



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO
"LIC. JESUS ROJAS VILLAVICENCIO"

**"PROPUESTA A FAVOR DE LA VICTIMA
O EL OFENDIDO EN LA JUSTICIA
PENAL"**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

YAZMIN RUIZ GUERRERO

HUAJUAPAN DE LEON, OAXACA

AGOSTO 2008



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

GRACIAS:

A DIOS:

POR DARMER LA VIDA,
POR DEJARME HACER
REALIDAD MIS SUEÑOS Y POR
DARME UNA GRAN FAMILIA.

A MI MAMA:

POR TODO LO QUE HAS
DADO POR MI, POR ESTAR
AHÍ SIEMPRE
APOYANDOME, POR QUE
ESTE LOGRO ES TUYO.
TE QUIERO.

SOFIA YOLANDA GUERRERO SANCHEZ

A MI PAPA:

POR COMPARTIR ESTE
LOGRO CONMIGO.

ROLANDO RUIZ CANCECO

A MIS HERMANOS:

POR SU CARIÑO Y POR EL
APOYO QUE SIEMPRE HE
TENIDO DE USTEDES.

ROLANDO
MITZI FERNANDA

A MIS ABUELITOS:

POR EL APOYO QUE ME
HAN DADO EN TODO
MOMENTO Y POR ESTAR AQUÍ
CONMIGO.

PABLO GUERRERO RAMIREZ
ELOISA SANCHEZ ARELLANO

A MIS TIOS:

POR QUE SIEMPRE
HEMOS SIDO UNA FAMILIA

MARAVILLOSA Y MUY UNIDA,
POR SU APOYO
INCONDICIONAL.

HUGO Y ROSI
NESTOR Y SOCORRO
ROLANDO Y GALI
MARIBEL Y MARCELO
EDGAR Y CECILIA
GIL Y ROSARIO
ERIC Y BLANCA
JAIME Y VICTORIA

A MI NOVIO:
POR ENTRAR EN MI
VIDA, POR TU AYUDA EN
ESTE PROYECTO QUE SIN TI
NO SERIA POSIBLE, POR TU
AMOR Y COMPRESION.
TE AMO.

LIC. JUAN LEON MONTIEL.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I DERECHO PROCESAL

1.- UNIDAD ESENCIAL DEL DERECHO PROCESAL	6
2.- UNIDAD ESENCIAL CONCEPTUAL	8
3.- UNIDAD ESENCIAL FORMAL	11
4.- NATURALEZA JURIDICA DEL PROCESO	17
4.1 CORRIENTE PRIVATISTA	18
4.1.1.- TESIS DEL CONTRATO	19
4.1.2.- TESIS DEL CUASICONTRATO	21
4.2.- CORRIENTE IUSPUBLICISTA	22
4.2.1.- TESIS DE LA SITUACIÓN JURÍDICA	23
4.2.2.- TESIS DE LA RELACIÓN JURÍDICA	26

CAPITULO II EL PROCESO PENAL

1.- OBJETO PRINCIPAL DEL PROCESO PENAL	35
1.1.- EL PRINCIPIO DE LA NO DISPONIBILIDAD DEL OBJETO PRINCIPAL DEL PROCESO PENAL	37
1.2.- EL PRINCIPIO DE LA INMUTABILIDAD DEL OBJETO PRINCIPAL DEL PROCESO PENAL	38
2.- OBJETO ACCESORIO DEL PROCESO PENAL	39
3.- FINES DEL PROCESO PENAL	42
3.1 FINES GENERALES DEL PROCESO	42
3.1.1 FIN GENERAL MEDIATO O REMOTO DEL PROCESO	43
3.1.2 FIN GENERAL INMEDIATO DEL PROCESO	43
3.2 FINES ESPECÍFICOS DEL PROCESO PENAL	44
3.2.1 LA INVESTIGACION DE LA VERDAD REAL, MATERIAL E HISTORICA	44
3.2.2 LA PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE	46

CAPITULO III
SUJETOS PROCESALES.

1.- PARTES EN EL PROCESO.....	51
2.- SUJETOS PRINCIPALES.....	55
2.1.- SUJETOS AUXILIARES.....	56
3.- SUJETOS PROCESALES SECUNDARIOS O ACCESORIOS.....	57
4.- EL ORGANO DE LA JURISDICCION PENAL.....	58
5.- EL ORGANO ACUSADOR.....	62
6.- EL INculpADO.....	68
7.- LA VICTIMA O EL OFENDIDO.....	73

CAPITULO IV
LA VICTIMA O EL OFENDIDO, SU TRATAMIENTO EN LAS LEGISLACIONES PENALES Y DE
PROCEDIMIENTOS PENALES FEDERAL Y DEL ESTADO DE OAXACA.

1.- CÓDIGO PENAL DE 1871.....	78
2.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1880 Y 1894.....	80
3.- CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1908.....	81
4.- CÓDIGOS PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE OAXACA DE 1888.....	83
5.- CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL DE 1929 Y CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN, COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO EN MATERIA PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929.....	85
6.- CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL DE 1931.....	87
7.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1931.....	90
8.- CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1934.....	92
9.- CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE OAXACA DE 1935 Y CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE OAXACA DE 1944.....	93
10.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE OAXACA DE 1935 Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE OAXACA DE 1944.....	93
11.- PANORAMA LEGISLATIVO PROCESAL VIGENTE DE LA REPÚBLICA.....	93
11.1.- FAMILIAS PURAS.....	93

11.2 FAMILIA MESTIZA	94
12.- DERECHOS DE LA VICTIMA O DEL OFENDIDO.	95
12.1 DERECHOS PRE-PROCESALES.....	96
12.2 DERECHOS PROCESALES.....	98
12.3 DERECHOS POST-PROCESALES.....	100
12.4 LOS DERECHOS DE LA VICTIMA O DEL OFENDIDO EN NUESTRA LEGISLACION PENAL Y PROCESAL PENAL VIGENTE.....	100
12.4.1 CODIGO PENAL DE OAXACA.....	100
12.4.2 CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE OAXACA.....	101
PROBLEMÁTICA.....	103
CONCLUSIONES	108
BIBLIOGRAFIA.	

INTRODUCCION

Dados los avances contemporáneos que ha venido observando la rama de la Ciencia Jurídica denominada Derecho Procesal Penal o Derecho de Procedimientos Penales, así como la humanización de la Justicia Penal, humanización que abarca no solamente al inculpado, si no también a los particulares víctimas del delito u ofendidos por el delito, avances que han quedado plasmados en nuestra Legislación Procesal Penal vigente, se impone, a nuestro modesto juicio, el avance de estos análisis, con el objeto de ver si son integrales o no, si la Ley Procesal Penal da las mismas oportunidades al inculpado y a la víctima o al ofendido, pues por muy que se trate de innovaciones trascendentales que revolucionen nuestra legislación, si adolecen de parcialidad, si son incompletas, dejaran de ser lo benéficas que se requieren y aparecerán como simples intentos frustrados de educación de la Ley a las realidades que cotidianamente se viven en el desarrollo del drama penal.

Este trabajo recepcional que trata del tema relativo a la conveniencia de dar a la víctima o al ofendido el carácter de parte en el proceso penal, no tiene como principal motivo cumplir con el requisito académico que me permita acceder a la obtención del Título Profesional de Licenciado en Derecho, aunque debo decirlo, si es un medio idóneo para satisfacer este grado académico, la principal finalidad que nos impele a abordar este tema, con la temeridad manifiesta de un principiante, un iniciado en el conocimiento de la Ciencia Jurídica que, dadas estas circunstancias, implica un conocimiento muy acotado, muy débil del mundo del derecho, producto de la falta de experiencia en el arte de lo bueno y de lo equitativo, como se ha dicho que es el Derecho, la principal finalidad, repetimos, consiste en externar nuestras inquietudes, nuestras curiosidades, nuestros cuestionamientos sobre el tema que abordamos, con el objeto de ubicar en una mejor situación de igualdad, hasta

donde esto es posible, a la víctima o al ofendido por el delito, de tal manera que las situaciones de injusticia por las que atraviesa la víctima o el ofendido en el proceso penal se vean superadas o, en su caso eliminadas, y puedan ser escuchadas por todas las instancias a que tiene derecho el inculpado o que actualmente están vedadas a la víctima o al ofendido.

Es de explorado derecho que quien representa a la víctima o al ofendido en el proceso penal, es la Institución del Ministerio Público, representada a su vez por los Agentes que lo integran, personas físicas que en la actualidad, la mayoría de ellas, tienen estudios de Derecho, pero que carecen de la vocación que implica ser Ministerio Público, o que si en un principio la tenían por diversos factores esa vocación ha ido desapareciendo; la rutina que implica estar siempre integrando averiguaciones previas, por años, tantos que no es extraño ver a numerosos profesionales del Derecho empezar a ejercer su profesión trabajando como Agentes del Ministerio Público y jubilarse, después de veinticinco o treinta años, con el mismo cargo, como Agentes del Ministerio Público integradores de Averiguaciones Previas o adscritos a los Juzgados Penales o Mixtos de Primera Instancia, esta rutina, de manera natural acaba con la vocación manifestada inicialmente; esta situación hace que la representación que debe hacer el Ministerio Público de los intereses de las víctimas u ofendidos por el delito, deje de ser puntual, con la pasión necesaria para ubicarse en el justo medio y se limite a cumplir medianamente con esa tan importante obligación que le es connatural a esta Institución, lo que trae como consecuencia la deficiencia de la defensa de la víctima o del ofendido, la no consecución de aquello a lo que tiene derecho, en suma, a un trato injusto; por estas y por otras razones creemos que resulta importante estudiar hasta que punto es bueno, que independientemente de la labor que impone la Ley al Ministerio Público, la víctima o el ofendido, uno de los principales actores en el drama penal, pueda ejercer los derechos procesales que derivan del hecho criminoso en el cual se encuentran involucrados. Es evidente y, como afirmamos anteriormente, ya ha habido avances en el tema en cuestión, pero

nos parece que son mínimos, principales, no integrales; a exponer este credo es a lo que se referirá este trabajo recepcional.

Por obvias razones es seguro que incurriremos en errores propios de nuestra inexperiencia en el tratamiento, estudio y conocimiento de la Ciencia Jurídica en la parte en que se aborda en este trabajo, pero creemos que justo es deba ser objeto de la benevolencia del Honorable Jurado que me examine, por eso apelo a su critica sana y constructiva que deberá tomar como paliativo mi profundo interés en las cuestiones jurídicas que se estudiaran; en todo caso deseo hacerles saber que son inquietudes de una Estudiante de Derecho.

CAPITULO I

DERECHO PROCESAL

Para introducirnos al presente tema de investigación es necesario retomar algunos conceptos que nos serán útiles para poder comprender a detalle todo lo que implica el Derecho Procesal, ya que como veremos mas adelante no solo nos referimos a una simple definición si no que por el contrario veremos su unidad esencial, conceptual y formal, así como también responderemos a una pregunta ¿De donde surge el Derecho Procesal?, para ello nos referiremos a su naturaleza jurídica, en la cual hacemos alusión a varios autores y a sus diferentes teorías las cuales tratan de dar una respuesta a nuestra interrogante.

Así, un concepto general de Derecho procesal es aquel que se define como el conjunto de disposiciones que regulan la sucesión concatenada de los actos jurídicos realizados por el Juez, las partes y otros sujetos procesales, con el objeto de resolver las controversias que se suscitan con la aplicación de las normas de derecho sustantivo¹.

Para García Maynez, Derecho procesal “es el conjunto de reglas destinadas a la aplicación de las normas del derecho a casos particulares, ya sea con el fin de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el propósito de que los órganos jurisdiccionales declaren la existencia de determinada obligación y, en caso necesario, ordenen que se haga efectiva²”.

¹ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa S.A. , México 1991.

² GARCIA Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 54ª ed, México, 2002, Porrúa, p. 143.

Esto es, que el Derecho procesal es un conjunto de normas consecutivas que debemos de seguir paso a paso, con las formalidades que esta misma requiere y con el fin de resolver el conflicto motivo de dicho proceso.

El Derecho Procesal se estructura en torno a tres conceptos básicos: la jurisdicción, la acción y el proceso.

a).- **Jurisdicción:** es la facultad y el deber que tienen los tribunales de justicia de conocer, sentenciar y ejecutar lo sentenciado en los conflictos que sean sometidos a su decisión.

b).- **Acción:** es el mecanismo por el cual una persona solicita al tribunal su pronunciamiento sobre un conflicto actual, y por lo general fuerza a otra persona a presentarse a defender su derecho o intereses, bajo apercibimiento de verse perjudicada con una sentencia judicial desfavorable.

c).- **Proceso:** es el conjunto de actuaciones judiciales que tienen como meta dictar una sentencia judicial que resuelva una cuestión controvertida.

Conceptos a los cuales nos referiremos con mayor exactitud más adelante.

De lo anterior se entiende el Derecho Procesal, como la sucesión de actos jurídicos encaminados a obtener la solución del litigio, mediante la intervención de un órgano jurisdiccional, imparcial y superior a las partes.

El proceso constituye así, la vía jurídica más desarrollada para dar solución institucional a los litigios, mediante la aplicación de la voluntad autárquicamente vinculatoria de la ley, al caso controvertido, por obra del

juzgador.³ Por lo mismo, como cauce de las pretensiones de las partes, el proceso constituye un instrumento importante para la realización de la justicia y de esta suerte un baluarte del Estado de derecho.

A continuación veremos las características del Derecho Procesal en sí, las cuales son inherentes a él, y que observaremos cada una de ellas con mayor detalle.

1.- UNIDAD ESENCIAL DEL DERECHO PROCESAL

La primera de ellas lo es la unidad esencial del Derecho Procesal, la cual menciona que la ciencia del Derecho procesal es única, es decir, el Derecho Procesal es uno, sin embargo en la práctica cotidiana no parece manifestada esa unidad, pues a diario escuchamos que se habla del Derecho procesal Penal, Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Laboral, Derecho Procesal, etc. Obviamente lo menos que podemos pensar es que existen tantos Derechos procesales como Derechos materiales existan, y en ese orden de ideas la unidad esencial del Derecho procesal resulta cuestionada.

