

(33) RIVERA SILVA, Manuel, ob. cit. pag. 192.

(34) BORJA OSORNO, Guillermo, ob. cit. pag. 275.

En el sistema de prueba legal o tasada, la valoración de la misma se sujeta a las normas establecidas con anterioridad por la ley. Este sistema se funda en la necesidad de prevenir la arbitrariedad y la ignorancia del juez.

El sistema de libre apreciación de la prueba tiende a sujetar la valoración de la misma a la lógica. Su justificación es la necesidad de adaptar la prueba a la infinita variabilidad de los hechos humanos.

En el sistema de la prueba razonada o de la sana crítica se reconocen algunos principios para la valoración de la prueba, o en algunos casos, se concede arbitrio judicial razonado para valorar otros medios de prueba; se sujeta la valoración de la prueba tanto a las reglas de la lógica como a la experiencia del juez. Algunos autores mencionan un cuarto sistema respecto a la valoración de las pruebas, y así Arilla Bas, menciona que existe un sistema mixto que ". . . sujeta la valoración de unas pruebas a normas preestablecidas, y deja otras a la crítica del juez. "

(35)

Por su parte Gómez Lara hace la mención de la existencia de un sistema ordálico que en su concepto, es un sistema de valoración apriorístico de la prueba.

Dentro de esta variedad de sistemas de valoración de la prueba que priva dentro del escenario procesal penal de nuestro país, gobierna el principio de la libertad de la prueba, aunque yo me pronuncio particularmente a favor del sistema de la prueba razonada o de la sana crítica ya que, en todo caso, la ausencia de razonamiento o el razonamiento contrario a las reglas de la lógica, causará el consiguiente agravio. La exigencia de razonar es tanto mayor cuanto mayor es la libertad concedida por la ley al juez.

(35) ARILLA BAS, Fernando, ob. cit. pag. 113.

5.- CARGA.

Sobre este punto se ha dicho y escrito bastante acerca del sujeto sobre el que recae la obligación de probar, cuya omisión implica una desventaja procesal.

En materia civil rigen los principios de que el actor está obligado a probar su acción y el demandado su excepción, y el de que lo ordinario se presume y lo extraordinario se prueba.

Es conveniente ante todo recordar que " . . . hay una carga cuando la ley fija el comportamiento que alguien debe observar si quiere conseguir un resultado favorable a su propio interés. "

(36)

En virtud de que el proceso penal está regido por el principio de la verdad material, recae el tema de la carga procesal. Tanto el juzgador como el ministerio público deben buscar dicha verdad histórica, y por ello, el ministerio público, parte imparcial o de buena fe y además autoridad en el período de averiguación previa, debe buscar por igual los datos de cargo y descargo.

De acuerdo con Colín Sánchez " . . . la carga de la prueba no opera en el procedimiento penal; éste es de interés público, y ante la inactividad del ministerio público, o del procesado y su defensor, el tribunal puede tomar la iniciativa necesaria para que se realicen los fines específicos del proceso. " (37)

Se puede afirmar categóricamente que el juez penal, así como está obligado a investigar la existencia del hecho atribuido al imputado, está obligado también a investigar la existencia de una eventual causa de exclusión del delito.

(36) BORJA OSORNO, Guillermo, ob. cit. pag. 282.

(37) COLIN SANCHEZ, Guillermo, ob. cit. pag. 321.

6.- VALORACION.

La valoración de la prueba se encuentra en íntima relación con los sistemas que respecto de la misma existen, y que ya se han mencionado anteriormente.

En cuanto a la apreciación del valor o fuerza de convicción de la prueba, se contraponen sustancialmente dos sistemas:

1) Que la ley precise dicho valor.

2) Que éste resulte de la actividad del juzgador, sea que actúe libremente, en conciencia, sea que se someta a reglas de sana crítica, es decir, que razone su convicción.

Tal y como expresa Borja Osorno " El valor de la prueba consiste por tanto, en su idoneidad para establecer, según las leyes de la naturaleza, la existencia del hecho a probar. Este valor viene configurándose como el peso de la prueba sobre la balanza de la justicia, por lo que se habla de pruebas graves y de pruebas leves, para indicar su mayor o menor valor. " (38)

Como puede apreciarse dentro del proceso penal, el juez nunca se sirve de una prueba sola, ya que para el juicio, es necesaria no sólo la valoración singular de las pruebas, sino además, la valoración en conjunto de las mismas para que se tenga una visión más acertada que nos lleve a encontrar la verdad histórica de los hechos. Así tenemos los testimonios, las declaraciones del acusado, los dictámenes de los peritos, los documentos, las presunciones etc.

Por otra parte y de acuerdo con Arilla Bas, " El valor de la prueba es el grado de credibilidad que contiene para provocar la certeza en el ánimo del titular del órgano jurisdiccional. " (39)

(38) BORJA OSORNO, Guillermo, ob. cit. pag. 277.

(39) ARILLA BAS, Fernando, ob. cit. pag 112.

7.- PRUEBAS QUE CONTEMPLAN LOS CODIGOS DE -
PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDE-
RAL Y CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENAL-
LES.

A) CONFESION.

Podemos definirla como el reconocimiento que hace el inculpado de su propia responsabilidad, de donde se concluye que no todo lo que éste declara es confesión, sino únicamente aquello cuyo contenido se resuelve en su contra por referirse a la admisión de su conducta delictuosa.

Robusteciendo la anterior definición, Piña y Palacios define a - la confesión " . . . como el reconocimiento o admisión de la responsabilidad y participación que se ha tenido en los hechos que constituyen un acto o una omisión que sanciona la ley penal. " (40)

Pérez Palma distingue entre confesión judicial y extrajudicial, y entre confesión simple y calificada, manifestando que " Por la primera debe entenderse que la confesión es judicial, en el caso de que sea producida ante el juez que conoce de la causa; en la segunda acepción, la confesión, a pesar de ser producida ante la policía pública o el ministerio público, seguirá siendo judicial, en razón de que es otorgada para obrar en el proceso y con motivo de él y porque aparecerá dentro de la averiguación previa que finalmente habrá de formar parte de la causa. "

Respecto de la confesión extrajudicial, el mismo autor la define como aquella que " . . . se produce ante autoridades distintas - de la judicial y del ministerio público, y aún ante particula- res. "

(40) PINA Y PALACIOS, Javier, " Derecho Procesal Penal ", México 1948, editorial Porrúa, pag. 158.

En lo que hace a la confesión simple y calificada manifiesta que " . . . la confesión consiste en el reconocimiento que el inculgado hace de su propia responsabilidad. Ahora bien, la responsabilidad no es sino la consecuencia de una conducta delictiva anterior y por tanto puede suceder: que el acusado reconozca su participación en los hechos delictuosos y consecuentemente su responsabilidad penal; o bien, que admita su intervención en los hechos, pero que niegue su responsabilidad, por la concurrencia de alguna circunstancia eximente de responsabilidad o por otra causa. La primera, jurídicamente, es una confesión lisa y llana, una confesión simple, en tanto que la segunda es una confesión calificada. " (41)

De lo apuntado anteriormente podemos afirmar que la confesión comprende dos elementos esenciales:

- a) Una declaración, y
- b) Que el contenido de la declaración implique el reconocimiento de la culpabilidad.

Al lado de los elementos esenciales de la confesión, se presentan también los elementos legales, que son aquellos que están señalados en la ley, y que son, entre otros:

- a) Que sea hecha ante el tribunal o juez de la causa, o ante el funcionario de la policía judicial que haya practicado las primeras diligencias.
- b) Que la confesión se haga sin coacción ni violencia.
- c) Que se refiera a hechos propios.

La confesión resulta de las declaraciones del interesado sobre los hechos del juicio. Los antiguos la consideraban como la reina de las pruebas, sin embargo, ese carácter preponderante de la prueba confesional, ha ido perdiendo actualidad.

Actualmente se piensa que la confesión, es particularmente, una manifestación de la personalidad del acusado, un indicio.

(41) PEREZ PALMA, Rafael, ob. cit. pag. 157.

Por último hemos de agregar, que la confesión judicial es admisible en cualquier estado del proceso, hasta antes de pronunciarse la sentencia definitiva.

B) INSPECCION JUDICIAL.

La podemos definir como la aplicación de los sentidos a la realidad, hecha por el órgano jurisdiccional, para conocerla.

Según González Bustamante, " La prueba de inspección que queda sujeta a la comprobación material del juzgador, está constituida por la percepción de los efectos resolutivos del delito; las huellas materiales, los vestigios que dejó en su perpetración; en una palabra, el hecho objetivo y material de la infracción penal. " (42)

La inspección judicial es el examen y observación, junto con la descripción de las personas, de cosas o de lugares. Su fin es el determinar la existencia o alteración de las huellas o vestigios del delito, en relación con las personas, las cosas y los lugares.

Respecto de la eficacia que se atribuye a este medio de prueba, Adato de Ibarra y García Ramírez nos comentan que " A diferencia de lo que ocurre en otras pruebas, en que el juez recibe la narración o el dictamen sobre hechos, situaciones o personas, en la de inspección u observación, es el propio juzgador quien revisa y acredita, al través de sus sentidos, los extremos que se pretende probar. " (43)

Para la práctica de la diligencia el juez se constituye en el lugar de los acontecimientos, o se le trae la cosa, persona o documento a su presencia, hallándose generalmente asociado de peri-

(42) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, " Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano ", México 1971, edit. Porrúa, pag. 359.

(43) ADAFO DE IBARRA, Victoria, ob. cit. pag. 308.

tos, y procede a su examen y reconocimiento tratando de descubrir los vestigios, las huellas o las señales que la perpetración del delito hubiere dejado. De todo ello levantará un acta global, en la que irá certificando y describiendo, uno por uno los hallazgos y descubrimientos que realice.

Las huellas o vestigios del delito, una vez certificadas dentro del acta de inspección, son elementos indubitables, de certeza plena, que pueden servir de base a las presunciones que permitan el descubrimiento del o de los hechos ignorados.

La inspección judicial puede practicarse de oficio o a petición de parte, pudiendo concurrir a ella los interesados y hacer las observaciones que estimen oportunas.

La inspección podrá tener el carácter de reconstrucción de hechos, que al decir de Borja Osorno " . . . es la reproducción artificial del delito, de alguna fase o circunstancia de importancia del mismo, realizada por orden del juez, en su presencia y la de las partes, por una persona elegida por él o por el mismo acusado, con el fin de darse cuenta de la verosimilitud o inverosimilitud de algunos extremos narrados o conjeturados por los testigos o el acusado. " (44)

La reconstrucción de hechos es un medio importante de investigación; bien dirigido puede dar una buena aportación probatoria, pero ha de ser valorada con gran cautela y fino sentido crítico, ya que en la vida las cosas no se repiten idénticamente y el arte, por muy fino que sea, no puede plasmar completamente lo que ha desaparecido en el tiempo.

A estas diligencias deberán concurrir el juez con su secretario o testigos de asistencia o la policía judicial en su caso, la persona que promoviere la diligencia, el acusado y su defensor, el agente del ministerio público, los testigos presenciales si -

(44) BORJA OSORNO, Guillermo, ob. cit. pag. 317.

residieren en el lugar, los peritos nombrados siempre que el juez o las partes lo estimen necesario, y las demás personas que el juez crea conveniente y que exprese al mandamiento respectivo con la debida anterioridad.

Ahora bien, la inspección judicial puede revestir aún otra modalidad, que se conoce con el nombre de cateo y que de acuerdo al criterio de González Bustamante " . . . es la visita que practica la autoridad en un domicilio o lugar a donde no se tiene libre acceso, con el fin de asegurar a las personas o cosas relacionadas con el delito . . . " (46)

El cateo sólo podrá practicarse en virtud de orden escrita expedida por autoridad judicial en la que se exprese claramente el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse o los objetos que se buscan, a lo cual se limitará la diligencia, levantándose al concluirse una acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar catado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

En los casos de flagrante delito, el funcionario procederá a la vista o reconocimiento sin demora, aún sin orden judicial y a toda hora, en los términos del artículo 16 constitucional.