De lo anterior podemos advertir que lo que lleva a creer en la existencia de muchos Derechos Procesales no es más que una óptica superficial basada en el derecho material que se traduce en el objeto cuestionado que se trata de dirimir a través del proceso; lo que sucede es que hay diversidad de procesos dentro de la unidad del Derecho procesal, diversidad que se basa en los principios que forman e informan al Derecho material y que transmite el color que le es propio al Derecho material y que hace diverso un proceso de otro; por ejemplo: el Derecho Procesal Civil se informa del principio dispositivo que deriva de la privacidad del Derecho Civil, ya que el Derecho Civil es Derecho

³ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972), México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 419.

Privado, consecuentemente los jueces Civiles deben esperar la promoción de las partes para actuar, en el proceso penal los Jueces Penales están facultados para ordenar la practica de diligencias se las pidan o no las partes, por que este Derecho Penal es Público y es al Juez a quien más le importa conocer en realidad el hecho puesto a su consideración, en beneficio de la colectividad, y todas estas características hacen diverso el proceso Penal y lo distinguen del proceso Civil.

Así en los derechos materiales donde priva la protección a grupos vulnerables, como el Derecho Agrario o Derecho Laboral, se va a dar otro tipo de principios que van a ser diversos a sus procedimientos de otro tipo de procedimientos, por ejemplo, dado el carácter social del Derecho Agrario y del Derecho Laboral, en sus procedimientos se prevé la suplencia de la deficiencia de la queja con el objeto de proteger a los núcleos campesinos, ejidatarios o comuneros, que se consideran socialmente mas vulnerables que los pequeños propietarios o titulares de la propiedad privada o proteger a los trabajadores, que se consideran vulnerables en comparación con los patrones, estos principios se van a ver reflejados en las normas procedimentales que integran el Derecho procesal respectivo y consecuentemente va a hacer aparecer estas normas procesales como diversas de otras.

Por lo anteriormente expuesto aparentemente existen muchos Derechos procesales, lo cual no es exacto, pues el Derecho procesal es uno, único esencialmente, aunque dentro de esa unidad se da la diversidad, las modalidades que adopta ese Derecho procesal de acuerdo al Derecho Material que se maneja a través del proceso.

2.- UNIDAD ESENCIAL CONCEPTUAL

La segunda característica es la unidad esencial del Derecho procesal que deriva del análisis de los conceptos comunes que integran el proceso, por eso hablamos de unidad esencial conceptual.

Al respecto José Ovalle Favela⁴, abordando el tema que nos ocupa, explica que todo estudio sobre cualquier rama del Derecho procesal debe partir de una premisa básica, sobre la cual existe un consenso entre los autores a saber: la unidad esencial del Derecho procesal.

Esta unidad se expresa, en primer término, por medio de los conceptos básicos y fundamentales que toda disciplina procesal utiliza y que ha dado en llamar la “trilogía estructural de la ciencia del proceso”.

Esta trilogía se integra por tres conceptos que siempre vamos a encontrar en todo tipo de proceso, sin los cuales el proceso no puede existir, esos conceptos son: a) La Jurisdicción b) el Proceso y c) La Acción.

Todas las ramas del Derecho procesal parten de la existencia de estos tres conceptos: a) la Jurisdicción, como poder del Estado, para resolver conflictos de trascendencia Jurídica en forma vinculativa para las partes; b) el proceso como instrumento jurídico del Estado para conducir la solución de los litigios o de los problemas entre particulares que releven trascendencia Jurídica y c) la acción como Derecho, facultad, poder o posibilidad jurídica de las partes, para provocar la actividad del órgano jurisdiccional del Estado, con el objeto de que se resuelva una pretensión litigiosa.

⁴ Cfr. Ovalle Favela, José, Derecho procesal Civil, Colección Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Harla S.A. de C. México 1981, Pág.5.

En todo proceso, sea del tipo que sea, de la naturaleza que sea, siempre habrá, necesariamente estos tres conceptos, jurisdicción, proceso y la acción; no podremos nunca encontrar un proceso en el que no exista la jurisdicción, pues siendo la jurisdicción la función pública del Estado, encargada de los órganos jurisdiccionales para aplicar el Derecho, en cualquiera que sea la rama en la que se presente el conflicto, resulta incuestionable que en todo proceso debe haber necesariamente jurisdicción, entendiendo como proceso al conjunto de actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes necesarias para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional⁵ y entendida la jurisdicción como la actividad en que el Estado a través de los órganos Jurisdiccionales, interviniendo por requerimiento de los particulares, sujetos de interés jurídicamente protegidos se sustituye a ellos en la actuación de la norma que tutela aquellos intereses, declarando en lugar de ellos si existe y cual es la tutela que una norma concede a un determinado interés cuya tutela legalmente se ha declarado cierta⁶, resulta evidente que en un proceso no puede faltar la jurisdicción y que en todo proceso debe existir la jurisdicción.

Como presupuesto de la jurisdicción y derecho fundamental de la persona para adquirir la impartición de justicia, la acción constituye uno de los elementos capitales dentro de la estructura del proceso.⁷ La acción es considerada, dentro de esta perspectiva, como el elemento dinámico del proceso, por lo que Alcalá Zamora⁸ afirma que la energía o principio anímico de la actividad procesal realizada por las partes, proviene de la acción, que únicamente así, y no reclusa en la demanda, alcanza su pleno desarrollo y se erige, por su trascendencia, en uno de los conceptos fundamentales de nuestra disciplina.

⁵ Rocco Ugo, Tratado de Derecho Procesal Civil, parte general Tomo I, Editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1976, Pág. 113.

⁶ Rocco, Ugo, Op. Cit. Pagina 53.

⁷ Pina, Rafael de, Curso de derecho procesal del trabajo, México, Botas, 1952, pp. 76 y ss.

⁸ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, op. cit., p. 350.

Sin embargo como otra de las piezas puntales del proceso, la jurisdicción propone la solución de los litigios, dando cuerpo y cumplimiento a la función esencial del Estado que es la administración efectiva de justicia. Su importancia, como otro elemento esencial dentro de la estructura del proceso, resalta ante la misión de garantizar, con eficacia, la observancia práctica del derecho objetivo.⁹ Por lo anterior, apuntó Couture que la función de esta figura es asegurar con la justicia, la subsistencia pacífica, así como los más altos valores jurídicos "mediante la aplicación, mentalmente coercible del derecho"¹⁰.

Ahora bien, es incuestionable que para que se pueda iniciar un proceso a través del cual se desenvuelva la jurisdicción, es necesario que se pida a los órganos jurisdiccionales que actúen, que intervengan, si no es así el órgano jurisdiccional no va a intervenir, el Juez no está facultado a iniciar de oficio un proceso es necesario que alguien se lo pida para así establecer la relación jurídica entre el particular peticionario y la autoridad jurisdiccional; relación jurídica de Derecho Instrumental, Derecho Procesal conocido como Derecho de acción, que no es más que el Derecho a la jurisdicción, es decir, Derecho de los particulares a que las autoridades jurisdiccionales hagan jurisdicción por medio o a través del proceso correspondiente, con el fin de dar una solución al conflicto que los aqueja.

El vínculo que se establece entre los órganos jurisdiccionales y la persona que hace valer el derecho de acción o de defensa, se llama relación jurídica procesal¹¹. En su aspecto activo está constituida por las facultades legales de las partes frente a los órganos encargados de la jurisdicción y, en su aspecto pasivo, por el deber jurisdiccional de tales órganos.

⁹ Cfr. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, op. cit., p. 50.

¹⁰ Couture, Eduardo J., Fundamentos de derecho procesal civil, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 34.

¹¹ Vid. Op. Cit. GARCIA Maynes, pp. 247-251.

En estas condiciones resulta perfectamente claro que en el Derecho procesal es imprescindible la acción, el requerimiento, la excitativa de parte para que la autoridad jurisdiccional inicie el proceso, que esa iniciativa en ocasiones la ejerce un particular, como sucede en el Derecho Civil y en otras la ejerce un órgano de autoridad administrativa, como lo es el Ministerio Público, que nada desmerece la necesidad de la existencia de ese requerimiento a la autoridad jurisdiccional; no puede haber un proceso en el que previamente no haya habido el ejercicio de una acción; existiendo la jurisdicción ejercitándose la acción, el Estado debe actuar y dar esa jurisdicción, para realizar esta actividad precisa de un instrumento, un medio, ese mecanismo lo constituye el proceso y se traduce en una serie de actividades previstas previamente en la Ley, actividades que deben desarrollar el órgano jurisdiccional y las partes; no hay ningún proceso que no este previsto en la Ley, no hay ningún proceso cuyas partes, procedimientos, no estén previstas en la Ley, y a ese mecanismo deben ajustarse el órgano jurisdiccional y las partes.

De lo anterior podemos advertir que el Derecho procesal es único, uno solo, tiene unidad esencial por cuanto que en todas las diversas modalidades de procesos siempre va a existir estos tres conceptos: la jurisdicción, la acción y el proceso, ya que no se da la existencia de uno sin el otro por el contrario el ejercicio de acción de uno nos lleva al otro, en este sentido debe entenderse la unidad esencial del Derecho Procesal, considerado conceptualmente.

3.- UNIDAD ESENCIAL FORMAL

Si bien es cierto, como ha quedado manifestado en el punto anterior, que la unidad esencial del Derecho procesal se advierte que los conceptos que le son comunes a todo tipo de proceso, también es cierto que no únicamente los conceptos evidencian esa unidad; también podemos advertir esa unidad esencial basándose en elementos formales que resultan comunes y en todo

caso necesarios para todo tipo de proceso; por lo que esta es otra de las características con las que cuenta el Derecho Procesal.

En efecto, en todo tipo de proceso encontramos como efecto formal lógico la existencia de un presupuesto, ese presupuesto es el conflicto con trascendencia jurídica que sostienen los particulares, si el proceso es un instrumento estatal, un instrumento del Estado, para solucionar conflictos, es lógico que todo proceso tenga como antecedente y contenido un litigio, un conflicto, sin importar que ese conflicto exista como mera hipótesis o como realidad verdadera, puede ser que se denuncie a alguien por la comisión de un delito por simple deseo de venganza o por que se piense infundadamente, que es esa la persona que cometió ese delito, o incluso, ni siquiera hay delito, pero hacemos parecer que si lo hay, o puede ser que se nos trate de cobrar un crédito cuando en realidad no lo debemos por que ya lo hemos pagado, pero no tuvimos el cuidado de recoger el documento en que constaba el crédito, y no obstante esto se nos demanda al pago de ese crédito, en estos casos el presupuesto, el conflicto existe hipotéticamente, pero existe, y al presentarse la denuncia o la demanda ejercitándose la acción, la autoridad jurisdiccional deberá necesariamente iniciar el proceso de ahí que siempre debe existir, en todos los casos del tipo que sean, como antecedente o presupuesto, un conflicto.

En todo proceso, del tipo o de la modalidad que sea, debe haber siempre un recorrido, ese proceso debe desenvolverse a lo largo de una serie de pasos por medio del procedimiento, serie de actos y hechos procesales que tienen una realización formal, especial y temporal y que constituye el procedimiento, los actos que integran un proceso constituyen un procedimiento, y así debemos entender la diferencia que existe en proceso y procedimiento; el proceso es el todo, el continente, el procedimiento es el contenido; la parte de un proceso esta integrado por varios o muchos procedimientos, estos

procedimientos se dan o deben darse en una forma específica, propia prevista por la Ley, y en un determinado tiempo, previsto por la Ley.

En el proceso penal la Averiguación Previa debe realizarse en una determinada forma prevista por la Ley, no como al Agente del Ministerio Público se le antoje, si no como lo dice la Ley, la declaración preparatoria debe tomarse de acuerdo a la forma especificada por la Ley, no como al Juez le gustaría que fuera, la demanda civil debe observar una forma determinada por la Ley, no como la quiera presentar el actor, las pruebas en materia civil deben ofrecerse y desahogarse como lo establece la Ley, no como se le ocurra al Juez o a las partes; estas actividades procedimentales deben ajustarse a las formalidades previstas en la ley.

De todo ello podemos advertir que no podemos cambiar la Ley a nuestro favor, así el Derecho procesal nos indica las formalidades que se deben seguir en el proceso, como cuando se hace la declaración preparatoria debemos seguir ciertas formalidades en el proceso ya que al inicio de la diligencia se le tienen que mencionar al inculpado las constancias que obran en los autos, así mismo se le deben hacer valer sus derechos consignados en la Ley como lo es que esté asistido por un Defensor o en su defecto se le asignará al Defensor de Oficio, mencionarle también que tiene derecho a la libertad bajo caución si es que así es permitido por la Ley, que tiene derecho a carearse con las personas que deponen en su contra, que puede o no declarar en la hora y fecha señalada, y así mismo ampliar o no el término constitucional, y a presentar si así lo requiere las pruebas necesarias para demostrar su dicho, etc.

Ahora bien, no podemos ubicar las prioridades procedimentales como queramos, no podemos presentar la demanda y al día siguiente una promoción en la cual se pide que se dicte sentencia, no podemos ejercitar la acción penal y en la siguiente promoción pedir que se nos ponga a la vista el proceso para formular conclusiones, debemos observar escrupulosamente los espacios en

que la ley nos permite actuar, si no es así, el proceso jurídicamente no existiría, pues se estarían violando reglas procedimentales que por su naturaleza son de orden público, lo que implica la nulidad de lo actuado y de la inexistencia de esa actividad, y debemos actuar en los tiempos que la Ley lo señala; a la Ley no le gustan las actuaciones indefinidas, por que crean inseguridad jurídica, por eso señala tiempos en que se debe actuar validamente, tiempo en que se debe ejercitar la acción o dentro de los cuales se debe ejercitar la acción, civil o penal; tiempos dentro de los cuales se debe impugnar una resolución judicial; tiempos en los que se debe probar, si no se actúa dentro de esos tiempos se pierde el derecho a actuar.

Como se observa en todo proceso encontramos ese recorrido, con algunos aspectos que los hace variar, pero el recorrido existe, el procedimiento que integra o los procedimientos que integran el proceso necesariamente deben existir, cortos (sumarios), o largos (ordinarios), muy cortos (sumarisimos), pero existen.

En todo proceso buscamos alcanzar una meta, es decir, una resolución, llámese sentencia, laudo, que condene o absuelva, pero al final de cuentas es una meta que se trata de conseguir y que va a resolver, de una o de otra forma el conflicto planteado, pensar lo contrario es contradecir la naturaleza de la Institución procesal y la naturaleza de todos los fenómenos que rodean la vida del humano; todo tiene un principio y un fin necesariamente y consecuentemente deben tener un fin, este es la meta que se trata de alcanzar y en el caso del proceso se traduce en esa resolución con la cual se resuelve el conflicto planteado.