Es de señalarse que en nuestra realidad procesal práctica, la inspección judicial tiene un escenario más reducido del que debería corresponderle, ya que, generalmente, en la etapa denominada averiguación previa cuando el ministerio público se ve en la necesidad de practicar un cateo, previa orden del juez y previo el ejercicio de la acción penal, se sujeta a las disposiciones de orden constitucional y si de una simple inspección se tratare la practica, de acuerdo con sus propias necesidades, sin pensar ni acordarse de los jueces.

(46) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, ob. cit. pag. 363.

C) PERITOS.

La prueba pericial en materia procesal penal requiere y exige una apreciación calificada, y demanda en quien la rinde, conocimientos especiales en una ciencia, técnica o arte.

El delito por su misma variedad y por las múltiples circunstancias que lo constituyen, afecta en lo general las más diversas formas; así es que a la vez que se presenta con él un punto de derecho o un fenómeno psicológico, surgen ciertas cuestiones especiales que el juez no pueda resolver con la ayuda de sus propios conocimientos, porque por más ilustrado que se le suponga, es impotente para juzgar sobre materias que no se relacionan con su saber profesional.

Al decir de Julio Acero " En muchísimos casos las investigaciones del juez recaen sobre cosas o asuntos de tal naturaleza que no es posible con los conocimientos ordinarios esclarecerlos sino que debe acudirse a la ciencia o arte de los especialmente expertos . . . " (47)

Pérez Palma señala que " Para unos, el peritaje es simplemente un medio de prueba; para otros, un testimonio, semejante al dicho de un testigo, en la actualidad no puede ser considerado sino como un auxilio, como un medio de ilustración de los órganos jurisdiccionales. El concepto del peritaje como medio de prueba, ha pasado a la historia y ha caído en total descrédito; como testimonio, el sentido común lo rechaza, ya que el perito ni fué protagonista de los hechos, ni presencial de ellos, ni para valorarlos se le pueden aplicar las mismas reglas que a los testigos y no queda pues, sino considerarlo como medio de ilustración o -

(47) ACERO, Julio, " Procedimiento Penal ", México 1968, edit. - José M. Cajica Jr., pag. 111.

de auxilio para los órganos jurisdiccionales. " (48)
Como podemos apreciar, no han faltado quienes han negado al testimonio pericial el carácter de prueba, diciendo de ella que vige siendo un simple reconocimiento de prueba, sin embargo, nuestra legislación procesal penal tanto la federal como la del Distrito Federal, reconocen y aceptan el testimonio pericial como un medio de prueba.

Los sujetos de la prueba pericial son los peritos, que como ya hemos apuntado anteriormente, son terceras personas que poseen conocimientos especiales de una ciencia, arte, industria o de cualquier otra rama de la actividad humana, los cuales le permiten auxiliar al juez en la investigación de los hechos relacionados con el proceso.

El objeto de la prueba pericial de acuerdo con Florián " . . es la formulación de juicios y aportación de datos y juicios de carácter técnico. " (49)

La formulación de estos juicios que menciona el autor citado en el párrafo anterior, queda inserta en el dictamen pericial que emiten los peritos.

Los peritos, para rendir su dictamen, practicarán todas aquellas operaciones, exámenes y experimentos que su arte o ciencia les sugiera o, en todo caso, requiera.

La forma de la prueba es el testimonio pericial que se conoce con el nombre de peritaje, cuya formulación, nos indica Arilla Bas, sigue el siguiente proceso: " . . . designación de los peritos por la parte que propone la prueba; auto del juez tendiéndolos por designados; aceptación y protesta del cargo por el perito, con excepción de los oficiales; y formulación y ratificación del dictamen. " (50)

(48) PEREZ PALMA, Rafael, ob. cit. , pag. 177.

(49) FLORIAN, Eugenio, " Elementos de Derecho Procesal Penal ", Barcelona s. f., edit. Bosch, pag. 363.

(50) ARILLA BAS, Fernando, ob. cit. pag. 142.

Los peritos pueden ser nombrados por las partes o por el juez. Las partes tienen derecho a nombrar hasta dos peritos, y el juez los que estime convenientes. Tanto el juez como el ministerio público solamente pueden nombrar peritos oficiales, salvo el caso de que no hubiere entre ellos, los que a juicio de aquellos, estimaren convenientes, pudiendo nombrar otros.

Los peritos deben ser dos o más, justificando esta exigencia de acuerdo con Arilla Bas, en " . . . la necesidad de que la intervención de varios peritos garantiza, más que la de un perito singular, la apreciación exacta de los hechos materia de la prueba que se trata. " (51)

En el caso de que los peritos discrepen entre sí, se cita a una junta de peritos en la que se discuten los puntos de diferencia, tratando de que se llegue a una coincidencia de pareceres, pero si después del debate, no se llegare a ningún acuerdo entre ellos, el juez nombrará a un perito tercero en discordia.

El peritaje queda sujeto a la libre apreciación del juez, en términos generales, y Rivera Silva, haciendo un buen señalamiento nos dice que " En lo tocante al Distrito Federal, el juez, durante la instrucción, normará sus procedimientos por la opinión de los peritos nombrados por él, o lo que es lo mismo, no debe atenerse a la peritación de los nombrados por las partes . . . "

" En materia Federal, queda a la potestad del juez el atender o no a las opiniones de los peritos nombrados por las partes en las diligencias que se practiquen . . . " (52)

La excepción al principio de la libre apreciación del peritaje existe en los casos en que la ley no admite propiamente refutación al dictamen, en los casos de lesiones tanto externas como internas, homicidio, aborto e infanticidio, en los que basta el dictamen pericial para dar por comprobado el cuerpo del delito.

(51) ARILLA BAS, Fernando, ob. cit. pag. 142.

(52) RIVERA SILVA, Manuel, ob. cit. pag. 234.

Dentro de la prueba pericial se estudia también la interpreta---
ción, la cual, de acuerdo con Rivera Silva " . . . consiste en -
traducir al idioma usual, algo que no reviste tal forma (idioma
extranjero, lenguaje especial de los sordomudos, etc.). " (53)
El legislador en materia federal coloca la interpretación dentro
de un capítulo separado de la prueba pericial, no así, el legis-
lador del Distrito Federal en materia procesal penal, que sí la
ubica dentro del capítulo denominado "Peritos".

En la traducción oral. la interpretación debe hacerse directamen-
te por uno o dos intérpretes mayores de edad, nombrados por el -
juez y que protestarán traducir fielmente las preguntas y res---
puestas que deben transmitir. Esta traducción puede tomar tam---
bién el carácter de la interpretación de documentos si cualquie-
ra de las partes solicita que la declaración se tome en el idio-
ma del declarante.

A los sordos y a los mudos que sepan leer y escribir se les inte-
rrogará por escrito, previéndoselos que contesten en la misma
forma; en materia federal se les puede interrogar por escrito o
por medio de intérprete.

La interpretación de documentos redactados en idioma extranjero
se hace también por medio de peritos, pero como el documento se
presenta acompañado de su traducción al español, solamente en ca-
so de que fuera objetado, procede la traducción a que se ha he-
cho referencia.

Por último cabe señalar que el testigo nunca podrá ser interpre-
te.

D) TESTIGOS.

A través del devenir histórico de nuestra sociedad, una de las pruebas que han sido más características dentro del proceso penal, que se concreta en la declaración narrativa de una persona, es el testimonio.

Al decir de Piña y Palacios " Entendemos por prueba testimonial el medio de llegar a la verdad mediante el relato que hace un - tercero, ajeno a los hechos, de lo que ha percibido por medio de sus sentidos, de la concepción, preparación o ejecución de un acto u omisión que sanciona la ley penal. " (54)

Por su parte Colín Sánchez afirma que " . . . testigo es toda - persona física que manifiesta ante los órganos de la justicia lo que le consta (por haberlo percibido a través de los sentidos), en relación con la conducta o hecho que se investiga. " (55)

De lo anterior tenemos que el testigo tiene conocimiento de un - acto u omisión sobre el cual se investiga, por haberlo percibido mediante sus sentidos, y por lo tanto, puede dar alguna luz en - la averiguación del delito.

El órgano de la prueba testimonial es el testigo, o sea la persona física que percibió un hecho, lo recuerda, evoca y expresa.

El testigo debe tener capacidad abstracta y concreta. La capacidad abstracta consiste en hallarse el testigo, sano de los sentidos y de la mente y dotado de aptitud de juicio. La capacidad - concreta, en conocer los hechos materia del proceso.

(54) PIÑA Y PALACIOS, Javier, ob. cit. pag. 228.

(55) COLIN SANCHEZ, Guillermo, ob. cit. pag. 344.

Los tratadistas hacen una larga serie de clasificaciones respecto de los testigos en base al conocimiento, percepción, coincidencia y efecto del hecho sobre el que deponen.

Para no ahondar en una clasificación doctrinal acerca de los testigos, manifestaré que de acuerdo con Rivera Silva, " Los testigos pueden ser directos o indirectos : los testigos directos son aquellos que por sí mismos conocen el dato que suministran y los indirectos o de referencia, son los que el dato que suministran les consta por inducción o por referencia de que este dato lo han escuchado (testigos de oídas). En el testigo indirecto, lo único que le consta directamente es la referencia, pero no el dato contenido en ella. " (56)

El objeto de la prueba testimonial es la sensopercepción del testigo. En principio todo lo que es susceptible de ser conocido por conducto de los sentidos, puede ser objeto de prueba testimonial. Sin embargo, el artículo 256 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuando establece en su fracción II, que las declaraciones de dos testigos hábiles hacen prueba plena cuando han oído pronunciar las palabras o visto el hecho sobre el que deponen, parece limitar el objeto de la prueba a las sensopercepciones auditivas y visuales.

La forma de la prueba es el testimonio, o sea, la expresión verbal del hecho percibido, recordado y evocado.

Dar testimonio es un deber jurídico, establecido por los artículos 191 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 242 del Código Federal de Procedimientos Penales. La negativa a comparecer ante la autoridad para declarar, a otorgar la protesta de hacerlo con verdad, o a rendir su declaración, constituye un delito de desobediencia, según el artículo 182 del

(56) RIVERA SILVA, Manuel, ob. cit. pag. 242.

código penal, y el declarar con falsedad, ocultando o negando la verdad, o diciéndola sólo en parte, integra un delito de falsedad en declaraciones rendidas ante una autoridad judicial. La obligación de dar testimonio se desdobra, de acuerdo con Arilla Bas " . . . en las de comparecer ante la autoridad que ha citado, la de otorgar la protesta de decir verdad, y la de declarar. " (57)

Las obligaciones citadas anteriormente, admiten diferentes excepciones:

- Están exceptuados de la obligación de comparecer, protestar y declarar, los agentes diplomáticos extranjeros y demás personas que de acuerdo con los tratados y los usos internacionales y el derecho de reciprocidad, gozan de inmunidad de jurisdicción.
- Están exceptuados de la obligación de comparecer, pero no de las de protestar y declarar, los altos funcionarios de la Federación, entendiéndose por tales, los enumerados en el artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Están exentos de otorgar la protesta de ley, pero no de comparecer ni de declarar, los menores de 14 años de acuerdo con el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. El Código Federal de Procedimientos Penales amplía esta excepción a los menores de dieciocho años.
- Están exceptuados de la obligación de declarar, los que carezcan de capacidad sensorial y de juicio crítico, o de ambas cosas a la vez; los que no pudieren expresarse; el tutor, curador, pupilo o cónyuge del acusado, sus parientes consanguíneos o afines en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grados, y en la colateral hasta el tercero inclusive, ni a los que estén ligados con el acusado por amor, respeto o gratitud; las personas que estén obligadas a guardar secreto profesional y. --

(57) ARILLA BAS, Fernando, ob. cit. pag. 125.

Las personas cuya declaración causara un daño a sí mismas. La recepción de la prueba testimonial, se sujeta a las siguientes reglas:

- Los testigos deben declarar sucesivamente por separado, sin solución de continuidad, de manera que los que no han declarado carezcan de oportunidad de comunicarse con los que ya lo han hecho, ya que si entre la recepción de un testimonio y otro, media un lapso durante el cual los testigos puedan comunicarse entre sí, se invalidarán los testimonios recibidos con posterioridad a la solución de continuidad.

- Antes de que el testigo inicie su declaración, se le advertirá sobre las penas en que incurrirán los falsos declarantes y, se le protestará para que se conduzca con verdad en las diligencias en las que va a intervenir. Los coacusados no deben ser separados para ser interrogados, pues aún cuando unos pueden ser testigos de los hechos realizados por los otros, todos son partes en el procedimiento, y por ende, tienen derecho a estar presentes en todos los actos de éste.

Los menores de catorce años de acuerdo con el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y de dieciocho, según el Código Federal de Procedimientos Penales, no serán protestados sino únicamente, exhortados.

- A continuación se pregunta al testigo por sus generales y los vínculos que, en su caso, puedan ligarle con la persona sobre quien va a declarar, y si tiene motivos de odio o de agradecimiento con alguno de los sujetos del delito, activo o pasivo.

- El testimonio puede obtenerse por relato espontáneo del testigo o por interrogatorio, teniendo el testigo la obligación de responder a las preguntas que le sean formuladas por el juez, el ministerio público y la defensa, previa calificación de legales por el primero, quien tiene además la facultad de exigir a los segundos, que formulen las preguntas por su conducta.

- Las declaraciones se redactarán con claridad y usando, hasta donde sea posible, las mismas palabras empleadas por el testigo.

- Concluida la diligencia se leerá al testigo su declaración o la leerá él mismo si quisiere, para que la ratifique o enmiende firmando la misma enseguida o, haciéndolo por él la persona que legalmente lo acompañe. Si no supiere o no quisiere firmar, se hará constar esta circunstancia en el acta relativa.

La valoración de la prueba testimonial se sujeta, de acuerdo - con el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a las siguientes reglas:

- Calificación previa de la habilidad del testigo.

- Valoración de la declaración de los testigos que resultan hábiles.

Las declaraciones de dos testigos hábiles harán prueba plena si convienen no sólo en la substancia sino también en los accidentes del hecho que refieran y hubieren oído pronunciar las palabras o visto el hecho sobre el que deponen.

También harán prueba plena las declaraciones de dos testigos si conviniendo en la substancia, no convienen en los accidentes, - si éstos, a juicio del tribunal, no modifican la esencia del hecho.

Si por ambas partes (cargo y descargo) hubiere igual número de testigos contradictorios, el tribunal se decidirá por el dicho de los que merezcan mayor confianza. Si todos la merecen igual y no hay otra prueba, absolverá al acusado.

Si por una parte hubiere mayor número de testigos que por la - otra, el tribunal se decidirá por la mayoría, siempre que en todos concurren iguales motivos de confianza.

Producen solamente presunción los testigos que no convengan en la substancia, los de oídas, la declaración de un solo testigo y las declaraciones de testigos singulares que versen sobre actos sucesivos referentes a un mismo hecho.

El testimonio, al contrario de la confesión, no es divisible. En consecuencia, la falsedad comprobada de una parte de él, veda al juez tomarlo en cuenta en su totalidad, ni aún en aquella parte desvirtuada, que obviamente, resulta cuando menos dudosa.

El Código Federal de Procedimientos Penales, siguiendo el sistema de la apreciación libre de la prueba, señala únicamente las - circunstancias que el juez tomará en consideración para apreciar la testimonial, la cual deberá ser razonada:

- Que por su edad, capacidad e instrucción tenga el criterio necesario para juzgar del acto.
- Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales tenga completa imparcialidad.
- Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones o referencias de otro.
- Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la substancia del hecho, ya sobre las circunstancias esenciales.
- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no se reputará fuerza.

Los tribunales, en sus resoluciones, expondrán los razonamientos que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba. Siguiendo el pensamiento de González Bustamante veremos que " En realidad, la prueba testimonial no constituye más que un simple indicio que el juez debe calificar, y, por lo mismo, resulta inconveniente que se le impongan reglas precisas, coartándole la libertad de que debe disfrutar todo juzgador. La aceptación de la prueba testimonial debe ser una obra de convencimiento y un producto de la inteligencia del juez, que no debe estar sujeto a factores que dificulten su análisis. " (58)

(58) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, ob. cit. pag. 274.

E) DOCUMENTOS.

Dentro del escenario procesal penal en nuestra sociedad mexicana actual, la prueba documental reviste gran importancia, y puede decirse, sin caer en exageraciones, que es uno de los medios probatorios mayormente empleados en el desarrollo de todos, o casi todos, los procesos penales.

El documento es, dice Florián, en sentido propio y técnico, para los efectos de la prueba, " . . . todo objeto material en el que consta escrito o impreso algún extremo de importancia para el proceso (letra de cambio, estipulación, carta); puede ser escritura (en sentido amplísimo: manuscrita, escritura mecánica, telegráfica, cifras, huecograbado, etc.) o reproducción plástica de cualquier clase (pintura, etc.) que sirva como prueba en el proceso. " (59)

Rivera Silva, por su parte, de manera concreta y categórica nos dice que documento " . . . es el objeto material en el cual, por escritura o gráficamente, consta o se significa un hecho. " (60) La doctrina suele diferenciar a veces el documento del instrumento. Por documento entiende toda representación objetiva de un pensamiento, y por instrumento, la escritura destinada a constatar una relación jurídica. Las leyes sin embargo, suelen considerar ambos conceptos como equivalentes.

El documento, desde un punto de vista crítico, nos invita a pensar en dos elementos: el objeto material y el significado. El objeto es el instrumento material en el que consta la escritura

(59) FLORIAN, Eugenio, ob. cit. pag. 330.

(60) RIVERA SILVA, Manuel, ob. cit. pag. 219.

o las figuras, y el significado, es el sentido de esa escritura o figuras, es decir, la idea que se expresa en ellas.

El documento puede operar en el proceso con un doble carácter:

a) Como medio de prueba. Generalmente preconstituido, es decir, formado con anterioridad al proceso, por mandato de ley o por voluntad de las partes. Por lo tanto, no son documentos los escritos representativos de una prueba personal, como los informes de las autoridades, rendidos a solicitud del juez, los dictámenes periciales, etc.

b) Como objeto de prueba, en el caso en que para acreditar algún hecho relacionado con él, debe ser sometido a otro medio probatorio. Tal sucede por ejemplo, con el documento redarguido de falso, que debe ser objeto de prueba pericial para determinar su falsedad o autenticidad; con el documento injurioso anónimo, cuyo autor debe ser identificado, etc.

Los documentos como medio de prueba, se dividen en públicos y privados. Son documentos públicos aquellos cuya formación está encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia a un funcionario público revestido de fe pública, los expedidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, y los expedidos por aquellas personas, que sin ser funcionarios públicos, se hallan revestidos de fe pública, es decir, los notarios.

Son documentos privados, todos los que no poseen la calidad de públicos u oficiales.

De acuerdo con el criterio de Arilla Bas, " La prueba documental carece de órgano de prueba. La parte que lo presenta no reviste tal calidad, puesto que no es ella la que por sí, proporciona el conocimiento al juez, sino que quien lo proporciona es el documento. " (61)

Por regla general, los documentos deben presentarse durante el período de instrucción, y por excepción después de cerrada ésta en los casos en que concorra alguna causa superviniente. Las - firmas estampadas en documentos procedentes de países extranjeros, deben estar legalizados por el cónsul de México en dichos países, y las de éste por la Secretaría de Relaciones Exterio--ren. Si se hallan redactados en lengua diferente de la castella na, procedan del extranjero o del país, se acompañará una tra--ducción hecha por perito autorizado o se solicitará del juez, - que la ordene.

La apertura de correspondencia, ya sea epistolar o telegráfica, solamente puede hacerse previo auto motivado del juez, dictado a solicitud del ministerio público.

El valor probatorio del documento, cualquiera que sea su clase, está condicionado ante todo, a dos presupuestos básicos que son la originalidad y la integridad.

El presupuesto de originalidad plantea el problema relativo al valor de las copias, que prueban la existencia formal del docu--mento, cuando han sido certificadas por notario o funcionario - dotado de fe pública, aún cuando ni el código común ni el fede--ral, establece el requisito de la certificación.

El presupuesto de la integridad del documento tiene su razón de ser, en que constituye una expresión de la voluntad de las par--tes que lo han formado, de aquí que los fragmentos de documento y las copias, certificaciones y testimonios que no reproduzcan la totalidad del original existente en el archivo, protocolo o matriz, vedan al juez formarse un concepto cabal de esa volun--tad. Los documentos fragmentarios carecen por lo tanto de valor probatorio, aún en el aspecto meramente formal, y no pueden ser tenidos en cuenta por el juez.

En cuanto hace a la valoración de los documentos exhibidos como prueba en el proceso penal de que se trate, el juez debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 250 del Código de Proc

dimientos Penales para el Distrito Federal y, 280 del Código Federal de Procedimientos Penales, en donde se señala que los documentos públicos hacen prueba plena, salvo el derecho de las partes para redargüirlos de falsedad y para pedir su cotejo con los protocolos o con los originales existentes en los archivos. La fuerza probatoria de los documentos privados se sujeta a las siguientes reglas:

- a) Hacen prueba plena contra su autor, los reconocidos judicialmente por él o no objetados a pesar de saber que figuraban en el proceso.
- b) Los provenientes de terceros se estiman como presunciones.
- c) Los comprobados por testigos se consideran como prueba testimonial en el código común, en tanto que el código federal los considera como un indicio.

Nada dice la ley al respecto del valor probatorio de los documentos oficiales, pero pueden equipararse a los públicos.

Reafirmando lo anterior, González Blanco manifiesta que " Los documentos públicos hacen prueba plena, sin perjuicio de que se les pueda impugnar de falsedad; los que procedan del extranjero para que tengan validez, deberán ser legalizados en la forma que las leyes respectivas prescriban. Los documentos privados que se aporten al proceso, sólo harán prueba plena contra su autor si fueren judicialmente reconocidos; los que provengan de terceros se les estimará como presunciones; y los documentos privados comprobados por testigos, se considerarán como prueba testimonial. " (62)

(62) GONZÁLEZ BLANCO, Alberto, " El Procedimiento Penal Mexicano ", México 1975, edit. Porrúa, pag. 184.

F) PRESUNCIONAL.

A pesar de que tradicionalmente la presunción ha sido considerada como una prueba, en realidad no es tal ni participa de la naturaleza de las pruebas.

De acuerdo al criterio de Pérez Palma, " La presunción es y consiste en una operación de la mente o del raciocinio, de la inteligencia o de la imaginación, que no obra en autos, sino en la intelectualidad de los que intervienen en el proceso. Parte del hecho, del vestigio, cierto e indubitable, y mediante la información personal, trata de investigar o de determinar el hecho desconocido, que servirá de base para resolver en justicia. "

(63)

No hay que confundir el indicio con la presunción como lo hace el artículo 245 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. El indicio es un hecho conocido, susceptible de llevar racionalmente al conocimiento de otro desconocido, en virtud de la relación existente entre ambos. Presunción es la consecuencia obtenida, por inferencia inductiva, o deductiva según los casos, del hecho conocido.

Con mayor exactitud, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal reza en su artículo 379 que ". . . presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido. "

Si agregamos que la consecuencia, además de deducida, puede ser inducida, el concepto civil supera francamente al penal.