En todo proceso encontramos un complemento, que es de realización eventual, puede cumplirse o no cumplirse, puede realizarse o no realizarse, pero está previsto por la Ley y existe, que en ocasiones no se use ese complemento, es otra cosa, pero su existencia no tiene discusión; ese

complemento consiste en el cumplimiento coactivo, forzoso de la resolución del Juez, cuando el obligado se niegue a cumplir voluntariamente.

Si bien es cierto que no en todos los procesos se actualiza este complemento, también lo es que ahí está, previsto por la ley, para que se use llegado el caso, no hay proceso en el que no se prevea el caso de incumplimiento y la forma de hacer cumplir por la fuerza, en contra de la voluntad del obligado lo resuelto por el Juez, si no existe este cumplimiento a la voluntad del obligado, lo que quiere decir que la resolución de la autoridad carecería de sentido por que su ejecución estaría condicionada al gusto o al capricho del obligado.

Es por ello que dentro de las medidas coactivas tenemos que incluso en el Derecho Civil en la vía ejecutiva mercantil se hace el remate de los bienes aunque el demandado no esté de acuerdo con lo previsto por la Ley, así también en Derecho Penal se cuenta con la facultad de imponer multas a las personas que sean citadas y se nieguen a comparecer ante la Autoridad judicial, o más aún se puede mandar a comparecer a dichas personas por medio de la fuerza pública, así podemos observar en que consiste el cumplimiento coactivo de la Ley.

Otro elemento formal, estructural, que evidencia la unidad esencial formal del Derecho Procesal, es el carácter dialéctico que en el proceso se manifiesta; en efecto el proceso no es un artificio creado mediante la elucubración meramente teórica, si no el producto de la simulación en el Derecho de la experiencia social, que se desarrolla en forma dialéctica. El carácter contradictorio de las posiciones en que se ubican las partes, llámese actor o Ministerio Público, llámese demandado o inculpaado, impone al procesado una cultura dialéctica en la cual, la posición del que demanda constituye la tesis, la posición de aquel a quien se demanda, constituye la antítesis y la resolución del Juzgador, que debe considerar las afirmaciones, las

pruebas y los alegatos formulados por las partes, viene a ser la síntesis, si nos fijamos con minuciosidad en esta estructura de los Procesos, veremos que siempre se construyen así, salvo las posibles excepciones, que obviamente, confirman la regla.

En conclusión podemos afirmar, por lo antes dicho, que existen una unidad esencial del Derecho Procesal, la que se sustenta en los tres conceptos fundamentales, jurisdicción, acción y proceso, y en elementos formales o estructurales comunes a todo tipo de proceso que se sustentan en el presupuesto o litigio, en el recorrido o procedimiento, en la meta o sentencia o resolución, en el complemento o ejecución y en el carácter dialéctico, características que se observan, necesariamente en todo tipo de procesos.

Es importante hacer notar que hablamos de *unidad esencial* del Derecho procesal, que no debe confundirse con *identidad total*. No es posible afirmar esta identidad total, pues ello implicaría desconocer las modalidades y características de cada proceso. En cambio, si se sostiene la unidad esencial, tanto conceptual como estructural, del Derecho procesal, es posible reconocer la diversidad de los procesos, la cual se debe, sobre todo a que las diversas naturalezas de las normas jurídicas sustantivas aplicadas a través de los procesos, impone a estas determinadas características.

Una vez, habiendo entendido que el Derecho procesal es uno solo, que en el hay unidad esencial tanto desde el punto de vista conceptual como estructural, trataremos de analizar el proceso, desde el punto de vista de su esencia.

4.- NATURALEZA JURIDICA DEL PROCESO.

Para poder entender más acerca del proceso debemos comprender su naturaleza de dónde viene, el por qué de su concepción así pues, ir desglosando las diferentes teorías que se nos van dando a través de los tiempos y como éstas se dividen para su mejor comprensión, puesto que el Derecho Procesal es muy amplio en su ser, en el transcurso del presente trabajo de investigación iremos desarrollando cual es su objeto y definiremos cual es el fin que persigue el proceso.

El Derecho Procesal es una rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, el desenvolvimiento y la eficacia del proceso. Lo anterior nos hace ver que el Derecho Procesal es la ciencia que va a estudiar, y que el proceso es el objeto que va a ser estudiado; pero ¿que se va estudiar de el proceso?, se va estudiar su naturaleza, su desenvolvimiento, su eficacia; y se va estudiar la finalidad del proceso, es decir, cual es su valor, para que nos sirve el proceso.

Ugo Rocco¹² nos enseña que el término proceso, la palabra proceso o el concepto proceso, es un termino genérico que no es propio y exclusivo del lenguaje jurídico, y en particular del lenguaje referente a la ciencia del Derecho Procesal.

De acuerdo a una excepción general, se llama proceso al momento dinámico de cualquier fenómeno, es decir, de todo fenómeno en su devenir, y así podemos hablar de proceso físico, químico, patológico, etc, y en todos estos casos el término proceso se refiere a un momento de la evolución de una cosa cualquiera; el hecho de que caiga un rayo, la existencia de fuerzas eléctricas provocadas o generadas por la energía que se acumulan en

¹² Rocco, Ugo, Op. Cit. Pagina 113.

diferentes factores físicos o químicos, con momentos dinámicos son momentos dinámicos de la caída de ese rayo; toda esta mecánica constituye el inicio y la evolución del fenómeno consistente en la caída de ese rayo, consecuentemente se traduce en un proceso igualmente y trasladando ese ejemplo físico al campo del Derecho y concretamente al campo del Proceso jurídico, éste está integrado o conformado por momentos dinámicos, esos momentos dinámicos lo constituyen las actividades de los sujetos que intervienen en su configuración; la presentación de la demanda o la denuncia constituye un momento dinámico del Proceso Civil o Penal respectivamente, el ejercicio de la acción civil o de la acción penal, constituyen un momento dinámico del Proceso Civil o del Proceso Penal, el ofrecimiento y desahogo de pruebas tanto en el proceso civil como en el proceso penal o en cualquier proceso constituyen momentos dinámicos que integran el fenómeno jurídico llamado *proceso* a través del cual se desarrolla y desenvuelve la función jurisdiccional en materia civil, en materia penal o en cualquier otra materia jurídica.

Pero ¿Qué es esencialmente el proceso? ¿Cuál es su ser? estas interrogantes han tenido diversas respuestas dentro de las cuales encontramos la corriente Lus Privatista, por que parte del Derecho Civil, y las Lus publicistas por que parten del Derecho Público, entonces podemos ver que tenemos dos vertientes y cada una de estas tiene sus diferentes teorías, que son las que a continuación vamos analizar:

4.1 Corriente Privatista o de Derecho Privado.

Esta corriente como se ha señalado, parte del análisis de conceptos relacionados con el Derecho Civil; usa en primer término el concepto del contrato y surge la Tesis Contractualista; posteriormente y debido a las críticas vertidas en contra de esta Tesis, surge otra denominada del Cuasicontrato o

Tesis Cuasicontractualista¹³; vamos a tratar de exponer por separado el contenido de estas dos tesis que integran la corriente privatista de derecho privado.

4.1.1.- Tesis del Contrato.

Esta teoría tiene origen romano. En el Derecho primeramente hubo una intimación privada, exenta de rito, la *in jus vocatio*, dirigida por el demandante al demandado para que este acudiera ante el Magistrado; era una especie de invitación que el demandante hacia al demandado para que acudiera ante la autoridad a resolver el problema que confrontaban.

La garantía, el respaldo de esta situación se cifraba en el acuerdo verbal, denominado por los romanos como *vadimonium*¹⁴. Posteriormente y mas adelantado el Derecho Romano, la invitación ya no era puramente verbal, si no que se formula y se registra por escrito, surge así la llamada *litis denuntiatio*. Bajo el Derecho de Justiniano, esta citación o invitación escrita se practica, además, por medio de un funcionario y el demandado contesta por escrito esta invitación, documento escrito que toma el nombre de *libellum contradictionis*¹⁵.

En el procedimiento clásico del Derecho Romano, la *litis contestatio* era el documento que formulaba el demandado por medio del cual aceptaba someterse a la autoridad del Magistrado, según la había solicitado el demandante; de esta mecánica se desprende la existencia de un acuerdo de voluntades como base del proceso que dirimía la controversia planteada por el demandante ante el magistrado y en contra del demandado; de este acuerdo

¹³ GARCIA Ramírez Sergio, Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa S.A. Segunda Edición, México 1977, pp. 14 y 15.

¹⁴ GARCIA Ramírez Sergio, Op. Cit pp. 14 y 15.

¹⁵ Idem

de voluntades, contemplado por el Derecho Procesal posterior se infiere el carácter contractual del proceso; así se maneja a lo largo del siglo XIX con éxito¹⁶.

Por lo que respecta a esta tesis, si bien es cierto que en su momento funcionó muy bien, también lo es que ha tenido diversas críticas en su contenido. En la actualidad no podemos considerar esta teoría como válida ya que en ningún momento se le previene o existe ningún acuerdo o contrato con el inculpado, por el contrario, se le lleva ante órgano jurisdiccional normalmente, por la fuerza, contra su voluntad y se le hace comparecer en un proceso por medio de la orden de aprehensión o de comparecencia, consecuentemente, esta situación, que es lo normal, la regla general, hecha por tierra el criterio sustentado por la tesis Contractualista.

La verdad científica nos indica que no hay contrato entre las partes, por que la relación procesal se forma independientemente del acuerdo de estas. Al respecto Couture¹⁷ nos dice que solo subvirtiendo la naturaleza de las cosas es posible ver en el proceso, situación coactiva, en la cual un litigante, el actor, conmina a su adversario, aun en contra de sus naturales deseos, a contestar sus reclamaciones, el fruto de un acuerdo de voluntades. Ni aun históricamente, continua diciendo este autor, las cosas han sucedido bajo el aspecto de un contrato.

La primitiva concepción Romana de la *Litis contestatio* no respondía exactamente a un procedimiento judicial, si no arbitral, cuyo aspecto contractual existe en buena parte en el Derecho Moderno.

¹⁶. Idem p.15

¹⁷ COUTURE, Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1969. PP. 127 y 128

Al respecto Sergio García Ramírez ¹⁸ afirma que esta tesis olvida que no solo el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito son fuentes de las obligaciones, también lo es la ley, principalmente; en este caso la fuente radica en la Ley y no en los actos jurídicos mencionados.

Tratando de encontrar otra tesis que explicara la naturaleza jurídica del Proceso, los ojos de los tratadistas se volvieron a la institución del Cuasicontrato.

4.1.2.- Tesis del Cuasicontrato.

Como la tesis del contrato no era suficiente para explicar satisfactoriamente la naturaleza jurídica del proceso y tomando en consideración que sí, como se decía, el proceso existía aun sin la concurrencia de la voluntad de uno de los sujetos por su exclusión se pensó debía ser un cuasi contrato, surgió así la tesis del Cuasi contrato.

El fundamento de esta concepción se haya en un libro francés de mediados del siglo pasado. Ahí se resume, dice Couture¹⁹ luego de largos desarrollos, la tesis de que es necesario ver en la *litis contestatio*, acto bilateral en su forma, el hecho generador de una obligación bilateral en si misma. Como ella no presentó ni carácter de un contrato, puesto que el consentimiento de las partes no es enteramente libre, ni el de un delito, ni el de un cuasidelito, puesto que el litigante no ha hecho más que usar su derecho, lejos de violar lo de otros.

La *litis contestatio*, continua explicando el autor, exige en efecto, de su parte, una manifestación exterior y sensible de voluntad, a la que nadie puede

¹⁸ GARCIA Ramírez, Sergio, Op Cit. , p. 16

¹⁹ COUTURE, Eduardo., Op. Cit, pp.130 y 131.

ser constreñido; de suerte que no hay, bajo el imperio de estas fórmulas, ningún medio de entablar el debate a pesar del demandado, ninguna vía abierta para llegar, contra su deseo a la formulación del contrato judicial. El procedimiento por contumacia (juicio de rebeldía) mismo que supone la *litis contestatio*, sin la cual no podría haber ni instancia ni proceso. Todos estos argumentos nos hacen ver que la concepción del juicio o del proceso como cuasicontrato, se genera por eliminación, pues si en todos los casos se trata de la fórmula que fuera, se necesitaba la voluntad del demandado y si a pesar de esta falta de voluntad se establecía el proceso, debía buscarse la institución la que se pudiera hablar de proceso y que no implicara necesariamente participación de la voluntad, como consecuencia se pensó y se aceptó la menos imperfecta: el **Cuasicontrato**.

Esta tesis también tuvo sus críticas, el más sólido contradictor de esta teoría entre otros autores lo es Goldschmidt²⁰ y llegan a la conclusión de que la doctrina o teoría del Cuasicontrato, aplicada para explicar la naturaleza jurídica del proceso, no es conveniente y resulta inadmisibile.

Hemos visto en párrafos anteriores las tesis que surgen de la corriente *ius privatista*, las cuales a nuestro parecer no son satisfactorias para dar una respuesta convincente a nuestra pregunta sobre la naturaleza del Derecho Procesal, ahora analizáremos las tesis que provienen de la corriente *ius publicista*.

4.2.- Corriente *ius publicista*.

Ante la imposibilidad de encontrar la explicación de la naturaleza Jurídica del Proceso en el Derecho Privado, los tratadistas buscan en el

²⁰ Cfr. GARCIA Ramírez, Sergio, Op. Cit. pp. 18 y 19

Derecho Publico generándose así la segunda corriente la Iuspublicista que se forma principalmente de dos tesis, a saber:

4.2.1.- Tesis de la situación jurídica

Expuesta por Goldschmidt²¹ quien afirma que el proceso no es una relación jurídica abstracta, sino que por el se constituye una situación jurídica de su objeto.

Este autor parte de la doble naturaleza de las normas jurídicas son; imperativos para los Ciudadanos en cuanto determinan los actos de los hombres fuera del Juicio, es decir, que los ciudadanos y el hombre en general debe cumplir con las normas jurídicas que regulan su actividad cotidiana.