La denominada impropriadamente prueba presuncional, se desarrolla a través de un proceso lógico que cuenta con tres elementos:

a) Objetividad.- Es un hecho conocido, probado plenamente por -

(63) PÉREZ PALMA, Rafael, ob. cit. pag. 215.

cualquier medio formal o por una inferencia.

b) Un hecho desconocido.

c) Una relación de causalidad (llamada enlace necesario por el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal) entre ambos hechos.

La presunción, consecuencia inducida o deducida del hecho conocido, reviste los siguientes caracteres:

1) Objetividad. Es un hecho histórico, descubierto por el juez, no formado por él.

2) Definitividad. Es una conclusión, no una hipótesis. La primera se alcanza precisamente por la eliminación de la segunda.

3) Singularidad. Las hipótesis, antes de ser eliminadas todas - menos una, son plurales, en tanto que la acusación, que es la hipótesis no eliminada, tiene que ser lógicamente singular.

La reunión de las tres características, garantiza la observancia del dogma de la exacta aplicación de la ley penal. Si el juez formara la presunción, no aplicaría la ley a un hecho real sino ideal, y si entre varias presunciones eligiera una, correría el riesgo de que la elegida no respondiera a la realidad. Debido a una concepción tradicional, las presunciones se han dividido en legales y humanas en el ámbito del proceso penal.

Arilla Bas nos dice doctrinalmente que " Son presunciones legales los hechos desconocidos, derivados de otros conocidos, que la ley ordena que se tengan por demostrados. " (54)

En este caso, tanto el individuo como la presunción se encuentran establecidos por la ley y la relación entre ambos, no se debe a la influencia del juez, sino al mandato de la ley. La presunción legal en consecuencia, es una norma.

El mismo Arilla Bas, manifiesta que las presunciones humanas - ". . . son los hechos a cuyo conocimiento ha llegado el juez - por medio del razonamiento. " (55)

En este caso, el indicio debe estar probado por alguno de los medios de prueba reconocidos por la ley, y la relación entre él y la presunción, por una inferencia. Es la prueba indiciaria por excelencia.

Tanto el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 260, como el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 285, regulan sendas situaciones probatorias que contrariamente a lo que en dichos preceptos legales se establece, carecen de la categoría de prueba presuncional o indiciaria. En dichos artículos se toman los conceptos de presunción e indicio, respectivamente, como de prueba incompleta que para completarse, debe complementarse con otras.

Para concluir con el breve estudio y explicación de la prueba presuncional, citaré el criterio de Jiménez Asenjo, quien afirma que ". . . las presunciones no son otra cosa que circunstancias o juicios lógicos, normalmente admitidos como ciertos en la cadena de la causalidad, y sobre los cuales podemos deducir racionalmente la existencia de hechos que nos son desconocidos o dudosos." (66)

Agregaremos a la anterior definición, que como juicios lógicos y no obrando en autos, no pueden ser ni constituir una prueba propiamente dicha.

(66) JIMENEZ ASENJO, Enrique, " Derecho Procesal Penal ". Madrid s.f., edit. Revista de Derecho Privado, pag. 54.

G) CONFRONTACION.

La confrontación es, al decir de Rivera Silva " . . . el reconocimiento o identificación que se hace de una persona. " (67)

La confrontación en términos generales, se presenta para perfeccionar un testimonio que adolece de la deficiencia de no precisar, refiriéndose a una persona, el nombre, apellido, habitación y demás circunstancias que puedan darla a conocer.

Esta diligencia puede tener lugar en uno de estos dos supuestos: uno, cuando una persona dice no conocer el nombre de otra, pero asegura poderla reconocer; y otro, cuando se duda de que el declarante en realidad conozca a la persona a quien se refiere en sus declaraciones.

Para esta diligencia se presentan varias personas acompañando al que se debe confrontar, debiéndose tener cuidado de que todas ellas ofrezcan el mayor número de semejanzas posible. Esto tiene por objeto que la confrontación dé resultados eficaces, gracias a que se reconozca, en el sentido estricto de la palabra y no se señale a una persona que no se conoce, por lo tanto no se puede reconocer.

La ley exige que al practicar la diligencia, se cuide de :

- I.- Que la persona que sea objeto de ella no se disfraza, ni se disfigure, ni borre las huellas o señales que puedan servir al que tiene que designarla;
- II.- Que aquella se presente acompañada de otros individuos vestidos con ropas semejantes y aún con las mismas señas que las del confrontado, si fuere posible;
- III.- Que los individuos que acompañan a la persona que va a confrontarse sean de clase análoga, atendidas su educación, modales y circunstancias especiales.

La confrontación, en cuanto a testimonio, principia con la protesta respectiva. Después se interroga al confrontador sobre si persiste en su declaración anterior, de las circunstancias en que conoció a la persona a la que le atribuye el hecho y si después de la ejecución la ha visto. Acto seguido, se conduce al declarante frente a las personas escogidas para la diligencia y se le previene que toque con la mano a la que se refiere en su declaración, a la vez que manifieste las diferencias y semejanzas que advierta entre el estado actual que presenta esa persona y el que tenía en la época a que se refiere su declaración. Respecto a esta diligencia, Pérez Palma ha dicho que jurídicamente " . . . no constituye propiamente una prueba, sino un medio de identificación. " (68)

H) CAREOS.

Al decir de Eugenio Florián, el careo " . . . consiste en la reconstrucción de los acontecimientos que constituyen el objeto del proceso o de alguna parte de los mismos por medio de la colocación, el uno frente al otro, de dos órganos de prueba, para que narren los hechos y discutan sobre los mismos cuando incurran en contradicciones, con el fin de que de esta narración y consiguiente discusión, surja con claridad la verdad intrínseca de los hechos y sus modalidades. " (69)

(68) PEREZ PALMA, Rafael, ob. cit. pag. 201.

(69) FLORIAN, Eugenio, ob. cit. pag. 384.

El careo tiene un doble significado, pues supone, en primer término, una garantía otorgada al acusado por la constitución para que vea y conozca a las personas que declaren en su contra, con el fin de que no se elaboren artificialmente los testimonios y - tenga oportunidad de formularles aquellas preguntas que estime - necesarias para su defensa; y se refiere, en segundo lugar, a la diligencia de careo propiamente dicha, consistente en enfrentar a aquellas personas cuyas declaraciones no concuerdan con el objeto de que, mediante reconversiones mutuas, se pongan de acuerdo sobre los hechos controvertidos.

Se lleva a efecto dando lectura, en lo conducente, a las declaraciones reputadas contradictorias y llamando la atención a los careados sobre los puntos de contradicción, a fin de que se reconvenzan entre sí, y de tal reconversión pueda obtenerse la verdad. El careo procesal puede llevarse a cabo supletoriamente, en los términos de los artículos 229 del código del Distrito y 268 del código federal, cuando uno de los careados está ausente.

En el careo, cuando uno de los careados desconozca el idioma del otro, no podrá practicarse ni aún con intervención de intérprete ya que, en tal situación, los careados no están en aptitud de dialogar y reconvenirse mutuamente. Podrá en cambio, traducirse por el intérprete el careo entre dos personas que hablen el mismo idioma extranjero o entre dos sordomudos.

Si el careado insiste en sus declaraciones anteriores, no hace otra cosa que reafirmar lo ya dicho. Y si, por el contrario, acepta lo afirmado por su contrincante, esta aceptación implica una retractación de su testimonio. Empero, el acuerdo entre los dos careados, y la consiguiente unificación de los testimonios, no obliga al juez a aceptar como válida la versión en que coinciden los careados.

En caso de discrepancia, son de gran valor probatorio las argumentaciones que un careado aduzca para rebatir al otro.

OFRECIMIENTO DE PRUEBAS DENTRO DEL TERMINO -
CONSTITUCIONAL DE LAS SETENTA Y DOS HORAS.

1.- INICIO O CABEZA DE PROCESO.

Fal y como su nombre lo indica, y de acuerdo con Colín Sánchez " El auto de radicación es la primera resolución que dicta el órgano de la jurisdicción, con la cual se manifiesta en forma efectiva la relación procesal, pues es indudable que tanto el Ministerio Público como el procesado quedan sujetos a partir de ese momento, a la jurisdicción de un tribunal determinado. " (70)

Existe una discusión doctrinal acerca del momento en que realmente se inicia el proceso penal. Una gran parte de la doctrina mexicana considera que el proceso se inicia, precisamente, con el auto a que hacemos referencia; otra gran parte en cambio, sostiene que el proceso penal, tiene su punto de partida en el auto de formal prisión.

Como la intención de esta tesis pretende avocarse principalmente a cuestiones prácticas, y lograr con ello conseguir, cierta economía procesal, no entrará al escenario de discusiones doctrinales, aunque sí he de poner de manifiesto, que a partir del momento en que se dicta este auto, las partes procesales se encuentran en aptitud de iniciar su actividad tendiente a lograr un beneficio en pro de sus intereses, que ha de tomarse en cuenta en el momento de resolverse la situación jurídica del indiciado.

Tan luego como el juez reciba la consignación, dictará auto de radicación en el que resolverá si el ejercicio de la acción penal reúne o no los requisitos del artículo 16 constitucional.

(70) COLIN SANCHEZ, Guillermo, ob. cit. pag. 265.

El auto de radicación, inicio o cabeza de proceso, tiene los siguientes efectos:

a) Fija la jurisdicción del juez, es decir, que el juez tiene facultad, obligación y poder de decir el derecho, en todas las cuestiones que se lo plantean, relacionadas con el asunto en el cual dictó el auto de radicación, cuando menos durante el término constitucional de setenta y dos horas durante las cuales hay competencia absoluta.

b) Vincula a las partes a un órgano jurisdiccional.

c) Sujeta a los terceros a un órgano jurisdiccional.

d) Abre el período de preparación del proceso ya que, este auto de radicación señala la iniciación de un período con término -- máximo de setenta y dos horas, cuyo objeto es el fijar una base segura para el comienzo de un proceso, esto es, establecer la certeza de la existencia de un delito y de la posible responsabilidad de un sujeto.

El auto de radicación, al decir de Rivera Silva " . . . no tiene señalado en la ley ningún requisito formal y lo que forzosamente debe contener es su misma esencia, ubicada en la manifestación -- de que queda radicado algún asunto. " (71)

A nivel práctico, estos autos contienen los siguientes elementos:

A) Nombre del juez que lo pronuncia.

B) El lugar, el año, el mes, el día y hora en que se dicta y -- mandatos relativos a lo siguiente:

- Radicación del asunto.

- Intervención del ministerio público.

- Orden para que se proceda a tomar al detenido su declaración -- preparatoria en audiencia pública.

- Que se practiquen las diligencias necesarias para establecer -- si está o no comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

- Que en general se facilite al detenido su defensa, de acuerdo con las fracciones IV y V del artículo 20 constitucional.

(71) RIVERA SILVA, Manuel, ob. cit. pag. 150.

Como ha quedado de manifiesto, a partir del auto de radicación - en el que el juez recibe la consignación con detenido, éste dispone de un término de cuarenta y ocho horas para tomar dentro de él, la declaración preparatoria del consignado, y de otro de setenta y dos horas, para resolver también dentro de él, si decreta la formal prisión o la libertad de aquél.

Estos dos términos constitucionales se consideran como términos especiales, pues no se computan conforme a la regla ordinaria, - sino conforme a la regla especial, es decir, corren de momento a momento, se cuentan por horas y no por días e incluyen a los días inhábiles, términos en fin, que principian a correr en el mismo instante en que el detenido es puesto a disposición de su juez y que vencen, uno cuarenta y ocho y otro, setenta y dos horas después.

2.- OFRECIMIENTO DE PRUEBAS.

Antes de entrar al estudio del ofrecimiento de pruebas, intentaré aclarar lo que se entiende por " término - constitucional de las setenta y dos horas " .

Podemos definirlo como el espacio de tiempo establecido por la - Constitución y durante el cual deben ejecutarse determinados actos procesales, encaminados a decidir la situación jurídica de - una persona, que ha sido puesta a disposición de un juez penal, - como presunta responsable de la comisión de un delito.

Puede este término, al decir de Franco Sodi, " . . . considerarse, en efecto, como garantía individual y en consecuencia como - obstáculo a la libre acción de la autoridad y además como parte de la instrucción . . . " (72)

(72) FRANCO SODI, Carlos, " El Procedimiento Penal Mexicano ", - México 1939. edit. Porrúa, pag. 231.

Dice textualmente el artículo 19 constitucional en su párrafo -- primero :

" Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresará : el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyan aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable -- la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención o -- la consienta y a los agentes, ministros, Alcaldes o Carceleros -- que la ejecuten. "

Como puede apreciarse en el contenido del precepto anterior, se protege en primer lugar la libertad, ordenando que la detención de una persona no puede exceder de tres días sin justificarse -- con un auto de formal prisión, y, en segundo lugar, con el objeto de evitar todo abuso de poder, toda maniobra tendiente a violar la garantía constitucional, disfrazándose con un fácil ropaje legalista, precisa el contenido del auto de formal prisión en la siguiente forma:

- a) El delito imputado con expresión de sus elementos constitutivos;
- b) Expresión del lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del propio hecho delictuoso;
- c) Exposición de las pruebas existentes, y
- d) Comprobación plena del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, fundadas precisamente en aquellas pruebas.

Por otro lado, y como parte de la instrucción, este término señala el principio y fin de la primera parte de ésta, y comprende y abarca, por su menor duración, al término de cuarenta y ocho horas.

Puede afirmarse que esta parte de la instrucción que se estudia

reviste una forma fundamentalmente acusatoria, y la misma forma secundaria mixta que caracteriza a todo el proceso penal mexicano.

El contenido es vario. Se refiere a los actos que ejecutan las - personas que en él intervienen y quienes fundamentalmente son, - Acusado, defensor, Ministerio Público y Juez.

Toda la actividad realizada por estas personas durante las cuarenta y ocho horas siguientes, a la consignación con detenido. - se puede señalar como contenido de esta primera parte de la instrucción que se estudia, pero además se ejecutan otros muchos actos que pueden catalogarse así:

Del Juez.- a) Pronuncia resoluciones sobre los temas que le proponen las partes. b) Encauza la actividad procesal hacia su meta inmediata: el auto de formal prisión o, en su caso, el de libertad.

De las partes.- Independientemente de los actos secundarios que realizan, su actividad se encamina a lo mismo: prueba sobre la existencia o inexistencia del cuerpo del delito y la presunta - responsabilidad del acusado.

Recibir pruebas al ministerio público es la consecuencia natural del ejercicio de la acción penal; recibirlas al detenido, es acortamiento al amplísimo derecho de defensa que consagra el artículo 20 constitucional, y practicar todas aquellas diligencias que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, es proceder con el propósito de realizar el fin específico del proceso, consistente en la determinación de la verdad histórica.

El ministerio público al ofrecer prueba y el juez al ordenarla - durante las primeras setenta y dos horas, no deben olvidar un so lo instante al imperativo del artículo 19 constitucional. Si al vencerse aquel término no se ha comprobado el cuerpo del delito o no se han obtenido pruebas que funden la presunta responsabilidad del detenido, éste será puesto en inmediata libertad, de don de todas las pruebas deben encaminarse a dejar satisfecha la --

exigencia constitucional.

Totalmente de acuerdo con el criterio del maestro Franco Sodi. - considero al igual que él, que " Las pruebas tendientes a demostrar la no existencia del delito o la inocencia del detenido, es indispensable que se reciban por el juez y se ofrezcan por el ministerio público cuando tenga conocimiento de ellas, ya que ambos, lo mismo durante las primeras setenta y dos horas que después, están obligados a encontrar la verdad histórica, cualquiera que ésta sea. Insisto sobre el particular, pues en algunas ocasiones he escuchado de funcionarios judiciales que dentro de las setenta y dos horas no reciban más que pruebas de cargo, -- puesto que deben comprobar el cuerpo del delito y la presunta -- responsabilidad del detenido. Repito que semejante posición, por contrariar fines específicos del proceso penal es antijurídica y absurda; pero además el 19 constitucional no impone la obligación de demostrar el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad, aunque no existan, sino al contrario, para este último supuesto ordena la libertad del detenido. Finalmente, tan torpe tesis es atentatoria de la garantía consagrada en las fracciones - IV, V y VII del artículo 20 de la Constitución. " (73)

El proceso penal, tanto en el fuero común como en el fuero federal, señalan los periodos de tiempo dentro de los cuales pueden presentarse y desahogarse pruebas, pero yo considero, que al tener la prueba una importancia capital en el proceso, es plenamente jurídico y constitucional su ofrecimiento, desahogo y valoración, dentro del término constitucional de las setenta y dos horas.

Debe tenerse siempre presente que si al juez le es posible comprobar la verdad desde sus primeras diligencias, mucho mejor.

(73) FRANCO SODI, Carlos, ob. cit. par. 200.

La base del procedimiento penal es el encontrar la verdad y no - debe haber límites en su búsqueda. Legalmente no encontramos dis- posición en los códigos adjetivos de la materia que prohiban la recepción de pruebas dentro del término constitucional que se - analiza, y el artículo 20 de la Constitución establece como ga- rantía del acusado el principio de libertad de pruebas.

Dentro del proceso penal se puede hablar de acuerdo con Díaz de León, " . . . de investigación y averiguación como potestad ili- mitada otorgada al juzgador para llevar los medios de probar que estime necesarios a juicio, sin necesidad de excitación de las - partes, por considerarse que el derecho sustantivo penal, así co- mo la relación de derecho criminal que se establece entre el Es- tado . . . y el hipotético infractor de la ley penal, son eminen- temente públicos. " (74)

De lo anterior se desprende " . . . una mayor facultad para el - juez de lo criminal, que la que tiene el juez civil, no tanto en la tarea de juzgar cuanto en la de probar . . . " (75)

En un análisis reflexivo de la cita transcrita con anterioridad, se puede advertir la facultad y posibilidad que tiene el juez pe- nal para tratar de encontrar a toda costa, la verdad histórica - de los hechos, en tanto que el juez civil solamente conocerá la verdad, que será formal, en la medida en que las partes se lo - permitan.

Insistiendo y profundizando en lo anterior, Pérez Palma nos dice que " . . . el propósito fundamental del proceso es el de hacer justicia, mediante el descubrimiento de la verdad material o his- tórica de los acontecimientos que culminaron con el delito; que el descubrimiento de esa verdad lo realice el ministerio público

(74) (75) DIAZ DE LEON, Marco Antonio, " Tratado sobre las Prue- bas Penales ", México 1932, edit. Porrúa, pag. 57.

o el juez, es aspecto secundario que carece de importancia, pues to que lo esencial es el conocimiento de esa verdad, con miras a la justicia, justicia para la sociedad ofendida y justicia para el sospechoso a quien se procesa. " (76)

Es pertinente mencionar que aún cuando en el procedimiento penal las pruebas se empiezan a recopilar desde la averiguación previa solamente se van a obtener, en esa etapa, aquellas que sirvan para la comprobación del cuerpo del delito y el establecimiento de la probable responsabilidad penal del acusado. Pero una vez que el detenido, es puesto a disposición del juez que conocerá de su causa, puede y se encuentra en aptitud de presentar pruebas que le permitan su defensa, y que le beneficien o exculpen, y es -- aquí, donde la figura del defensor, adquiere una gran relevancia dentro del proceso, puesto que de su desempeño depende en gran parte, la futura situación jurídica del indiciado.

Concluyendo, y en atención a todo lo expuesto con anterioridad -- en este punto, es como afirmo que dentro del término constitucional de las setenta y dos horas, se pueden ofrecer y desahogar todo tipo de pruebas, ya que no existe impedimento legal alguno para ello, aunque también es cierto que tampoco está debidamente -- reglamentada dicha presentación.

Respecto de las pruebas que pueden ofrecerse y desahogarse dentro del término constitucional, su análisis y estudio quedó apuntado en el capítulo segundo de esta tesis profesional.

(76) PEREZ PALMA, Rafael, ob. cit. pag. 151.

3.- FORMA DE OFRECERSE

Como ya quedó apuntado anteriormente, en el punto número uno del presente capítulo, el primer acto procesal que se realiza por el juez penal, al quedar un detenido a disposición de éste, es dictar un auto que se conoce con el nombre de inicio o cabeza de proceso y, a partir del cual, empiezan a correr los términos espaciales de cuarenta y ocho y setenta y dos horas, en los que habrá de definirse la situación jurídica en la que deberá quedar el indiciado.

Siguiendo con nuestro estudio tenemos que la declaración preparatoria es la rendida por el indiciado ante el juez de la causa, y de acuerdo con Rivera Silva " . . . lo importante de ella está en los requisitos que deben llenarse al tomarla. Estos requisitos pueden clasificarse en constitucionales y legales, por estar previstos unos, en nuestra Carta Magna y los otros, en los preceptos adjetivos. " (77)

Los requisitos mencionados anteriormente, conforman obligaciones para el órgano jurisdiccional:

a) Las de la Constitución.

- Obligación de tiempo. Se refiere a que el juez, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la consignación debe tomar la declaración preparatoria, como lo ordena la fracción III del artículo 20 constitucional.

- Obligación de forma. Consignada también en la fracción III del artículo 20 constitucional, obligando al juez a tomar la declaración preparatoria en audiencia pública o sea, en un lugar al que tenga libre acceso el público.

(77) RIVERA SILVA, Manuel, ob. cit. pag. 150.

- Obligación de dar a conocer el cargo. El juez, según la fracción citada, tiene obligación de dar a conocer la naturaleza y - causa de la acusación, a fin de que el indiciado conozca bien el hecho que se le imputa.
- Obligación de dar a conocer el nombre del acusador. Esta obligación se refiere a que el juez debe enterar al detenido, del - nombre de la persona que presentó la denuncia o la querrela en - su caso.
- Obligación de oír en defensa al detenido. Esta obligación no - exige ninguna explicación y se infiere de las palabras " y pueda contestar el cargo ", contenidas en la fracción III del ya men- - cionado artículo 20 constitucional.

b) Las del orden común.

El artículo 290 del Código de Procedimientos Penales para el - Distrito Federal y, el 154 del Código Federal de Procedimientos Penales, imponen las siguientes obligaciones al juez, que no es- - tán comprendidas en la Constitución :

- Dar a conocer al indiciado el nombre de los testigos que decla- - ran en su contra.
- Dar a conocer al indiciado la garantía de la libertad caucio- - nal en los casos en que procede, y el procedimiento de obtener - la misma.
- Dar a conocer al indiciado el derecho que tiene para defender- - se por sí mismo o para nombrar persona de su confianza que lo de- - fienda, advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez le nombrará un defensor de oficio.

La declaración preparatoria debe comenzar con las generales del - detenido, incluyendo sus apodos, y en lo que toca a la forma co-

no debe desarrollarse, existe la más absoluta libertad, la cual se otorga con el fin de poder esclarecer el delito y las circunstancias en que se concibió y se llevó a término.

En esta declaración preparatoria, el agente del ministerio público y la defensa, tienen derecho a interrogar al detenido sin más limitación que la de no formular preguntas capciosas o inconducentes, las cuales deberán ser rechazadas por el juez.