Son medidas para el juicio del Juez por que son la base de los lazos procesales de las partes, es decir, que en un juicio, en un proceso, las normas jurídicas establecen medidas que han de ser adoptadas por el Juez y que habrán de regir la conducta tanto del Juez como de las partes en el juicio o proceso, y que adoptan el carácter de promesas o amenazas para las partes, de una conducta determinada del Juez, es decir, de una sentencia que habrá de determinar el Juez.

Así como Bülow, para establecer su teoría se basa en los presupuestos y excepciones procesales, Goldschmidt se basa en los conceptos de expectativas y perspectivas, en cargas y liberaciones de cargas. Los lazos jurídicos que se establecen entre los sujetos procesales son expectativas de una sentencia favorable o perspectiva de una sentencia desfavorable. La

²¹ GOLDSCHMIDT, James, Principios Generales del Proceso, Breviarios de Derecho, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, Argentina, 1961, PP. 76,77 Y 78.

perspectiva de una sentencia desfavorable, depende de la omisión de un acto procesal de la parte interesada.

Esto es que si nosotros deseamos tener una sentencia favorable (expectativa) debemos cumplir con éxito un acto procesal, pero si no cumplimos con éxito ese acto procesal, tendremos una sentencia desfavorable (perspectiva). Nuestra actividad procesal exitosa nos coloca en una situación favorable (expectativa), por el contrario nuestra inactividad procesal o nuestra actividad procesal sin éxito nos coloca en una situación desfavorable (perspectiva), la actividad procesal exitosa de nuestro contrario lo coloca en una situación favorable (expectativa), la inactividad procesal de nuestro contrario o su actividad procesal sin éxito lo coloca en una situación desfavorable (perspectiva).

De lo anterior resulta que ambas partes se colocan en situaciones favorables (expectativas) o en situaciones desfavorables (perspectivas) de acuerdo a la actividad que realicemos en el proceso y al final, en la sentencia tendremos ambos una determinada situación, favorable o desfavorable, dependiendo de lo que hayamos hecho en el proceso o de lo que hayamos dejado de hacer.

Ahora bien, la parte que se encuentra en la situación de proporcionarse por un acto una ventaja procesal, tiene una oportunidad o una posibilidad procesal, es decir, nosotros debemos realizar este acto para obtener una ventaja en el proceso y así crearnos una situación favorable, tenemos entonces una oportunidad procesal o una posibilidad procesal. Pero también hay ocasiones en que debemos realizar un acto para prevenir, evitar una desventaja y una situación desfavorable, en este caso no tenemos una posibilidad u oportunidad procesal, tenemos una carga procesal. De manera excepcional la ley puede dispensar a una parte de esta en que regularmente le impone, por ejemplo: el Ministerio Público tiene que probar que en el caso de

estupro, hubo seducción o engaño, esta prueba se le dispensa por el hecho de acreditar que la pasivo es menor de quince años, demostrando que la pasivo es menor de quince años, ya no tendrá que probar la existencia de la seducción o el engaño, en estos casos estamos en presencia de una liberación de cargas.

Según los detractores de esta teoría, la misma olvida que existen verdaderos derechos y verdaderas obligaciones, protegidos por la garantía de la sanción, es decir, que Goldschmidt no se percató que en el proceso penal hay obligaciones que si no se cumplen traen como consecuencia una sanción, y hay derechos que si no se ejercitan también tienen como consecuencia una sanción. Además, esta teoría hace que se pierda la perspectiva técnica del proceso y se omite la visión unitaria del mismo; no hay una sola situación, si no varias situaciones; se genera la separación de las partes, pues en esta teoría se advierte la inexistencia de nexos jurídicos que las vinculen. Por todas estas razones, estiman que esta teoría es inadmisibles.

De lo antes expuesto se llega a la conclusión de que el proceso no es una relación jurídica, como lo afirma Bülow, si no una situación jurídica, situación en la que se van colocando las partes de acuerdo a la actividad exitosa o no que realice en el proceso, aprovechando sus liberaciones de cargas o cumpliendo con ellas, y así el que actuó en el proceso exitosamente, cumpla con las mismas y aproveche las liberaciones de cargas, se coloca en una situación favorable y pondrá su contrario en una situación desfavorable, obteniendo para sí una sentencia favorable y provocando para su contrario una sentencia desfavorable; en todo caso la sentencia será también una situación jurídica en la que habrán de quedar las partes.

Los críticos, como Manzini²² afirman que esta tesis lejos de combatir la tesis de la relación jurídica que describiremos en los párrafos siguientes, lo que hace es robustecerla, pues los conceptos que usa: perspectivas, expectativas, cargas y liberaciones de cargas corresponden a los derechos y obligaciones en que se apoya la teoría de Bülow.

4.2.2.- Tesis de la relación jurídica.

La tesis de la relación jurídica, surge en el año de 1868, en Alemania, con la publicación de Oscar Von Bülow²³, denominada de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Bülow establecía que el contenido del Proceso integran los derechos y obligaciones que se daban o surgían entre los sujetos procesales que participan en un proceso, cada actividad procesal se lleva al cabo del cumplimiento de esas obligaciones y en el ejercicio de esos derechos, de tal manera que en la tramitación del proceso se van tejiendo esos derechos y obligaciones hasta constituir todo el proceso, terminando con la sentencia que se traduce también en derechos y obligaciones.

Al respecto, García Ramírez²⁴ nos escribe: con arranque en Bülow y aplicaciones posteriores, numerosas, al doble campo del proceso Civil y Penal, esta doctrina se halla en boga. En sus términos no existe contrato ni cuasicontrato, sino estricta relación de Derecho, con obligaciones y facultades recíprocas, de carácter público, entre los sujetos del proceso. Aquí queda de manifiesto el drama procesal de que hablan los clásicos, con tres posiciones enlazadas por obra de la relación: el Juzgador, el actor y el reo²⁵.

²² GARCIA Ramirez Sergio, Op. Cit., p. 20 y 21

²³ Cfr. Ibidem

²⁴ Ibidem

²⁵ Ibidem

Ahora bien, dice el autor, no hay concordancia en cuanto al número de sujetos de esta relación. Para Kohler²⁶, solo se establece horizontalmente, entre el actor y demandado. Hellwing considera que existe ascendente y descendentemente entre las partes y el órgano de jurisdicción. Por ultimo Bülow y Wach estiman que la relación se da triangularmente, esto es, tanto es sentido horizontal como ascendente y descendente, entre las partes y el juzgador, de actor a Juez y de Juez a demandado y viceversa, y de las partes entre si.

La relación jurídica procesal es pública, compleja, autónoma, progresiva y unitaria: tiene contenido material y formal.

Es pública, por que en ella viene al caso el ejercicio de la Jurisdicción del Estado. Es compleja, por su complicado desarrollo debido a la existencia de vínculos entre Juzgador y partes, de la cual se desdoblán derechos y deberes. Es autónoma en virtud de que existen de manera independiente a la existencia del derecho material que se dirime en el proceso, haya o no haya delito (derecho material) la relación jurídica que constituye el proceso se da, existe; puede ser al final del juicio se resuelva que no hay delito o no hay responsabilidad del inculpado consecuentemente no hay relación jurídica de derecho material, pero si habrá relación de Derecho Procesal, si hubo. Es progresiva por que se desenvuelve en fases, concretamente: Averiguación Previa, la Preprocesal, la Instrucción y el Juicio, y el resultado de una primera fase depende el surgimiento de la que sigue. Resulta ser unitaria por que toda la relación jurídica en su conjunto, todas las fases en que se componen tienen un mismo y único fin.

²⁶ Ibidem

Es importante, toda vez que esta teoría es la dominante, establecer que son los presupuestos procesales y excepciones²⁷, conceptos que le sirven de base.

Para que haya proceso, es decir, relación jurídica procesal, deben reunirse determinados elementos, que de esta suerte asumen el rango de presupuestos, es decir, antes del proceso deben existir esos elementos, por su necesaria existencia previa son presupuestos. Para que haya esos presupuestos y se manifiestan válidamente en un procedimiento concreto, es menester la *notitia criminis*, es decir, la manifestación de un hecho con apariencia delictiva. No se reclama, así que haya delito, pues sobre este versará el proceso. Tampoco se requiere que haya responsabilidad por parte de una determinada persona, ya que esto será materia del proceso. Basta que exista un hecho de apariencia delictuosa, lo que implica un supuesto de los presupuestos.

Las excepciones procesales son los medios, las formas procesales de hacer ver la falta de esos presupuestos; a manera de un ejemplo podemos decir que los presupuestos son los sujetos principales entre los que se establecen o debe establecerse la relación jurídica: Juez, Ministerio Público e inculpado; las excepciones como formas o medios para hacer ver la inexistencia de estos presupuestos y por ende la imposibilidad de que haya proceso, son demostrar que el Juez no es competente o que el actor en derecho Civil, o llámese (Ministerio Público) en Derecho Penal, carece de personalidad. Recordemos que Bülow es un tratadista eminentemente civilista y crea su teoría con este tipo de espíritu, pero en todo caso vale para cualquier tipo de proceso. Recordemos también que el Derecho Procesal es único esencialmente, consecuentemente la teoría de Bülow vale para el Proceso Penal.

En estas condiciones es fácil entender que los presupuestos procesales determinan entre que personas puede tener lugar la relación jurídica procesal,

²⁷ Vid. GARCIA Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 54ª ed, Mexico, 2002, Porrúa, pp. 227 y sig.

cual es o será su objeto, qué hecho o acto es necesario para su surgimiento, quién es capaz o está facultado para realizar tal acto; sin el establecimiento previo de estos requisitos no podrá surgir la relación jurídica llamada proceso. En conclusión podemos decir que los presupuestos procesales son el mínimo de requisitos que deba existir para que surja validamente el proceso.

Los tratadistas que abordan el tema estiman que este mínimo de requisitos son: un órgano jurisdiccional penal legítimamente constituido, es decir, un Juez Penal; una relación jurídica concreta de Derecho Penal deducida como objeto principal, es decir, un asunto penal, la presencia de un órgano regular de acusación, es decir, el Ministerio Público, y el Inculpado y su defensor. Si uno de estos elementos o requisitos no se da, no podrá haber relaciones jurídicas, por que estas se da entre todos, en forma de triangulo, del Juez a las partes, de las partes al Juez y de las partes entre si, consecuentemente no podrá hacer presupuestos procesales y no habrá proceso.

Ahora bien, es conveniente determinar en qué momento se establece esa relación y cuáles son sus fases. A la primera cuestión podemos contestar que la relación surge en el momento de la consignación, pues en este momento ya tenemos todos los elementos, el órgano acusador, el órgano juzgador, el tema penal que habrá de ser sometido al proceso, el inculpado.

Por lo que resulta de la segunda cuestión, podemos afirmar que de acuerdo a nuestra Ley procesal penal, esta relación se da progresivamente en cuatro fases: la primera de carácter preparatorio, indagatorio y administrativo; la segunda llamada pre-procesal ya que es de índole procesal por que entra en juego la figura del juzgador por excitación que le hace el Ministerio Público a través del ejercicio de la acción; la tercera es la fase de la Instrucción, también de índole procesal; y la cuarta es la fase del Juicio, en la que ha de pronunciarse la sentencia .

En todas estas fases se relacionan los sujetos procesales ejercitando sus derechos y cumpliendo con sus obligaciones, estableciendo de esta manera el proceso penal. Es de hacerse notar, como ya lo hemos señalado con anterioridad, que esta es la teoría en Boga, la que se admite en la actualidad, y la que se adopta por todas las legislaciones Procesales Penales.

De lo anteriormente expuesto podemos hacer una valoración personal de las diferentes tesis que tratan de responder a la pregunta ¿Cuál es la naturaleza jurídica del proceso?, a nuestro parecer la que mas se adecua a nuestro Derecho Procesal Penal es la tesis de la relación jurídica la cual como hemos visto en paginas anteriores nos explica que el proceso se va elaborando a través del tiempo con los derechos y obligaciones de las partes, o más bien aun con el ejercicio de los derechos y obligaciones de las mismas las cuales repercuten en el proceso como tal, las cuales crean la relación jurídica llevando o haciendo cada proceso diferente a otro, puesto que si bien es cierto que las partes tienen derechos y obligaciones no es lo mismo que decidan ejercerlos o no ya que cada uno de los actos procesales tiene sus consecuencias.

Dado que el presente tema de investigación es en materia penal, nos referiremos entonces a las partes que intervienen en tal para adentrarnos más en el tema.

Podemos advertir entonces que si bien es cierto que cada uno de los procesos es diferente a otro también lo es que en cada uno de ellos tiene un mismo fin, que es llegar a una sentencia, para lo cual debemos seguir las etapas que nos conducen a ello la primera de carácter preparatorio, indagatorio y administrativo, en esta etapa podemos percatarnos que existe ya el derecho de acción al cual nos referimos líneas anteriores, el cual es ejercido por la víctima o el ofendido; en el que actúa el Ministerio Público como órgano investigador, la segunda llamada pre-procesal ya que es de índole procesal por que entra en juego la figura del juzgador por excitación que le hace el

Ministerio Público a través del ejercicio de la acción penal, esto es cuando el Ministerio Público hace la consignación y actúa entonces como órgano acusador ; la tercera es la fase de la Instrucción, también de índole procesal en esta se da el ofrecimiento y desahogo de pruebas de las partes, en este caso Inculpado y Ministerio Público adscrito tienen esa facultad; y la cuarta es la fase del Juicio, en la que ha de pronunciarse la sentencia .

Por lo cual refiriéndonos a la tesis podemos mencionar como uno de los derechos en el caso del inculpado es que si éste tiene un proceso en el cual el delito por el que se encuentra acusado no se encuentra catalogado como grave dentro del artículo 23 BIS A del Código de Procedimientos Penales Vigente en el Estado, tiene entonces el beneficio de la libertad caucional, la solicita y una de las obligaciones que se le hacen saber en sus prevenciones son que un día al mes debe de presentarse ante el Juzgado a firmar y que debe también presentarse tantas y cuantas veces el Juzgador lo requiera, así las cosas son obligaciones que debe cumplir el inculpado, ahora bien si no cumple con estas una de las consecuencias jurídicas que le traerá el no hacerlo es que se libre orden de Reaprehención en su contra, y que el dinero que exhibió ante el Juzgado para poder gozar de su libertad caucional pase a formar parte del Fondo para la Administración de Justicia del Estado.

Ahora bien en el ejercicio de sus derechos el inculpado en dicho proceso debe estar asistido por un Defensor, en caso de que no lo tenga se le designará el Defensor de Oficio, podrá aportar las pruebas que estime necesarias durante el proceso, podrá interponer los recursos que estime pertinentes, etc.