Como se puede apreciar, y al decir del maestro Arilla Bas, " La actividad de la defensa es provocada por el ejercicio de la -- acción penal. Sin acusación no cabe defensa. La intervención del defensor en el período de preparación de dicha acción, es decir, durante el de averiguación previa, resulta procesalmente atónica. El momento oportuno para la designación de defensor es en -- consecuencia el momento en que el reo va a rendir la declaración preparatoria, en el cual el juez le va a dar a conocer bien el -- hecho punible que se le atribuye, para que pueda contestar el -- cargo. " (78)

Cabe mencionar que en principio, cualquier persona de la confianza del indiciado, puede ser designada defensor por ésta. Sin embargo, si bien es cierto que la fracción IX del artículo 20 constitucional no exige condición legal alguna a dicha persona, pues ni siquiera alude a que goce de capacidad de obrar, por lo cual hasta un menor de edad puede ser defensor, no lo es menos que -- tal minoría de edad constituirá una causa de incapacidad para -- ejercer la defensa en aquellos casos en que la corta edad del sujeto designado como defensor, le impida realizar su cometido con la eficacia debida.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no menciona causa de incapacidad alguna para el ejercicio de la defensa, pero en cambio, el Código Federal de Procedimientos Pena-

(78) ARILLA BAS, Fernando, ob. cit. pag. 83.

les, dispone en su artículo 160 que no pueden ser defensores los que se hallen presos ni los que estén procesados. Agrega que tan poco podrán serlo los que hallan sido condenados por alguno de los delitos previstos en el capítulo II, título décimo segundo - del libro II del Código Penal (delitos de abogados, patronos o litigantes), ni los ausentes, que por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber su nombramiento a todo defensor.

El mismo artículo en su parte final establece, que en caso de - que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en derecho o autorización de pasante, conforme a la Ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculcado en todo lo que concierne a su adecuada defensa.

Como ya se mencionó anteriormente, la función que desempeña el - defensor dentro del proceso penal, en donde se halla en juego - una de las garantías individuales que más valora el ser humano, como lo es la libertad, reviste una importancia capital y definitiva, de ahí, que deba ser un perito en el derecho para llevar a buen término su cometido.

Haciendo una pausa, y volviendo al auto inicial, es decir, al auto cabeza de proceso, trataré de inquirir, en vista de su contenido y de acuerdo con Franco Sodi, si da lugar o no al período - "instrucción" del proceso penal.

" Ordena el auto en cuestión, con relación a la materia que me - ocupa, lo siguiente: 1o. Que se tome al detenido su declaración preparatoria; 2o. Que se practiquen todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos, y 3o. Que se reciban las pruebas ofrecidas por las partes. "

" Los mandatos dos y tres van encaminados directamente a la determinación de la verdad histórica, puesto que se refieren a la

obtención y recepción de pruebas con ese objeto: claro está que además con el tercero se pretende respetar el derecho de defensa que puede contrariamente interesarse por desfigurar u ocultar - tal verdad; pero esto no significa que para el juez su mandato no persiga fundamentalmente el hacerse de medios que le sirvan para conocer la realidad de los hechos. Cosa semejante puede decirse respecto a la declaración preparatoria, que si en forma inmediata mira al cumplimiento del artículo 20 constitucional, ello no impide al órgano jurisdiccional que trate de inquirir con ella - la verdad.

" Por lo tanto puede asegurarse que el auto de inicio abre un período de prueba que, en vista de lo expuesto, no es otro más que la instrucción.

" La instrucción empieza pues, con el auto inicial y termina con el que la declara cerrada. Comprende, por lo tanto, los siguientes períodos :

" Primer período.- El de 72 horas contadas a partir del momento en que el detenido es puesto a disposición de su juez y durante el cual deben aportarse las pruebas que sirvan para resolver, -- cuando menos, sobre la formal prisión o libertad por falta de mritos. " (79)

Como puede deducirse de lo anteriormente expuesto, el papel que desempeña el defensor para lograr que la resolución que emita el juez dentro del término constitucional de las setenta y dos horas sea favorable para el indiciado, es de vital importancia. Resalta además la posibilidad y opción que tiene el indiciado para ofrecer pruebas tendientes a su defensa, desde el momento en que es puesto a disposición del juez penal que ha de conocer de su causa y, dentro del multicitado término constitucional de las setenta y dos horas.

Cabe mencionar que en principio, cualquier persona de la confianza del indiciado, puede ser designada defensor por éste. Sin embargo, si bien es cierto que la fracción IX del artículo 20 constitucional no exige condición legal alguna a dicha persona, pues ni siquiera alude a que goce de capacidad de obrar, por lo cual hasta un menor de edad puede ser defensor, no lo es menos que — tal minoría de edad constituirá una causa de incapacidad para ejercer la defensa en aquellos casos en que la corta edad del sujeto designado como defensor, le impida realizar su cometido con la eficacia debida.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no menciona causa de incapacidad alguna para el ejercicio de la defensa, pero en cambio, el Código Federal de Procedimientos Penales, dispone en su artículo 160 que no pueden ser defensores los que se hallen presos ni los que estén procesados. Agrega que tampoco podrán serlo los que hayan sido condenados por alguno de los delitos señalados en el capítulo II, título décimo segundo — del libro II del Código Penal (delitos de abogados, patronos o litigantes), ni los ausentes, que por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber su nombramiento a todo defensor.

El mismo artículo en su parte final establece que, en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en derecho o autorización de pasante, conforme a la ley que reglamenta el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculcado en todo lo que concierne a su adecuada defensa.

Como ya lo mencioné anteriormente, la función que desempeña el defensor dentro del proceso penal es fundamental y definitiva, — de ahí, que deba ser un perito en el derecho, para llevar a buen término el desempeño del cargo que le ha sido encomendado.

Hecha la aclaración anterior, vuelvo a retomar el análisis de mi tema de tesis profesional.

Como ha quedado de manifiesto en el desarrollo de este capítulo, legalmente no encontramos disposición en los códigos de procedimientos penales que prohiban la recepción de pruebas dentro de las setenta y dos horas, tiempo en el cual debe dictarse el auto de término constitucional, pero tampoco encontramos disposición alguna que nos indique la forma como deben ser ofrecidas, ni el mecanismo que se debe seguir para ello y, en este contexto, la práctica procesal penal de nuestro sistema jurídico actual nos da la pauta para abordar el tema en desarrollo.

Se deja ver claramente en este marco que la cuestión "tiempo", es un factor determinante que limita y restringe la actividad del defensor y por ello, debe aprovecharse al máximo para que pueda arrojar resultados positivos.

Es pertinente mencionar que en materia federal el artículo 161 - menciona que " Dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculpado quede a disposición del juez, se dictará el auto de formal prisión cuando . . . " y , en el párrafo segundo de la fracción IV establece que " El plazo a que se refiere el primer párrafo de este artículo se duplicará cuando lo solicite el inculpado por escrito, por sí o por conducto de su defensor, al rendir la declaración preparatoria, por convenirle dicha ampliación del plazo con el objeto de recabar elementos que deba someter al conocimiento del juez para que éste resuelva sobre su situación jurídica. El ministerio público no puede solicitar dicha prórroga ni el juez resolverla de oficio, aún cuando mientras corre el período de ampliación, acuél puede, sólo en relación con las pruebas o alegaciones que propuso el inculpado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa. "

Aún, con este gran adelanto jurídico en materia federal. la cuestión "tiempo" insisto, es determinante.

Tomando en cuenta lo anteriormente mencionado es como afirmo, - que el nombramiento de defensor, de acuerdo con mi tema de tesis profesional, debe verificarse en el momento de rendir el indicio de su declaración preparatoria ya que, el " . . . Juez debe procurar desde la declaración preparatoria la realización de los fines específicos del proceso penal : Comprobación de la verdad - histórica y determinación de la personalidad del procesado.

" Siendo fin específico del procedimiento penal el esclarecimiento de aquella verdad, es natural que toda la actividad del órgano jurisdiccional se encamine a realizarlo y, por lo mismo, al tomarse su declaración preparatoria a un inculpado se pretenderá conseguir con ella la verdad. Es desde esta referencia que la declaración preparatoria, como indiqué anteriormente, tiene gran importancia como medio de prueba. " (80)

Ahora bien; una vez que ha sido designado el defensor, y que éste, ha aceptado y protestado el cargo que le ha conferido el indiciado, estará en aptitud aquél de entrar en el ejercicio y desempeño de su función que no es otra, que encauzar su actividad y sus conocimientos para obtener una resolución favorable dentro de las setenta y dos horas, en beneficio de los intereses de la defensa que lo ha sido encomendada.

Hay que destacar que lo que quede asentado en la declaración preparatoria, podrá influir en gran medida, en la valoración que de las pruebas haga el juez, al momento de dictar el auto de término constitucional, y por ello, el defensor debe procurar obtener un buen resultado de la misma, lo cual puede lograrse a través - de un buen interrogatorio, ya que éste " . . . es el instrumento más eficaz para obtener la verdad, toda la verdad, de cualquier lado que se encuentre, y a él hay que acudir en los casos dudo-

(80) FRANCO SODI, Carlos, ob. cit. paga. 222 v 223.

sos. Su propiedad por excelencia es la de aclarar las dudas producidas o dejadas por las otras pruebas. Dotado de esta fuerza, el interrogatorio es tan favorable a la inocencia como desfavorable al delito. De ahí que produzca terror en el culpable, y confianza en quien no lo es. " (81)

Hay autores que consideran que el interrogatorio no es un medio de prueba, sino un medio de defensa del acusado, pero yo considero además, que es un medio de información, un medio de prueba. - un testimonio de parte, precisamente útil a la acusación y a la defensa según sus elementos objetivos, en cuanto resulta contradictorio.

Si el defensor logra con ello un buen resultado en la diligencia de declaración preparatoria, habrá obtenido en realidad mucho. Posteriormente el defensor debe coordinarse con el indiciado para ofrecer las pruebas que consideren pertinentes y adecuadas a la defensa.

Como no existe disposición expresa que señale los lineamientos - que han de seguirse para el ofrecimiento de pruebas, y menos aún dentro del término constitucional, nos remitiremos a la práctica procesal de nuestros tribunales penales en la que se advierte, - que todas las pruebas son ofrecidas por escrito, y por consiguiente, las que se ofrezcan dentro del término constitucional, deberán revestir esta formalidad, aunque también, puede ofrecerlas el defensor, por medio de una comparecencia en el juzgado. En el escrito de pruebas o en la comparecencia, se debe señalar lo siguiente:

- a) El número de causa o expediente.
- b) El delito de que se trata.
- c) El nombre del indiciado.
- d) El juez ante el que se promueve.
- e) Las pruebas que se ofrezcan.
- f) Los alegatos de la defensa del acusado.

(81) BENTHAM, Jeremías, " Tratado de las Pruebas Judiciales ". - Trad. Manuel Osorio Florit, Buenos Aires 1959, Ediciones Jurídicas Europa- América, pag. 331.

Los incisos a, b, c y d, no requieren mayor explicación. Respecto del inciso e, hay que manifestar que las pruebas que se ofrezcan deben detallarse, procurando el defensor, que todos los datos, elementos y requisitos necesarios para su desahogo dentro de las setenta y dos horas, se hallen reunidos, ya que como se ve, el tiempo con que se cuenta para ello, es realmente poco. Aún cuando en materia federal se ha logrado un gran avance con la posibilidad de duplicarse el tiempo para dictar el auto de término constitucional, depende del desempeño del defensor y de la coordinación de éste con el indiciado, que el ofrecimiento de pruebas que se estudia culmine con un buen resultado.

En cuanto al inciso f, cabe explicar que los alegatos de la defensa son los razonamientos lógicos y jurídicos que argumenta el defensor en favor del indiciado, tendientes a influir en la valoración que de las pruebas aportadas haga el juez, al momento de resolver y determinar la situación jurídica en que habrá de quedar el indiciado al dictarse el auto de término constitucional. En el mismo escrito de ofrecimiento de pruebas debe solicitarse el desahogo de las mismas dentro de las setenta y dos horas en materia del fuero común, o, ciento cuarenta y cuatro en materia del fuero federal cuando así se solicite y proceda, y la valoración de éstas y de los alegatos antes de dictarse el multicitado auto de término constitucional. En los puntos petitorios debe hacerse la solicitud de que se dicte un auto de libertad por falta de elementos para procesar o, en su caso, uno de sujeción a proceso con la consabida libertad.