Ahora veamos el proceso desde el punto de vista del Ministerio Público, ya que esta Representación Social debe avocarse a proteger los Derechos tanto de la sociedad como del ofendido o la víctima, esto empieza por la investigación que se hace; en esta etapa el Ministerio Público actúa como un

órgano juzgador ¿Por qué? Por que el ofendido debe presentar su querrela (derecho de acción), llevar a los testigos de cargo por ejemplo y así presentar diferentes pruebas para poder demostrar la culpabilidad del indiciado, por que aun que es un órgano “investigador” la victima o el ofendido deben aportar las pruebas que estime necesarias ante dicho órgano, y cuando éste, el Ministerio Público investigador lo crea conveniente o que ya cuente con todas las constancias necesarias consigna la averiguación ante el Juzgado Penal, hasta aquí vamos bien, pero también tiene la obligación de llevar como dijimos anteriormente las constancias necesarias de lo contrario, el órgano juzgador (Juzgado Penal) negará la orden de aprehensión y serán devueltas las constancias para su correcta integración, este es otro ejemplo del las consecuencias jurídicas hablando del ejercicio de las obligaciones y Derechos que deben observar las partes.

Ahora dentro del proceso el Ministerio Público adscrito cumple un papel de parte en el proceso, para ello tiene la obligación de estar durante todo el proceso presente en todas y cada una de las diligencias que se practiquen en los diferentes expedientes que se llevan en el órgano juzgador, para precisamente hacer las manifestaciones necesarias en dichas diligencias y así poder sacar a la luz la verdad histórica de los hechos, con ello poder demostrar la culpabilidad del procesado, lo cual en la realidad no es nada parecida a la teoría, ya que el Ministerio Público adscrito en la mayoría de los casos no se encuentra en las diligencias que suelen practicarse, o si bien lo hace no hace manifestaciones al respecto de dichas diligencias más que las llamadas de cajón por lo cual nos damos cuenta de que realmente no hace gran diferencia estando o no en las mismas; esto trae como consecuencia en algunos casos una sentencia absolutoria, y es que tal vez por falta de tiempo o por cualquier otra razón la Representación Social no tiene el mismo interés en el asunto que tendría, en su caso, la victima o el ofendido que es al único al que le afecta el acto ilícito realizado, ya sea contra su persona o bienes.

Dentro de esta tesis hay diferentes criterios de diferentes autores respecto a como se da la relación procesal, algunos dicen que es horizontalmente²⁸, descendente, ascendente²⁹ y otros que triangularmente³⁰, nosotros consideramos que la relación procesal es triangular entre las partes y el Juzgador: de actor a Juez y de Juez a demandado, y viceversa, y de las partes entre sí.

Para referirnos en materia penal entendemos que esta relación se da entre el Juez, el Ministerio Público (actor) y el Inculpado (demandado), es decir, que se da del Ministerio Público al Juez, del Juez al Inculpado y viceversa, esta relación procesal la podemos palpar en las diferentes solicitudes o promociones que realiza el Ministerio Público dentro de la causa penal y que son resueltas por el Juzgador mediante los acuerdos emitidos en dicho expediente, también tenemos esta relación a la inversa un ejemplo claro de ello es cuando el Juzgador ha turnado los autos al Ministerio Público para que formule sus conclusiones las cuales deben hacerse en los siguientes seis días después de su traslado, y si estos han pasado y el Agente del Ministerio Público no devuelve el expediente con sus respectivas conclusiones el Juzgador le hace un requerimiento para que un determinado tiempo devuelva dichas constancias.

Igualmente podemos ver la misma relación con el inculpado el cual presenta su promoción, en la cual pide se señale fecha para una diligencia de interrogatorios, el Juzgador entonces da cuenta con la promoción y mediante un acuerdo señala hora y fecha para la audiencia; en dado caso de que no se presenten las personas que fueron citadas para ello se asentara una certificación secretarial en la cual constara que el inculpado o de los testigos de cargo no se presenta a dicha diligencia, posteriormente el Juzgador tiene la

²⁸ GARCIA Ramírez Sergio, Op. Cit., p. 16

²⁹ Helliwing, Idem.

³⁰ Bülow y Wach, Ibidem.

facultad de dictar un acuerdo de oficio, esto significa que no necesita esperar una nueva promoción del inculpado donde le solicite de nueva cuenta otra fecha para el desahogo de la diligencia, sí no que el Juez tiene la facultad de señalar nuevamente fecha para los interrogatorios con la finalidad de no retrasar el proceso en perjuicio del procesado.

Ahora, la relación que tienen las partes entre sí, o sea el Inculpado y en este caso el Ministerio Público el cual representa a la víctima o al ofendido consideramos que nace al momento en que se consigna la averiguación previa y se demuestra la violación a las garantías del ahora ofendido o la víctima, cuando se viola el bien jurídico tutelado de ésta, en un supuesto de que una persona toma un arma y le dispara a otra causándole la muerte en este supuesto el bien jurídico tutelado sería la vida, o cuando una persona se mete a la casa de su vecino y le roba sus bienes, en este caso hablamos de que el bien jurídico tutelado es el patrimonio de esta persona. Así podemos mencionar infinidad de ejemplos, pero coincidimos en que efectivamente la relación procesal se da triangularmente.

CAPITULO II

EL PROCESO PENAL

En el siguiente capítulo explicaremos cuál es el objeto del proceso penal en sí, para qué o a que nos lleva; así como también veremos uno a uno los fines que persigue éste y las subdivisiones de ambos.

El objeto del proceso penal lo constituye la materia o tema que se discute en el proceso y se decide por el Juez. Esta integrado por las relaciones jurídicas de derecho sustantivo o material que pueden ser deducidas, legítimamente en el proceso.

El asunto del objeto del proceso penal es complejo y amerita su análisis detallado para su mejor comprensión, se divide en dos partes: objeto principal y objeto accesorio, los cuales a continuación se describen.

1.- OBJETO PRINCIPAL DEL PROCESO PENAL.

Siguiendo el criterio de Florián¹, afirmamos que es principal por que es absolutamente necesario, constituye su fondo y sin el proceso no puede surgir. Consiste en la relación jurídica de derecho sustantivo o material, que surge cuando se ha cometido un hecho reputado como delito, y se desenvuelve entre el Estado y la persona a quien se le imputa el delito; su contenido es la aplicación de la Ley penal; se define como: una determinada relación de Derecho Penal que surge de un hecho que se considera como delito y se desarrolla entre el Estado y el individuo al cual se le atribuye el hecho, con el

¹ FLORIAN Eugenio, Elementos de Derecho Procesal Penal, Casa Editorial Bosh, Traducción de L. Prieto Castro, Barcelona, Segunda Edición 1931, pp. 49 y siguientes.

fin de que sea aplicada a este ultimo la Ley penal. Es una inculpación concreta de un delito que hace el Estado a una determinada persona.

El objeto principal es la conducta o hecho encuadrado dentro de un tipo penal determinado y sin la cual no seria posible concebir su existencia², ya que si no es así no estaríamos hablando de un delito.

Se dice que es principal, por que si falta una inculpación de delito el proceso no puede surgir. Desde luego es necesario aclarar que esta relación jurídica de derecho material puede surgir como mera hipótesis, sin que sea indispensable que exista como verdad de hecho; puede nacer como un mero supuesto de hecho y su existencia real va a ser investigado en el proceso, así que previa su existencia nace el objeto principal del proceso penal. Hay infinidad de supuestos que nos llevan a esto, pero el juzgador debe esclarecer la verdad, así podemos mencionar que en los tribunales llegan por medio de la averiguación previa, hablemos de un delito de difamación que en muchos de los casos no es tan cierta la declaración de la supuesta victima pero en lo que se demuestra lo contrario ya tenemos el supuesto hecho del cual va nacer el objeto principal hasta el momento en que se aporten las pruebas necesarias para desacreditarlo.

Esta relación jurídica de derecho sustancial, material, que es el objeto principal del proceso penal, da su fundamento el proceso penal de hecho y de derecho al expresar el tema sobre el que habrá de desenvolverse el proceso, cuya fórmula está en los actos adecuados de las partes y del Juez, y su resolución está en la sentencia.

² COLIN Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Décima Octava edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 81

Este objeto principal del proceso penal, debe estar bien delimitado y su contenido no debe cambiar durante la marcha del proceso, ni siquiera en la sentencia³.

Es también principal por que de él deriva otra relación jurídica accesoria, que solo puede tener existencia en tanto la tenga este objeto principal.

La naturaleza jurídica de este objeto principal del proceso penal es eminentemente pública, pues esta relación jurídica implica el desenvolvimiento de una función pública del Estado, la jurisdicción, ello le da carácter de publicidad, es decir, la defensa pública que hace el Estado a la sociedad la cual ha sido vulnerada con el hecho delictivo. Resulta importante saber o conocer el carácter público del objeto principal del proceso penal, habida cuenta que ese carácter derivan dos principios que identifican al proceso penal y lo hacen diverso del resto de los demás tipos de proceso, constituyéndose en principios formativos de este proceso, a saber⁴:

1.1.- El principio de la no disponibilidad del objeto principal del proceso penal.

Esta relación jurídica de derecho penal, objeto principal del proceso penal, es deducida en su integridad, en su realidad y completa entidad, así como existe en el hecho del cual nace. Las partes no tienen el poder para menoscabar el hecho, ni manipularlo. Ni de imponer versiones imaginadas ni tesis preestablecidas; por ejemplo; en un proceso que se sigue por hechos considerados como calumnia, las partes no pueden ponerse de acuerdo para hacerlo aparecer como injurias; en un asunto en el que tuviera calidad de provocado y provocador, las partes no pueden ponerse de acuerdo para hacer

³ Ibidem

⁴ COLIN, Op. Cit. pp. 49 y sgts.

aparecer e imponer al Juez quien de los litigantes tiene una calidad o otra, es decir, no pueden variar el contenido de los hechos, por que estos hechos, que integran la relación jurídica de derecho penal que se considere como un delito y que va a ser el tema principal del proceso penal, se va a estudiar en el proceso tal cual es en la realidad, ya sea como realidad de hecho o como hipótesis.

Este principio hace ver claramente la separación que existe entre el proceso penal y el proceso civil, la relación jurídica de derecho material que forma su objeto es eminentemente privada, por esa razón las partes en el proceso civil presentan los hechos al Juez como mejor les parece, ya sea en su integridad total o parcialmente, estas pueden decir: me debes mil pesos, pero yo te cobro quinientos y al Juez esa decisión no le interesa, se va a someter a lo que ellos digan y respecto de eso que digan va a resolver, en el proceso civil, el *thema desidendum* lo establecen las partes, por esa misma razón esas mismas establecen el *thema probandum*; por lo que ellas mismas deciden que es lo que se va a decidir y que es lo que se va a probar, es más pueden modificar la demanda original, dar lugar a un proceso simulado, en cambio en el proceso penal no pueden darse este tipo de circunstancias por la sencilla razón de que el objeto principal del proceso penal es público.

1.2 El principio de la inmutabilidad del objeto principal del proceso penal.

Este principio nos indica que una vez instaurado el proceso, no puede tener otra solución que la sentencia o bien, el auto de sobreseimiento, que en todo caso, si bien es cierto que formalmente no es una sentencia por que su estructura varia, también es cierto que en su esencia, desde el punto de vista material, se trata de una sentencia con efectos de absolución, así lo señala nuestra Ley procesal penal. Las partes en virtud de este principio, no pueden

detener el proceso o terminarlo cuando quieran, ese proceso se detendrá o terminará por uno de los dos medios enunciados; la sentencia o el sobreseimiento; este principio establece también un criterio diferenciador del proceso penal, en relación con el proceso civil. En el proceso civil las partes tienen el poder de terminar el proceso cuando quieran, por medio de una transacción, por someterse al arbitraje, o simplemente con la manifestación expresa de que él contrario ha cumplido con la prestación exigida, aun cuando esto no sea cierto. Esta circunstancia es posible en el proceso civil en virtud del carácter privado que informa el Derecho Civil.

Debe hacerse notar que este principio de inmutabilidad opera aun en los casos de que aparentemente sufre una excepción, como es el caso del otorgamiento del perdón por parte del ofendido o de quien lo represente legalmente. En estos casos no hay realmente la excepción a este principio, por que no es la voluntad del ofendido la que termina el proceso, pues siempre se requiera de una manifestación de autoridad del Juez, quien es el que, en ultimo de los casos decide si se termina el proceso o no, por haberse otorgado el perdón perfectamente, en los términos previstos por la Ley que surte sus efectos, y en este caso es el Juez que en ultima instancia dicta el auto de sobreseimiento, el ofendido únicamente aporta al proceso la causa extintiva probable del proceso causa que no puede generar esa extinción, si no reúne los requisitos exigidos por la Ley. Pensar lo contrario seria tanto como admitir que el hecho de que el inculpado se muera es una forma de terminar el proceso por su voluntad, lo cual resulta absurdo.

2.- OBJETO ACCESORIO DEL PROCESO PENAL.

En un proceso penal, junto al objeto principal encontramos al objeto accesorio. La materia a la cual se refiere el objeto accesorio existe en tanto en cuanto exista la materia del objeto principal.

Jiménez Asenjo⁵ señala que no debe hablarse de un objeto accesorio, si no más bien de consecuencias derivadas de la existencia y subsistencia del objeto propio. Puede haber proceso sin que haya objeto accesorio, pero no puede haber proceso sin que haya objeto principal.

Este objeto accesorio es también una relación jurídica de derecho material o substancial, que en nuestro derecho corresponde ser exigida por el ministerio público. El ejemplo de este objeto accesorio es la reparación del daño; así Eugenio Florián⁶, asegura que la reparación del daño, es un objeto accesorio en razón de que la acción ejercitada para hacerlo efectivo es de carácter privado.

La naturaleza jurídica de esta relación de derecho material que constituye el objeto accesorio del proceso penal es eminentemente privada, pertenece al derecho civil y por lo tanto no es indisponible y no es inmutable, es decir, esta relación jurídica puede ser propuesta por las partes como mejor les convenga, pueden variarla o pueden resolverla cuando quieran, por medio de la transacción, por medio del arbitraje o por el medio que mejor les convenga.