Si en realidad se logra una buena coordinación y desempeño entre el defensor y el indiciado, y existen bases firmes para desvirtuar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, puede afirmarse que este ofrecimiento de pruebas dentro del término constitucional, resultará realmente en la obtención de un auto que favorezca los intereses que la defensa representa.

Siguiendo el criterio de González Bustamante tenemos " . . . que el auto de soltura no es la única forma procesal para reintegrar al inculcado en su libertad, sino que puede ser puesto en libertad absoluta al vencimiento del término constitucional, si ha quedado demostrada plenamente la concurrencia de alguna causa - eximente o extintiva de responsabilidad . . . ": " . . . si en cambio ha sido puesto en libertad absoluta, por concurrir una causa excluyente de responsabilidad decretándose el sobreseimiento, no podrán practicarse con posterioridad nuevas diligencias - en averiguación de los hechos, sin menoscabo de la garantía consagrada en el artículo 23 de la Constitución Política de la República, toda vez que el auto de sobreseimiento tiene la misma fuerza legal que una sentencia absolutoria. " (82)

Por su parte Colín Sánchez afirma que " tratándose de los aspectos negativos del delito, como las causas de justificación, las causas de inculabilidad, las excusas absolutorias, etc. en el auto que se dicta al feneceer el término constitucional de 72 horas se dice que la libertad que se concede es con las reservas de ley. Al proceder es indebido, porque si ya se han agotado las pruebas que sirvieron para resolver la situación jurídica, lo procedente es decretar la libertad absoluta. " (83)

Como puede deducirse de lo anteriormente transcrito, las posibilidades que se tienen para obtener auto favorable al vencerse el término constitucional de las setenta y dos horas, son muchas. En cuanto a la formalidad que debe revestir el ofrecimiento de pruebas a que se hace referencia, únicamente se advierte que debe de ser por escrito, y, en lo que hace al deshecho de las mismas dentro del término constitucional, en todo caso, deberá estar regido por los siguientes principios:

(82) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, ob. cit. pag. 196.

(83) COLIN SANCHEZ, Guillermo, ob. cit. pag. 292.

a) El de la inmediación, de acuerdo con el cual el juez ha de recibir personalmente las pruebas, excepto aquellas que hallan de practicarse fuera del lugar del juicio.

b) El de la contradicción, que demanda que las pruebas se rindan con citación de la otra parte, y cuya inobservancia origina una violación a la garantía consagrada en la fracción IX, in fine, - del artículo 20 constitucional, que otorga al acusado el derecho de que su defensor se halle presente en todos los actos del juicio.

c) El de la publicidad, según el cual las pruebas deben rendirse en audiencia pública.

d) El de la legalidad, que exige que cada prueba debe rendirse - en la forma prescrita por la ley.

e) El del equilibrio entre las partes, para que éstas gocen de - iguales derechos en la recepción, aunque el ministerio público - en este lapso, sólo puede en relación con las pruebas o alegaciones que propusieren el inculcado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa.

f) El de la idoneidad, entendido en el sentido de que las pruebas que se reciban sean aptas para llevar la certeza al ánimo - del juez y se rechacen las inútiles.

En base a todo lo anterior es como afirmo que se admite como -- prueba todo lo que se ofrezca como tal, siempre que a juicio del juez, conduzcan lógicamente a la demostración de la verdad, ya - que " . . . el Juez penal, así como está obligado a investigar - la existencia del hecho atribuido al imputado, está obligado tam- -- bién a investigar la existencia de una eventual causa de exclu-

sión del delito. " (34)

Concluyendo, y desde el particular punto de vista, el término - constitucional de las detenta y dos horas en materia penal del - fuero común, también debería ofrecer la posibilidad de duplicarse al igual que en el fuero federal. y no sería violatorio de garantías, porque aunque el artículo 19 constitucional menciona en su parte conducente que " Ninguna detención podrá exceder del - término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión . . . ", por su parte, el artículo 20 de la Constitución en su fracción V, establece y concede al acusado amplia libertad de defensa en el ofrecimiento de pruebas, y, en este contexto, - la reforma procesal es jurídicamente aceptable.

4.- OBJETO.

Por objeto de la prueba debe entenderse el - tema o la materialidad en que recae la actividad probatoria. Es lo que se puede o debe probar para que se obtenga la certeza o - probabilidad acerca del acontecimiento histórico introducido al proceso como hecho incierto.

" En principio, lo que debe ser probado, son los elementos que - tipifican el delito, sus circunstancias de ejecución, sus particularidades, sus excepciones y en general toda aquella materia - de hecho que ha de servir de fundamento a la sentencia, tanto en lo que se refiere a la responsabilidad, como a la personalidad - del acusado. " (35)

(34) BORJA OSORNO, Guillermo, ob. cit. pag. 232.

(35) PEREZ PALMA, Rafael, ob. cit. pag. 150.

Siendo la prueba el medio de que se vale el juez dentro del proceso penal para conocer la verdad histórica de un hecho sobre el que debe dictar una resolución, es de donde se deduce la importancia que la misma tiene dentro del tomo que nos ocupa.

Partiendo de las anteriores afirmaciones es como puede decirse, que el ofrecimiento de pruebas dentro del término constitucional de las setenta y dos horas, tiene por objeto el demostrar la no existencia del delito y la inocencia del indiciado, mismas pruebas que deben ser recibidas y valoradas por el juez antes de dictar el auto mencionado, ya que lo mismo durante las primeras setenta y dos horas que después, tiene éste la obligación de encontrar la verdad histórica, cualquiera que ésta sea.

En virtud de que existen fundamentos constitucionales y procesales que dan vida y esencia al tomo que se desarrolla en esta tesis profesional, es como afirmo, que es perfectamente jurídico y procedente el ofrecimiento de pruebas a que se hace referencia, además de que con ello se logra dar una mayor amplitud al derecho de defensa, y una mayor proyección en cuanto a la libertad de la misma en el probar. Por otro lado, también se consigue y logra, cuando hay bases y elementos para ello, una considerable economía procesal penal.

" Nuestra legislación no pone ninguna limitación al objeto de prueba y, por tanto, se puede afirmar que todas las presunciones que establece son *juris tantum*, o sean presunciones que admiten prueba contraria (todo se puede probar). Esta postura de nuestra ley a la idea de que el derecho penal debe ser realista y, por ende, buscador de la verdad histórica, la cual nunca se puede presumir previamente en forma absoluta. " (86)

Por último, el objeto de prueba, para que se pueda estimar como tal, debe contener algo que se relacione con la verdad buscada en el proceso, es decir, debe ser pertinente.

5.- VALORACION.

Una de las finalidades concretas que se persiguen al ofrecer pruebas dentro de las primeras setenta y dos horas, es, que el juez, antes de dictar su auto de término constitucional, valore las mismas para el efecto de que la resolución que emita, sea lo más acorde posible, a la realidad o verdad histórica de los hechos.

La verdad, que es una realidad objetiva, cuando es adquirida por la mente humana, mediante el correspondiente proceso psíquico, forma la certeza. Tenemos por cierta una cosa cuando estamos ciertos de ella. Mientras la verdad es objetiva, la certeza es subjetiva.

" La decisión jurisdiccional requiere, no la verdad, sino la certeza. Esta es siempre el resultado de un juicio y la suspensión del ánimo entre dos juicios contradictorios origina la duda, la cual, en el proceso penal, determina la absolución del acusado. In dubio pro reo. " (87)

La valoración de la prueba, o más exactamente, la valoración del resultado del medio de prueba, consiste en el análisis crítico que realiza el juzgador del dato obtenido en la práctica de cada medio de prueba en relación con los demás, es decir, en la formación de su convencimiento sobre la verdad del hecho que se ha intentado probar.

Tenemos que dentro de las setenta y dos horas siguientes a la consignación, el juez debe resolver sobre la situación jurídica del inculcado, en los términos del artículo 13 constitucional. Ahora bien, este precepto indica que se dictará auto de formal prisión en caso de existir datos bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculcado. Evidentemente, si esos datos resultan insuficientes, no

(87) ARILLA BAS, Fernando, ob. cit. pag. 107.

se dictará dicho auto. Justamente por esto, el auto de sentido opuesto al de formal prisión se ha denominado auto de libertad por falta de elementos para procesar. Sin embargo, el auto de libertad puede ser, efectivamente por falta de elementos para procesar, o bien, de libertad absoluta.

Al no haberse comprobado el cuerpo del delito, el auto debe ser de libertad absoluta, dado que no hay delito que perseguir. Recuérdese que el artículo 14 constitucional establece la prohibición de imponer pena alguna que no esté prevista por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. " Obviamente, la imposición de penas requiere de un proceso, y éste no tiene sentido cuando se ha acreditado que no hubo ilícito, es decir, cuerpo del delito. " (88)

Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito.

Briseño Sierra afirma que " La comprobación del cuerpo del delito es la base del proceso penal; por lo tanto, no estando acreditados la totalidad de los elementos constitutivos del tipo delictivo, ni siquiera la modalidad del mismo, no puede declararse la responsabilidad jurídico-penal. " (89)

Por lo que hace a la presunta responsabilidad, el juez, después de hacer un análisis crítico de los hechos, deberá decidir si esos hechos, lleven a su ánimo el convencimiento de que hay indicios bastantes para presumir, para suponer que el inculcado ha to

(88) ADATO DE IZARRA, Victoria. ob. cit. pag. 241.

(89) BRISEÑO SIERRA, Humberto. " El Enjuiciamiento Penal Mexicano ", México 1985, edit. Trillas. pag. 149.

mado participación en la concepción, preparación o ejecución del hecho delictuoso que se le imputa y cuyo cuerpo está probado, o ha prestado su cooperación, o su auxilio y en qué forma, o ha inducido a otro a ejecutarlo, es decir, debe especificarse por qué se dice que hay indicios, cuáles son éstos y qué clase de responsabilidad, qué grado de responsabilidad hacen presumir que tiene el acusado, sin que ello implique una calificación definitiva sobre la misma.

" Finalmente, la comprobación del cuerpo del delito, debe ser plena.

" Si bien la responsabilidad es apreciativa y meramente presuncional, la comprobación del cuerpo del delito, aún para los efectos de la formal prisión, debe ser indubitante. No es posible que haya dudas respecto de la existencia del delito para someter a un individuo a prisión preventiva, sino que es indispensable que haya convicción plena. "

" La comprobación del cuerpo del delito, en el auto de formal prisión, sí requiere del análisis y de la valorización de las pruebas de conformidad con las prescripciones de los códigos adjetivos de la materia, de investigación de los medios de que se hubiere valido el Ministerio Público para acreditarlo, de la verificación del cumplimiento que se haya dado a las disposiciones relativas a la comprobación del cuerpo del delito, pues repetimos, la comprobación del cuerpo del delito, es decir, de la existencia misma del delito, debe ser indubitante. " (90)

De lo anterior se deduce que el juzgador debe valorar las pruebas que se ofrezcan y desahoguen dentro del término constitucional de las setenta y dos horas, toda vez que su convicción acerca de la comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad del indiciado, debe ser plena.

5.- FUNCION DEL DEFENSOR.

Como ya ha quedado de manifiesto en páginas anteriores, la función que desempeñe el defensor en el ofrecimiento de pruebas que se haga dentro del término constitucional de las setenta y dos horas, será fundamental y decisiva para lograr con ello influir en el convencimiento del juez sobre la verdad de los hechos, y conseguir que éste dicte un auto favorable a los intereses del indiciado.