Es importante saber que este objeto accesorio, que es la reparación del daño, en nuestro derecho tiene el carácter de pena cuando deba ser pagada por el infractor, por el delincuente, y que la razón de haber sido incorporada a nuestro derecho, consiste en calmar la alarma social producida por el delito, aplacar las iras, evitar la venganza. El delito produce un daño público, un desorden social, que va a resarcirse aplicando el derecho penal por medio del proceso penal, pero también produce un daño particular, de naturaleza patrimonial, que también debe resarcirse.

⁵ COLIN, Op.Cit., p 82

⁶ Ibidem, p. 81

Si cuando por cualquier causa no delictiva se produce un daño, este daño debe pagarse, cuando el daño proviene de un hecho delictuoso resulta mas urgente su pago, el interés social de que se consiga el resarcimiento de una manera segura y rápida, es elevado y en caso de no ser así se corre el riesgo provocar en la sociedad un escozor, alarma, ira, deseos de venganza. Para evitar estas situaciones y procurar el resarcimiento de esos daños patrimoniales que se derivan de la comisión de un delito, la Ley incorpora esta relación jurídica al objeto principal del proceso, con el carácter de accesoria, de tal manera que el Estado, por medio del Ministerio Público se obliga a velar por su cumplimiento, pero tomando en cuenta que esta relación jurídica se va a integrarse al patrimonio del ofendido o de la victima, les deja la posibilidad de disponer de esa relación o variarla.

Dentro de lo que es la reparación del daño como ya se mencionaba ya que es un objeto accesorio se puede resolver cuando partes estén de acuerdo, un ejemplo verídico de ello lo es que a una persona se le instruye una causa penal por los delitos de lesiones y daños por tránsito de vehículo, este caso las partes llegaron a un acuerdo y el inculpado pagó la reparación del daño al ofendido, y ahora sólo se le instruye la causa por el delito de lesiones, ya que la reparación del daño le fue cubierta en su totalidad como las partes lo acordaron.

Como se colige de lo antes descrito, ya se apunta una participación muy débil muy soterrada, casi imperceptible de la victima o del ofendido en el proceso penal como titular de un derecho: derecho de la reparación del daño que puede exigir por él mismo, en otra vía, pues la vía penal le estaba vedada. Ya veremos, en su oportunidad como ha ido cambiando las cosas y como en la actualidad en el proceso penal la victima o el ofendido tienen mayor margen de maniobra en cuanto se refiere a este objeto accesorio del proceso, y ya no se le trata como un menor o un incapaz para reclamar este derecho.

3.- FINES DEL PROCESO PENAL.

Existe la opinión, que desde luego compartimos, de que el proceso como tal no puede tener fines para que tenga una finalidad es menester que hay una voluntad que se proponga esa finalidad o esos fines y trate de conseguirlos.

El proceso como conjunto de actividades sometidas a determinadas condiciones y a determinadas formalidades no pueden fijarse fines, no pueden tener finalidades. En todo caso serán los sujetos que intervienen en el proceso penal los que con su voluntad se fijen finalidades y traten de conseguirlos, pero, reiteramos serán los sujetos procesales, no el proceso.

De cualquier manera y para efectos estrictamente didácticos, hablaremos de fines del proceso. Los fines del proceso son de dos clases; generales y específicos; los cuales detallamos enseguida:

3.1 Fines generales del proceso

Los fines generales del proceso, son aquellos fines establecidos para todo tipo de proceso, incluyendo al proceso penal. Sostiene Goldsmidt⁷ que el fin esencial del procedimiento penal es la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia. Así el proceso tiende a la realización del bien común o bienestar general, que consiste, afirma Recasens⁸, tanto en la mayor suma de bienes para los individuos como en un repertorio de condiciones sociales que faciliten beneficios para aquellos; pero sea cual sea el tipo de proceso, siempre tendrá este tipo de finalidad que puede o que es de dos formas:

⁷ GARCIA Ramirez Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, p. 2

⁸ Ibidem

3.1.1 Fin general mediato o remoto del proceso.

Este se identifica con el fin del derecho material o sustancial que se va a deducir o a tratar en el proceso. En el caso del proceso penal, su fin mediato o remoto será el mismo fin que persigue el derecho penal; resarcir el orden social trastocado con la comisión de un delito, o como lo apunta Florian⁹ es decir la defensa social, entendida en sentido amplio contra la delincuencia; una vez cometido un delito el orden social se ve impactado, se convierte en desorden y hay necesidad de reordenar a la sociedad, a este fin esta dedicado el derecho penal y en ultima instancia, mediatamente, remotamente también es finalidad del proceso penal, pues este, el derecho procesal penal es el medio por el cual se actúa, se realiza, se hace valer el derecho penal.

Así tenemos que el fin general mediato del proceso penal es devolverle a la sociedad la seguridad con la que contaba en el momento en el que se da el hecho delictivo y con esto resarcir el daño del cual fue objeto.¹⁰

3.1.2 Fin general inmediato del proceso.

Estos fines generales inmediatos lo son también de todos los procesos o de los diversos procesos. Son inmediatos por que son los fines que se buscan de manera pronta en el proceso y concretamente se refieren a la aplicación de la Ley sustantiva o material al caso concreto.

Es decir es la relación a la aplicación de la Ley a caso concreto, ya que esa no contiene sino prevenciones abstractas, por lo tanto, en el proceso se debe comprobar si el hecho es un delito y al que se le hace la imputación fue

⁹ COLIN, Op. Cit. p 82

¹⁰ Cfr. Idem

su autor o participe, para indagar si el hecho constituye un delito, y posteriormente fijar, si esto sucede, la responsabilidad del delincuente.¹¹

En efecto, el fin general inmediato del proceso civil es la aplicación de la Ley civil al caso concreto; el del proceso agrario, sería la aplicación de la Ley Agraria al caso concreto; en el caso del Derecho Laboral, será la aplicación de la ley laboral al caso concreto, y en el caso del Derecho Penal, será la aplicación de la Ley penal al caso concreto, pues esta solamente contiene previsiones abstractas, hipótesis generales, que se van a particularizar por medio del proceso penal, de ahí que la finalidad inmediata del proceso penal lo sea la aplicación de la Ley penal al caso concreto.

3.2 Fines específicos del proceso penal

Estos fines son específicos del proceso penal, por que ningún otro proceso lo busca, son propios del proceso penal, únicos del proceso penal. Se refieren a la ordenación y desenvolvimiento del proceso y pueden por ello definirse según Florian¹² como métodos que han de seguirse para poder conseguir el fin general inmediato, ya que si estos fines específicos del proceso penal no se consiguen, tampoco se podrá conseguir el fin general inmediato. Estos fines se clasifican en dos clases a saber;

3.2.1 La investigación de la verdad real, material e histórica.

El elevado interés público que inspira y mueve al proceso penal, exige el conocimiento eficaz de la realidad de los acontecimientos que constituyen el objeto principal del proceso, que fué lo que realmente paso; estos hechos deben aparecer de manera íntegra, genuina, sin manipulaciones ni restricciones. El esfuerzo por la verdad, búsqueda de la verdad del hecho,

¹¹ COLIN, Op. Cit. p.82

¹² GARCIA, Op. Cit. p. 3

deben preocupar en el proceso, deben dominarlo. La verdad obtenida en la sentencia penal no será considerada favorablemente por la conciencia social y no estará acorde con los fines del proceso si no responde a la realidad. Los hechos deben esclarecerse como se desarrollaron en la realidad, a efecto de que deban ameritar el tratamiento penal que justamente les corresponde, si no es así, no habrá un resarcimiento efectivo y justo del orden social trastocando con la comisión del delito.

Pero ¿En sí qué es la verdad histórica, material y formal?, podemos definir a la verdad histórica¹³ como la que se procura obtener siempre que se quiera asegurar de la realidad de los acontecimientos, de algunos hechos realizados en el tiempo y en el espacio; la verdad formal se refiere a aquella que únicamente se tiene por tal únicamente en vista de que es el resultado de una prueba que la ley reputa infalible; y finalmente la 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 lo cual, con lo especificado anteriormente vamos a lograr o más bien a tratar de obtener la verdad de los hechos que dieron origen a la causa penal en estudio, para ello, el juzgador se basa en las pruebas emitidas por las partes, que sería la verdad formal, en la declaración de la víctima o el ofendido, del propio procesado, de los testigos de cargo para poder tratar de esclarecer lo que es la verdad histórica, y por último la apreciación que hace el juzgador de las pruebas ofrecidas, de las constancias de la causa penal que tendrá que resolver, así con todos estos elementos saber la verdad del hecho delictivo, y resolver en sentencia e impartir justicia.

Este fin específico del proceso penal lo viene a diferenciar del proceso civil, en el que no se busca una verdad material, real histórica, si no una verdad

¹³ COLIN, Op. Cit. pp. 82 y sgts.

formal, por cuanto que el derecho civil es privado, consecuentemente la verdad que se trata de buscar es la que las partes proponen; en cambio en el proceso penal, por ser de orden público, la verdad que se busca o que se debe buscar es la que corresponda a la realidad. Por esta razón en el proceso penal, el Juez tiene facultades para ordenar la práctica de diligencias y la obtención de pruebas que a su juicio sea necesarias para que llegue al conocimiento de esa verdad real, material e histórica.

3.2.2 La personalidad del delincuente.

El conocimiento de la personalidad del delincuente es de gran trascendencia en el drama procesal; la personalidad del delincuente, o más bien, el estudio psicosomático social del sujeto de imputación, versará sobre el conocimiento del mismo, sobre los elementos familiares, ambientales e investigación social, para conocer su personalidad, y el Juez, con base en esos elementos resuelva de acuerdo con las previsiones legales y, dado el caso, ordene el tratamiento mas adecuado al sentenciado; ¹⁴un estudio de esta naturaleza debe abarcar un doble aspecto: biológico y el psicológico, para así saber el mecanismo del delito y precisar el por qué se cometió y bajo qué influencia, el sujeto obró en tal forma, para así determinar las medidas adecuadas a su tratamiento.

Rafael Garofalo¹⁵, hizo hincapié en lo siguiente: la ley que ha establecido las formas de los delitos con predominio del electo objetivo, no se preocupa casi nunca del delincuente; olvidan que lo único que justifica la represión penal es la defensa social. El sistema del procedimiento debe dirigirse al mismo fin preventivo que el Código en que las penas se establecen; y más bien de aquel

¹⁴ COLIN, Op. Cit. pp. 85 y 86.

¹⁵ COLIN, Ibidem

que de este ha de esperarse el pequeño efecto útil que las amenazas legislativas pueden producir sobre los delincuentes.

Siguiendo el mismo contexto debemos señalar que esto lo vemos en nuestro proceso penal, puesto que cuando se realiza la declaración preparatoria del inculcado se le hacen una serie de preguntas que nos llevan a saber datos específicos sobre el inculcado como lo es su edad, estado civil, ocupación, el nivel de educación que tiene, domicilio, que sueldo percibe, cuantas personas dependen de el económicamente, si fuma cigarrillos comerciales, si es adicto a alguna droga o enervante, entre otras, esto nos da la pauta a saber de que forma vive el inculcado, a conocerlo un poco, y es aquí también donde podemos ayudarnos de las diversas disciplinas jurídicas auxiliares para conocer las causas por las que se pudo haber cometido el delito, así como el estado emocional en el que se encuentra el inculcado para que en su caso se de la readaptación del mismo.

De lo apuntado antes llegamos a la conclusión de que para poder aplicar la ley general al caso concreto, es necesario conocer la personalidad del inculcado y así estar en posibilidades de imponerle la Ley penal en el justo medio del mínimo y máximo que se señala en esa ley penal. Si no se hace así si no se conoce la clase de individuo que es el inculcado, la aplicación de la Ley penal será un acto arbitrario, injusto , que lejos de resarcir el orden social trastocado con la comisión de un delito, contribuirá a magnificar ese trastocamiento: no es admisible que se le imponga la misma pena a un primó delincuente culposo que revela una buena conducta precedente y posterior a la comisión del delito, al que tiene un acervo cuantioso de conductas ilícitas mala conducta precedente y posterior, en estos casos el fiel de la balanza que indica la pena imponible habrá de detenerse en diferentes posiciones o puntos será en el punto mínimo o muy cercano del mínimo para el primo delincuente, de buena conducta anterior y posterior a la comisión del delito, y seria el punto máximo o muy cerca del máximo para el delincuente contumaz reincidente o

habitual, con conducta ampliamente reprochable. En el proceso penal no encontramos únicamente una relación que debe ser calificada jurídicamente, también encontramos a un hombre que habrá de juzgarse, consecuentemente debemos conocer a ese hombre justiciable.

Por estas razones es necesario aplicar a este conocimiento de la personalidad del inculpado los adelantos de ciencias tales como la antropología criminal, la psicología criminal y demás disciplinas que estudian al hombre. No es aventurado afirmar que esta es la razón de que se hace con un inculpado a quien se le toma la declaración preparatoria sea conocer datos estadísticos, si tiene instrucción, hasta que grado, la edad que tiene, su estado civil, si ha estado disposición de una autoridad judicial, en que trabaja, cuanto gana, que religión profesa, cuantas personas dependen de el, etcétera.

Se le toman medidas antropométricas, estatura, complexión, rasgos faciales, etcétera. Evidentemente todos estos datos nos indican que se trata de conocer, a la persona a quien se habrá de juzgar, aunque este conocimiento, desgraciadamente, en la practica resulta ser muy elemental, muy superficial, esto es consecuencia de que en nuestro medio se carece de los recursos humanos, financieros y materiales indispensables para lograr el conocimiento integral del justiciable; pero en fin, sea como sea, la doctrina, la teoría, nos señala como uno de los fines especiales, especifico del proceso penal el de lograr la individualización de la personalidad del inculpado, como así lo referimos en el segundo capítulo de este trabajo.

Estos datos estadísticos son tomados en cuenta por el Juez al momento de resolver en sentencia, en lo que es la punibilidad del inculpado, en cuanto se resuelve su situación jurídica el juzgador conoce al procesado con los datos mencionados anteriormente, para hacer con ello la individualización de la personalidad del inculpado de tal forma que determina con ello la pena que este reciba por dicho delito.

De todo lo anterior se puede establecer que: conociendo la personalidad del inculpado y la verdad real, material, histórica, podremos aplicar la Ley penal al caso concreto de una manera justa, y aplicando la ley penal al caso concreto podremos resarcir el orden trastocado con la comisión de un delito. Este último enunciado se puede sintetizar la finalidad del proceso penal.

En este capítulo explicamos el objeto principal del derecho penal, que no es más que la aplicación de la Ley sustantiva, y el objeto accesorio el cual se refiere específicamente a la reparación del daño, que puede o no existir en un proceso penal, así como los fines generales, es decir que tienen todas las disciplinas jurídicas y los fines específicos, que solo son de derecho penal, entre los cuales encontramos a la verdad real, material e histórica y la personalidad del delincuente. En el siguiente capítulo nos remitiremos a las partes que intervienen en este proceso penal cuales son y que carácter tienen en el mismo.

CAPITULO III

SUJETOS PROCESALES.

Tomando en cuenta que la teoría dominante, en relación con la naturaleza jurídica del proceso penal, es la da relación jurídica, propuesta por Bulow, es menester ahora establecer entre quienes se constituyen esas relaciones jurídicas, es decir, entre quienes se dan esos derechos y esas obligaciones. Esta cuestión implica el análisis de los sujetos procesales.

Para entender a lo que nos referiremos en este capítulo debemos saber quienes tienen tal carácter, el de sujetos procesales, para lo cual Barrios Angelis¹ nos explica que son sujetos de proceso quienes lo hacen y aquellos para quienes se hace; es decir, aquellas personas físicas o jurídicas que producen los actos de proceso, así como esos mismos u otros por su vínculo especial con el objeto dan lugar al proceso y sufren o aprovechan, de modo inmediato, de las modificaciones del objeto.

Los sujetos procesales son de dos categorías: principales y accesorios o secundarios: los principales a su vez tienen sujetos que los auxilian de los principales se derivan dos que son considerados como partes. Los secundarios o accesorios a su vez se subdividen en interesados y no interesados. Mas adelante explicaremos cada uno de ellos.

¹ SILVA, Silva Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, Segunda Edición, Editorial Oxford, 2003, p.117.

1.- PARTES EN EL PROCESO.

El ilustre jurista Oaxaqueño Miguel Jiménez Garay² nos enseña que aun cuando es cuestión debatida en el proceso penal la existencia de partes, así como de quienes de los sujetos lo son, entendemos que su existencia es consubstancial con la del proceso, al extremo de que, como afirma el maestro Alcalá- Zamora, cuando no medien las primeras, no se da en realidad el segunda. Lo que sucede es que su comportamiento en el proceso penal, no es idéntico al del proceso civil, en donde actúan defendiendo intereses de carácter privado y casi siempre se encuentran en posiciones de antagonismo entre ellas; en tanto que en el primero, los intereses son públicos y las partes no están en antagonismo necesariamente, pues en rigor debe decirse que ocupan diferentes posiciones.

Para construir el concepto de parte, sigue el maestro Jiménez Garay, dentro del proceso penal, es necesario entender a la capacidad del sujeto procesal para serlo (*legitimatío ad causam*), así como la capacidad procesal o de obrar en el proceso (*legitimatío ad processum*).

Citando a Florián, el jurista Oaxaqueño advierte que para establecer esas capacidades o legitimaciones, debe atenderse a dos elementos:

1.- La cualidad del sujeto de una de las relaciones jurídicas de derecho sustantivo (principal o accesorio) deducidas en el proceso, esto es, aquel que inicia o contra el que se inicia en el proceso penal una relación de derecho sustantivo.

2.- La atribución al sujeto de que se trata de las facultades procesales necesarias para hacer valer la relación sustancial.

² JIMENEZ, Garay Miguel, El Coadyuvante del Ministerio Público en el Proceso Penal, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XVIII, Octubre-Diciembre, 1968, número 72, México Df., pp 884 y sigs.

De estos dos elementos el primero es de carácter substancial y el segundo es de carácter formal concluyendo en consecuencia que: parte es aquel que deduce en el proceso penal o contra el que es deducida una relación de derecho sustantivo, en cuanto esta investido de las facultades necesarias para hacerla valer o, respectivamente, para oponerse (contradecir).

En suma pues, son los sujetos que reclaman una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate.

Así las cosas, indudablemente que tienen calidad de parte en el proceso penal, el inculpado o sujeto activo del delito. También en la relación sustantiva, objeto principal del proceso penal, es parte el órgano de acusación, que en regimenes como el nuestro, esta encomendado al Ministerio Público.

Punto neurálgico de la doctrina, ha sido el determinar si el Ministerio Público es parte o solo sujeto de la relación procesal; pues de su concepción se derivan muy importantes consecuencias prácticas: la recusación de la institución y el medio externo para su control, cuando se viole el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal. Desviando un poco la atención del tema que nos ocupa en este trabajo y como una forma de hacer patente y manifiesta la visionaria inteligencia del maestro Jiménez Garay, debemos hacer notar que la referencia que hace este ilustre cultor del derecho al medio externo de control del Ministerio Publico cuando viola el principio de legalidad al no ejercitar la acción penal, fue expuesta por este jurista en Congreso de Derecho Procesal Penal, celebrado en la Ciudad de Oaxaca en el año de 1967, en ese congreso el maestro de merito, propuso que contra la negativa del Ministerio Público a ejercitar la acción penal debería proceder el juicio de amparo, ese era el control externo que a juicio de Jiménez Garay debería usarse contra esos actos arbitrarios del Ministerio Público; naturalmente la propuesta no fue aceptada en el congreso referido, sin embargo en 1994, veintisiete años

después, se reforma el artículo 21 de la Constitución General de la República estableciendo que contra la negativa del Ministerio Público a ejercitar la acción penal o contra su desistimiento procederá un medio de impugnación jurisdiccional, medio de impugnación que no ha sido otro que el juicio de garantías. Tenía razón nuestro ilustre maestro.

Para Alberto Domenico Tolomeo, citado por Jiménez Garay, en la obra de la cual se extrae su pensamiento, categóricamente, en el proceso penal no existen partes, y si al Ministerio Público se le reconoce la calidad de representante del Estado en el ejercicio de la acción con toda la plenitud de cargas que esto representa, y si se le asigna la suma de todos los derechos y de todos los deberes inherentes a la obligación de conseguir tanto el castigo del culpable como la tutela del inocente, no se le puede reconocer el carácter de parte, pues se estima por Tolomeo que para ello es esencial la antítesis de intereses propuesto.

Manzini, según cita del autor que nos ocupa, reconoce al Ministerio Público el carácter de parte en el sentido puramente formal e impropio, pues su función es desinteresada, objetiva e informada tan solo en los principios de la verdad y de la justicia.

Para Beling, según cita nuestra fuente, el Ministerio Público es parte, pero su actuación debe ser por completo objetiva y en modo alguno parcial en perjuicio del acusado.

Alcalá-Zamora y Levene, Eugenio Florián, Guameri, Carlos Franco Sodi, Guillermo Collin Sánchez, convienen en el carácter de parte del Ministerio Público.

El maestro Jiménez Garay, en la obra referida, sostiene que el Ministerio Público en el proceso penal es parte, pero privilegiada; como lo es la autoridad

responsable en nuestro juicio de amparo. Se adhiere a la opinión Olea y Leyva y Medellín Ostos, en el sentido de que las actividades del Ministerio Público tienen dos aspectos: actos que por sí solos no son definitivos para crear o decidir una situación de derecho, y que necesitan de la decisión del Juez para que la situación de derecho se cree, y actos que por sí solos crean una situación jurídica y son actos típicos de autoridad, como en el caso de acusaciones de no acusación y desistimiento de la acción penal. Posible es, que en atención al principio de buena fe que lo forma, nunca su actuación se convierta en arbitraria, pues si debe ser incansable en la persecución del verdadero delincuente, también debe ser oportuno interventor en beneficio del inocente, para lograr cesar todo acto que lesione sus derechos.

Con base en los anteriores criterios, por nuestra parte estimamos que, como lo señala el maestro Jiménez Garay, el Ministerio Público si es parte en el proceso penal, pero parte privilegiada, pues analizando su actuación en este campo se advierte que su calidad o carácter varía, sin que pierda su esencia de parte, pues pasa de ser autoridad en la averiguación previa a simple sujeto procesal en la etapa pre-procesal así como en la etapa de instrucción para volver a ser y actuar como autoridad en la etapa de conclusiones y posteriormente continuar con el carácter de simple parte, semejante al inculpado; el privilegio del Ministerio Público consiste precisamente en ser autoridad, dejar de serlo y volver a serlo nuevamente; a eso se refiere el maestro al mencionar los actos del Ministerio Público que por sí mismos crean situaciones jurídicas sin necesidad de que el Juez las confirme y a situaciones jurídicas que para ser tales deben ser aprobadas o confirmadas por el juzgador, y es parte por que él deduce esa relación jurídica de derecho sustantivo, en cuanto este facultado para deducirla, es decir, él acusa; él reclama del órgano jurisdiccional una decisión respecto del hecho que es materia del proceso.

En conclusión y por las razones apuntadas, resulta incuestionable que en el proceso penal si hay partes y que estas lo son el Ministerio Público y el inculpado.

2.- SUJETOS PRINCIPALES.

Se les llama sujetos procesales principales por que su presencia en el proceso penal es indispensable, necesaria de tal manera que la falta de uno de ellos produce la inexistencia del proceso en virtud de no satisfacerse un presupuesto procesal, se dice que son sujetos principales³ por que son a su vez, los indispensables para el surgimiento de la relación jurídica procesal. En efecto, no puede haber proceso si no existe o falta el Juez: es indispensable tener al acusador en este caso al Ministerio Público, y finalmente no puede haber proceso si falta el inculpado, consecuentemente su presencia en el proceso es indispensable.

Los sujetos procesales principales son tres: el Juez, el Ministerio Público y el inculpado.

La figura del Juez normalmente existe previamente, pero podría darse de que este Juez fuera incompetente, en ese caso, no obstante su presencia física previa, desde el punto de vista jurídico no tendría existencia, pues la falta de competencia le estaría negando la jurisdicción para conocer y prácticamente no habría Juez.

La figura del Ministerio Público también existe previamente a la instauración del proceso pero pudiera ser que por razón del fuero o de la competencia territorial ese Ministerio Público no estuviera legitimado para actuar, o bien, por posibles relaciones de carácter subjetivo que constituyeran

³ SILVA, Idem.

en la persona física que representa la institución ministerial, esta no estuviera legitimada para actuar, en estos casos este sujeto procesal principal sería jurídicamente inexistente.

En el caso del inculpado debe hacerse notar que en tanto no es identificado, aun que sea con vicios de probabilidad, no puede establecerse el proceso, no se puede consignar a quien resulte responsable o probablemente responsable, es necesario que ese presunto inculpado este bien determinado, identificado, la carencia de esta circunstancia trae como consecuencia la imposibilidad de instaurar un proceso, el inculpado se fuga o se vuelve incapaz, en estos casos el proceso se suspende, no puede continuar, por inexistencia sobrevinida de uno de los sujetos procesales.

La relación jurídica que constituye el proceso penal, se establece, de esta suerte, necesariamente, entre el Juez y las partes así como entre el Ministerio Público e inculpado y viceversa.

2.1.- SUJETOS AUXILIARES.

Junto a los sujetos procesales principales, podemos advertir la presencia de órganos que auxilian, que tiene como función coadyuvar con ellos en el ejercicio de sus actividades procesales.

Y así tenemos que son órganos auxiliares del Juez, secretario judicial cuyo oficio principalmente es autentificar, dar fe, certificar las actividades del Juez, de tal manera que si una actuación judicial no va firmada por secretario judicial, carecerá de valor jurídico; también lo va a sustituir en sus ausencias, actuando como Juez por ministerio de ley, interviene también como órgano auxiliar del Juez, el actuario o notificador, cuyo oficio se traduce en dar cumplimiento a las actuaciones realizadas por el Juez y autorizadas por el secretario judicial.

Los órganos auxiliares del Ministerio Público, lo son su secretario ministerial, su función consiste en autenticar las actuaciones del ministerio público, dar fe de ellas, sustituirlo en sus ausencias, actuando como ministerio público por ministerio de ley; y los síndicos municipales, que además de ser el órgano ministerial del municipio, en ausencia del ministerio público actúa como tal.

El órgano auxiliar del inculcado, lo es su defensor, su función consisten en asesorarlo jurídicamente en el tratamiento del tema en conflicto jurídico en que se ve involucrado; actúa en su nombre y representación.

3.- SUJETOS PROCESALES SECUNDARIOS O ACCESORIOS.

Se les da el nombre de sujetos procesales secundarios o accesorio⁴ por que tiene carácter contingente, esto es, pueden o no existir con referencia a una relación jurídica concreta que, sin embargo existe a pesar de su ausencia.

Se les reconoce la categoría de sujetos procesales en virtud de que intervienen en el proceso penal, cooperando en el desenvolvimiento de la relación jurídica procesal, sin convertirse por ello en sujetos, partes u órganos auxiliares. Son terceros frente a la relación procesal, que puede interesarles y en ese caso serán terceros interesados, que van al proceso por la relación que se establece entre ellos y la materia o tema que se discute en el proceso penal, sin que su presencia sea condicionante para la existencia del proceso, es decir, pueden aparecer en el proceso o no, pero su ausencia no crea la inexistencia del proceso; por regla general hacen una aportación de elementos probatorios, como es el caso del ofendido o la víctima.

⁴ SILVA, Ídem.

Pero también se advierte la existencia de otro tipo de sujetos procesales, que no son ni principales ni auxiliares, que van al proceso por llamamiento que les hace la autoridad, que no tienen ningún interés en el asunto, pero que también aportan elementos probatorios, como es el caso de los testigos, peritos, interpretes o traductores. Su ausencia no genera la inexistencia del proceso, por eso son secundarios o accesorios.

Estos son en síntesis, los sujetos que intervienen en el proceso penal, entre los cuales se establece la relación jurídica, los derechos y obligaciones de tipo procesal o instrumental que constituye el proceso penal o el contenido o la naturaleza jurídica del proceso penal.

De la figura del tercero interesado, que lo es la víctima o el ofendido, según acabamos de ver, nos ocuparemos con mayor detalle en capítulo aparte, dado que es el motivo de este trabajo.

4.- EL ORGANO DE LA JURISDICCION PENAL.