El defensor en lo penal es algo mucho más importante que un simple asistente o representante del acusado, en cuanto está llamado a integrar la personalidad procesal y a colaborar con el juez en la conclusión del proceso, en la apasionada investigación de la verdad, con el fin de actuar con justicia.

Ahora bien, la institución de la defensa no sólo está reconocida sino legalmente garantizada en todos los países civilizados.

" El hecho de que se niegue al procesado la asistencia del defensor o el hecho de que a éste se pongan trabas o no se le den las facilidades necesarias para cumplir su misión, se considera como un atentado a la libertad del hombre, como un síntoma inconfundible de tiranía y como una denegación absoluta de justicia . . . "

" Al defensor deben darle los tribunales todas las facilidades - necesarias para que cumpla su cometido . . . desde el momento en que una persona tiene el carácter de acusado . . . " (91)

La función del defensor dentro del espacio de tiempo que comprende el término constitucional que se estudia, consistirá en aportar y presentar al juez todos los elementos y pruebas que sean favorables al indiciado, y tratar, de que aquél, los valore y los tome en cuenta en el momento de dictar el auto de término constitucional de las setenta y dos horas.

(91) FRANCO SODI, Carlos, ob. cit. pag. 87.

7.- FUNCION DEL MINISTERIO PUBLICO.

El artículo 21 de nuestra Constitución Política otorga a la institución del ministerio público la facultad de perseguir los delitos, y le concede además el monopolio de la acción penal. Por otro lado, también realiza funciones de prosecución de la acción penal ante los tribunales judiciales, es decir, se constituye como parte procesal.

" El Ministerio Público es una parte especial, sui generis, parte pública como la nombran algunos expositores, por cuanto no agita en interés particular, propio o privado, que es lo que caracteriza la parte en el juicio civil, sino como órgano estatal, en interés de la comunidad, procurando el cumplimiento de la Constitución y de la ley en el desarrollo del proceso; y, de otro lado no siempre ocupa una posición antagónica a la del procesado, - pues puede y debe impetrar la absolución de éste cuando esté con vencido de su inocencia. " (92)

La función que desarrolla el ministerio público respecto del -- ofrecimiento de pruebas dentro del término constitucional de las setenta y dos horas, es en buena medida, restringida, ya que éste sólo puede en relación con las pruebas o alegaciones que propusieren el inculcado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa, es decir, está en cierta forma supeditado a la actividad que realice la defensa del indiciado.

A lo anterior cabe agregar que " . . . el Ministerio Público es una institución de buena fe y que como tal, tiene interés en que no se vaya a cometer la injusticia de castigar a quien no merece la pena, toda vez que la función primordial de ésta, es velar por los intereses de la sociedad que representa, va que tanto ofendi

(92) MESA VELAZQUEZ, Luis Eduardo, " Derecho Procesal Penal ", - Colombia 1963, edit. Universidad de Antioquia, pag. 166.

do como acusado, son y forman parte de la sociedad." (93)

3.- FUNCION DEL JUZGADOR.

Para entender plenamente la función que debe desempeñar el juzgador cuando le sean ofrecidas pruebas dentro - del término constitucional que se estudia, es necesario dejar - bien claro que la jurisdicción " . . . es el hecho creador de vg rificar si se da en concreto una situación de hecho que la norma general determina en abstracto . . . ", " Por esta razón, el conocimiento del hecho sirve a toda la actividad jurisdiccional y pide para sí un puesto de superlativa importancia en el proceso. La norma individual sólo puede abrazar lo que el órgano jurisdiccional conoce y de allí el propósito de las partes de llevar al juez los datos que respectivamente les interesan. Las partes -- aportan el conocimiento mediante las pruebas . . . " (94)

La función del juzgador respecto del ofrecimiento de pruebas mencionada, consistirá en valorar y analizar los elementos probatorios que le han sido ofrecidos, tanto los que aporte o haya aportado el ministerio público, como los que ofrezca el inculcado o su defensor, para que el juez decida sobre la situación jurídica en que habrá de quedar al vencerse las setenta y dos horas del término constitucional, el acusado de la comisión de un delito. Por otro lado el juez, lo mismo durante las primeras setenta y dos horas que después, está obligado a encontrar la verdad histórica, cualquiera que ésta sea, ya que debe regir su decisión por el conocimiento del hecho concreto y los imperativos de la ley.

(93) FRANCO SODI, Carlos, ob. cit. pag. 64.

(94) RIVERA SILVA, Manuel, ob. cit. pag. 85.

9.- IMPORTANCIA PRACTICA.

Como ha podido apreciarse a lo largo de este capítulo, el ofrecimiento de pruebas dentro del término constitucional de las setenta y dos horas, tiene plena procedencia jurídica. Su importancia a nivel práctico radica en el hecho de dar mayor proyección a la ya amplia libertad de defensa en el ofrecimiento de pruebas que consagra el artículo 20 de nuestra Carta Magna.

Es de tomarse en cuenta que el período de tiempo en este caso, es muy breve, lo que dificulta el desarrollo de pruebas en este lapso, y por lo cual, yo me pronuncio en favor de la posibilidad de ampliar o duplicar el plazo constitucional que se analiza, toda vez que en materia federal ya se ha conseguido un gran avance jurídico procesal en este aspecto.

El acusado por regla general, tiene un conocimiento completo y preciso de los hechos que motivan el proceso, pero tiene también un desconocimiento total de la situación legal que lo rodea, puesto que no está, en principio, capacitado para entender la naturaleza de la acusación, ni para apreciar el derecho aplicable en su beneficio, ni el procedimiento a seguir para conseguir su absolución o la disminución de la pena. Suplir estas deficiencias en el acusado, es precisamente el objeto y la justificación de la defensa.

" En el procedimiento penal, a diferencia de lo que ocurre en el civil, no hay excepciones, ni perentorias, ni dilatorias, pero sí una infinidad de circunstancias que pueden y deben ser aprovechadas en beneficio de los inculcados: insatisfacción de algún requisito de procesabilidad; falta de algún elemento configurativo del delito; acción penal defectuosa o ilegalmente ejercitada; comprobación insuficiente del cuerpo del delito; concurrencia de circunstancias excluyentes de responsabilidad o simplemente ate-

nuantes; defectos en las pruebas de cargo . . . " (95). etcétera circunstancias todas ellas, que pueden acreditarse dentro del término constitucional de las setenta y dos horas mediante la debida aportación de pruebas que se haga para tal efecto.

Cabe por último señalar, que un reducido número de abogados defensores hacen uso de este derecho o posibilidad a nivel práctico, en virtud de la dificultad que para el desahogo de las pruebas aportadas, impone la brevedad de tiempo. Aunque poco a poco, y más aún con las reformas y avances en materia federal, cada día son más los indiciados y defensores que aprovechan esta libertad de defensa en el probar, lo cual puede traducirse o convertirse en un auto de término constitucional favorable al detenido.

(95) PEREZ PALMA, Rafael, ob. cit. pag. 281.

CONCLUSIONES.

1.- La averiguación previa es la primera etapa del procedimiento penal, y se desarrolla ante la autoridad del ministerio público. Comienza con la noticia del crimen o hecho delictuoso obtenida por la denuncia o la querrela, y culmina con el ejercicio de la acción penal o la resolución de archivo.

2.- Para que pueda ejercitarse la acción penal es necesario que el ministerio público en forma oficiosa, realice la investigación correspondiente para integrar el cuerpo del delito y la urgente responsabilidad, ya que éstos son requisitos indispensables para que pueda proceder dicho ejercicio.

3.- Una vez que el detenido es puesto a disposición del juez penal que deba conocer de su causa, ya sea porque se haya hecho la consignación con detenido o, porque se haya librado orden de aprehensión en contra del presunto responsable de la comisión del delito, comenzará a correr y computarse el tiempo dentro del cual el juez deberá resolver y decidir la situación jurídica del indiciado, al vencerse el plazo de setenta y dos horas que señala el artículo 19 constitucional.

4.- El ofrecimiento de pruebas dentro del término constitucional de las setenta y dos horas es jurídicamente procedente, ya que el artículo 20 de nuestra Carta Magna en sus fracciones IV, V y VII, consagran una amplia libertad en el probar y, además, el artículo 19 constitucional no impone la obligación de demostrar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad aunque no existan, sino al contrario, para este último supuesto ordena la libertad del detenido.

5.- La prueba desempeña un papel fundamental en este espacio de tiempo, ya que a través de ella se intentará demostrar la verdad histórica de los hechos, el grado de participación que en los mismos tuvo el indiciado, así como su personalidad, para que el juzgador adquiriera un conocimiento pleno, y, al vencerse las setenta y dos horas, dicte un auto lo más apegado posible a la verdad histórica de los hechos.

6.- La función que realice el defensor dentro del término constitucional mencionado, para llevar al ánimo del juzgador el cercioramiento acerca de la verdad histórica de los hechos y poner de manifiesto la no existencia del delito o la inocencia del detenido, también es de capital importancia.

7.- El artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales concede al indiciado la posibilidad de duplicar el tiempo del término constitucional de las setenta y dos horas, con lo que se logra dar una mayor amplitud y proyección a la libertad en materia probatoria y al derecho de defensa.

8.- La posibilidad de duplicar el tiempo del término constitucional de las setenta y dos horas que ha quedado consagrada en el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, debería hacerse extensiva al fuero común en materia penal, toda vez que el indiciado estaría ejerciendo su derecho de defensa al intentar sacar a la luz la verdad histórica de los hechos, a través del ofrecimiento de pruebas dentro del término constitucional aludido.

9.- Aún cuando las pruebas ofrecidas dentro del término constitucional de las setenta y dos horas no lograran inclinar el ánimo del juzgador para obtener con ello una resolución favorable a los intereses del indiciado, las mismas servirían para encaminar el proceso hacia una buena defensa y finalmente una sentencia justa.

BIBLIOGRAFIA.

ACERO, Julio. Procedimiento Penal. México 1968. Editorial Cajica.

ADATO DE IBARRA, Victoria, GARCIA RAMIREZ, Sergio. Prontuario - del Proceso Penal Mexicano. México 1980. Editorial Porrúa.

ARILLA BAS, Fernando. El Procedimiento Penal en México. México - 1976. Editores Mexicanos Unidos.

BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Trad. FLO- RIT OSORIO, Manuel. Buenos Aires 1959. Ediciones - Jurídicas Europa - América.

BORJA OSORNO, Guillermo. Derecho Procesal Penal. Puebla, México 1985. Editorial Cajica.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano. Méxi- co 1985. Editorial Trillas.

CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. Tomo II Buenos Aires 1959. Ediciones Jurídicas Europa - América.

COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Pe- nales. México 1970. Editorial Porrúa.

DAZ DE LEON, Marco Antonio. Tratado sobre las Pruebas Penales. México 1982. Editorial Porrúa.

FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Barcelona

España S. F. Editorial Bosch.

- FRANCO SODI, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. México -- 1939. Editorial Porrúa.
- GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. México 1981. - Editorial U.N.A.M.
- GONZALEZ BLANCO, Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano. México 1975. Editorial Porrúa.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. México 1971. Editorial Porrúa.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comentado. México 1974. Editorial Porrúa.
- MESA VELAZQUEZ, Luis Eduardo. Derecho Procesal Penal. Colombia - 1963. Editorial Universidad de Antioquia.
- OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil. México 1934. Editorial Harla.
- PEREZ PALMA, Rafael. Guía de Derecho Procesal Penal. México 1977 Cárdenas, Editor y Distribuidor.
- PIÑA Y PALACIOS, Javier. Derecho Procesal Penal. México 1948. - Editorial Porrúa.
- RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. México 1994. Editorial Porrúa.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. Bogotá, Colombia 1972. Editorial Temis.

ORDENAMIENTOS CONSULTADOS.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa 1988.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. 1988.

Código Federal de Procedimientos Penales. - Editorial Porrúa. 1988.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. 1986.