El poder judicial del Estado, titular original de la función jurisdiccional, por razones de organización y de distribución del trabajo, y ante la imposibilidad de cumplir puntual y cabalmente con esta función por el mismo, pues no sería posible que el Tribunal Superior de Justicia del Estado atendiera todos los asuntos penales, civiles y familiares que se generan en el diario acontecer en todo el Estado, delega esta función en otros órganos jurisdiccionales, como son las salas y los juzgados, por ello les otorga jurisdicción, es decir, los faculta para que actúen el derecho, para que digan el derecho, para que apliquen las leyes materiales a los casos concretos; esa jurisdicción que les delega a esos órganos jurisdiccionales le es entregada a los titulares de dichos órganos, a las personas físicas llamadas Magistrados,

jueces, y por razón también de división de trabajo, y especialización les acota el ejercicio de esa función jurisdiccional, les atribuye jurisdicción atendiendo a ciertos criterios o ámbitos, como son el valor económico o cuantía del negocio, del asunto, una determinada circunscripción territorial; por la función o grado; o bien por la materia, se constituye así lo que conocemos como competencia, que puede ser valor, por territorio, por grado o por materia; de esta suerte el órgano jurisdiccional y su titular, el Juez, solo podrá conocer o atender asuntos para los que tenga esa facultad acotada, circunscrita, limitada por los referidos criterios, consecuentemente un Juez penal solo podrá conocer de asuntos penales (materia) que se hayan cometido dentro de la circunscripción territorial donde ejerce su jurisdicción (territorio), en una primera instancia (grado), y que estén sancionados por determinada pena (cuantía de la pena).

En las anteriores condiciones es válida la definición de competencia comúnmente aceptada por los tratadistas⁵ en el sentido de que está, la competencia, es la medida de la jurisdicción; esa competencia se traduce en una capacidad objetiva que debe tener el juzgador para conocer de un asunto, pero existe otro tipo de capacidad llamada capacidad subjetiva, que se refiere a la persona titular del órgano, en caso de que este sea unitario, es decir, sea una sola persona, como en el caso de los jueces de primera instancia en los que solo existe un Juez, y a la composición de ese órgano en el caso de que sea colegiado, como lo son las salas, en las que hay varias personas. Esta capacidad subjetiva puede ser de dos formas en abstracto o en concreto.

Se dice que un órgano jurisdiccional unitario tiene capacidad subjetiva en abstracto cuando reúne las condiciones que su nombramiento reclama y ha sido designado o electo al amparo de la ley. Se dice que un órgano jurisdiccional colegiado tiene capacidad subjetiva en abstracto cuando se haya bien integrado es decir, cuando su constitución responde a las determinaciones

⁵ COLLIN, OP.Cit. pp.180 y siguientes.

que la ley previene al respecto cuando en su integración se satisfacen todos los requisitos que para ese efecto establece la ley respectiva.

La capacidad subjetiva en concreto hace referencia a las calidades y circunstancias de independencia funcional e imparcialidad que debe tener la persona física que ejerce la función jurisdiccional de tal manera que si en un caso concreto no se surte una de esas circunstancias o calidades que implica su independencia funcional y su imparcialidad, la persona física que funge como órgano jurisdiccional estará impedido para conocer de ese determinado y concreto asunto; surgen así los impedimentos que general la incapacidad subjetiva y que motivan a eliminarla por medio de las excusas o recusaciones; si el Juez o el magistrado, en el caso concreto que analiza, resulta ser pariente de alguna de las partes o tiene relación afectiva o cualquier otra circunstancia que haga ver que existe la posibilidad de no ser independiente e imparcial, debe excusarse de conocer de ese asunto por tener incapacidad subjetiva en concreto, y en caso de que no se excusare, las partes pueden y deben recusarlo, nuestras leyes procesales contemplan los casos en que proceda la excusa o la reacusación de la persona física que representa al órgano jurisdiccional y el procedimiento para hacer efectiva esa incapacidad.

En este órgano jurisdiccional, unitario y colegiado, uno de los sujetos procesales del proceso penal que investido de la competencia tanto objetiva como subjetiva esta llamado a dirimir controversia jurídica, a decir el derecho, a actuar el derecho, a ejercer jurisdicción.

Así tenemos que es órgano jurisdiccional máximo en el Estado el Tribunal Superior de Justicia del Estado, también lo son las diversas salas que lo integran, los juzgados tanto especializados como mixtos, el alcalde constitucional y el jurado de ciudadanos.

Algunos de estos son Colegiados, es decir, se integran por varias personas como el pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado, que se integran por todos los Magistrados de las diversas salas; como las salas, que se integran por varios magistrados, especializados por materias, civil, penal, familiar, como el jurado de ciudadanos; y también pueden ser unitarios, como es el caso de los juzgados especializados de primera instancia o mixtos de primera instancia y los alcaldes. La características de Colegiado o del unitario se la da el hecho de que son varios o uno el integrante del órgano que desempeña la función o el de oficio de juzgar, y así en los órganos colegiados hay varias personas físicas que desempeñan el oficio de juzgar, y en los órganos unitarios es solo una la persona que tiene el oficio de juzgador.

En representación del Estado en cumplimiento de sus atribuciones provee todo lo necesario para proveer una función judicial, y así entre otras medidas preservar la convivencia social; es por ello que se crean subórganos para llevar a cabo dicha función, la cual recae en personas específicamente determinadas, las cuales tiene la responsabilidad de hacer cumplir el estado de Derecho que norma a la sociedad, en una jurisdicción determinada por el Estado. Dentro de los sujetos procesales, hicimos referencia a los principales, dentro de ellos mencionamos al Juez.

El Juez no es propiamente el órgano jurisdiccional, es una de las partes o elementos que lo integran; este último es considerado como una entidad general, abstracta, podríamos decir una especie de persona jurídica, que actúa y quiere por medio o a través de las personas físicas que lo representan conservar el estado de Derecho que ha prevalecido en la sociedad.

De lo anterior señalado podemos decir que existe una distinción entre el órgano y el oficio el órgano es la entidad, el todo; el oficio es la función que esta encargada a cada una de las partes que integran ese todo; así tenemos que el órgano es el juzgado que esta integrado, cuando menos, por un Juez, un

secretario judicial y un ejecutor, la función del Juez es la de juzgar, la función que desempeña el secretario es la de autentificar las actuaciones judiciales; la función que desempeña el ejecutor que es la de cumplir, ejecutar, las resoluciones que dicta el Juez y que autoriza el secretario.

Por estas razones hablamos del sujeto procesal principal llamado Juez y de los sujetos procesales que lo auxilian, incluyendo en ellos al secretario y ejecutor.

Debemos hacer notar que la jurisdicción, como derecho o facultad actual del derecho objetivo, el derecho material de decir el Derecho, corresponde únicamente al Juez, el es el único que puede y debe aplicar la ley general al caso concreto, usando para ello las normas instrumentales que rigen el proceso penal, es decir, usando el proceso, por esta razón coloquialmente se le llama órgano jurisdiccional al Juez pero como se ha explicado anteriormente, el órgano jurisdiccional lo constituye todo el aparato jurisdiccional, el ente abstracto y solo uno de los que integran ese ente abstracto tiene facultad o derecho de jurisdicción y este es el que aparece como sujeto procesal principal, sin el cual no puede darse el proceso.

5.- EL ORGANISMO ACUSADOR.

El órgano acusador en un proceso penal lo es el Ministerio Público. Este órgano es una institución que se creó con el objeto de evitar que el órgano jurisdiccional se reuniera las funciones de acusar y de juzgar.

Antiguamente el Juez era también el que acusaba; esta situación se prestaba a innumerables injusticias, pues como bien lo dice Radbruch⁶ el que tiene al Juez como acusador, necesita a Dios como abogado. Independientemente de lo anterior, debe hacerse notar que quitándole al Juez la función de acusar deberían dársele a alguien, y en esas épocas remotas se le entregó esa función a los particulares ofendidos con el delito, pero se vio que la función de acusar en manos de los particulares degeneró en negocios para obtener beneficios extralegales que se obtenían con la condición de no acusar, es decir, que el particular ofendido subastaba su derecho a acusar, haciendo de este derecho un efecto de comercio o bien, no ponía atención a ese derecho, no lo ejercía, lo que implicaba impunidad para los delincuentes con franco deterioro del orden social.

Así las cosas se resolvió entregar el derecho de acusar a un órgano de gobierno, que no podía ser parte del órgano legislativo, puesto que las funciones legislativas son de naturaleza diferente a la función de acusar, tampoco podría formar parte del órgano jurisdiccional, pues este lo tenía y a él se le estaba quitando, consecuentemente solo restaba un poder o un órgano en el cual podría encuadrarse el órgano estatal titular del derecho de acusar, el poder ejecutivo. Por esta razón se crea el Ministerio Público, parte del poder ejecutivo, encargado de acusar y se le da a él, en exclusiva, el ejercicio de la acción penal.

Toda vez que dada la materia del tema que nos ocupa no es relevante el análisis exhaustivo de la Institución Ministerial, solo nos concretaremos a hacer referencias generales de dicha Institución. En efecto, el Ministerio Público nace en Francia⁷ con la figura del Procurador del Reino, a diferencia del Procurador del Rey, que era el abogado de los asuntos propios del rey, en

⁶ RADBRUCH, Gustavo, citado por Juventino V. Castro, *El Ministerio Público en México*, Editorial Porrúa S.A. Segunda Edición, México 1978, p. 20

⁷ COLLIN, op. Cit. pp 103 y 104.

tanto el primero era el abogado de los asuntos del reino, del Estado. La Revolución Francesa hace cambios en la institución, desmembrándolas en comisarios del reino encargados de promover la acción penal y de la ejecución y acusadores públicos, que sostenían la acusación en el debate. La tradición de la Monarquía le devuelve la unidad con la ley de 13 de diciembre de 1799, tradición que será continuada por la Organización jerárquicamente bajo la dependencia del poder ejecutivo, recibe por la Ley del 20 de abril de 1810, el ordenamiento definitivo que de Francia irradiaría a todos los Estados de Europa.

En España⁸ las leyes de recopilación, expedidas por Felipe II en 1576, reglamentaban las funciones de los Procuradores Fiscales que acusaban cuando no lo hacía un acusador privado. La recopilación de Indias, la Ley de 5 de octubre de 1626 y de 1632, ordenaba que: nuestra merced y voluntad en cada una de las reales audiencias de Lima México haya dos fiscales; que el mas antiguo sirva la plaza, en todo lo civil, y el otro en lo criminal.

En el México Colonial se impuso la legislación española. Nacido México a la vida independiente, siguió rigiendo, en relación al Ministerio Público, lo establecido por el decreto de 9 de octubre de 1812, en el sentido de que la audiencia de México hubiera dos fiscales. La Constitución de 1824 estableció el Ministerio Fiscal en la Suprema Corte, equiparando su dignidad a la de los Ministros y dándole el carácter de inamovibles; también establece fiscales en los Tribunales de Circuito, sin hacer referencia alguna en relación a los juzgados. Así continúan haciéndose referencias al Fiscal o a los fiscales en la Ley de 14 de febrero de 1826, en el decreto de 20 de mayo de 1826, en la ley del 22 de mayo de 1834, en las siete leyes de 1836, en la Ley de Lares de 6 de diciembre de 1853, bajo el régimen de Antonio López de Santa Anna, se organiza el Ministerio Fiscal como institución que hace emanar del poder

⁸ Idem, p. 105.

ejecutivo. El fiscal en esta Ley, aun que no tenga el carácter de parte, debe ser oído siempre que hubiera duda y oscuridad sobre el genuino sentido de la Ley. se crea un Procurador General que representa los intereses del gobierno.

Por Ley de 23 de noviembre de 1855, emitida por Juan Álvarez y aprobada posteriormente por Comonfort; se establece que los promotores fiscales no pueden ser recusados, y se les colocaba en la Suprema Corte, en los Tribunales de Circuito y más tarde, por decreto de 25 de abril de 1856, a los juzgados de Distrito. El 15 de junio de 1869, Benito Juárez expide la Ley de Jurados y establece en ella a tres Procuradores a los que por primera vez se les llama representantes del Ministerio Público. El 15 de septiembre de 1880 se promulga el primer Código de Procedimientos Penales en el que se establece una organización completa del Ministerio Público con funciones de promotor y auxiliaren la administración de justicia. El 22 de mayo de 1894 se expide el segundo Código de Procedimientos Penales que mejora la institución del Ministerio Público, ampliando su intervención en el proceso. Lo establece con las características y finalidades del Ministerio Público Francés; miembro de la Policía Judicial y mero auxiliar de la administración de justicia. En el año de 1903, Porfirio Díaz expide la primera Ley Orgánica del Ministerio Público, y lo establece ya no como auxiliar de la administración de justicia, si no como parte en el juicio interviniendo en los asuntos en que se afecta el interés público y el de los incapacitados, y en el ejercicio de la acción penal de la que es titular. Se le establece como una institución a cuya cabeza esta el Procurador de Justicia.

En el informe que rinde a la Asamblea Constituyente de Querétaro, Venustiano Crianza, al tratar lo relativo al Ministerio Público , explica como la investigación de los delitos por parte de los jueces había creado la llamada confesión de cargos estableciendo una situación insostenible ya que estos funcionarios judiciales con su afán de notoriedad cometían verdaderas arbitrariedades, en cambio el Ministerio Público se traducía en una figura meramente decorativa que no ejercía la función para la que había sido creado,

y pugnando por situar a cada quien en la posición que le correspondía, le quita al Juez la facultad de policía judicial y de acusador que hacia los cargos para arrancar la confesión de los reos⁹

Es así como surge la institución del Ministerio Público, órgano acusador en el proceso penal, en su carácter de titular del ejercicio de la acción penal.

El Ministerio Público, desde la Constitución de 1917 ha sido considerado por las Leyes procesales penales mexicanas como parte en el proceso, sustituyendo a la víctima o al ofendido, la cual únicamente puede actuar por medio o a través de esta institución, pues su carácter de representante social le faculta para actuar en el proceso penal como uno de los sujetos procesales principales, teniendo a su cargo proponer, sostener la acusación, en nombre y representación de la sociedad ofendida, así como de la víctima o del ofendido por el delito.

Se dice que el Ministerio Público, en el proceso penal es una parte, pero es una parte privilegiada, habida cuenta que su forma de actuar es diferente a la de la otra parte, el acusado. El privilegio que se advierte en el Ministerio Público radica en el hecho de que en una primera fase del proceso, la averiguación previa, actúa como autoridad, pues los actos que en esta etapa realiza causan estado, crean situaciones legales sin necesidad de que sean validas por alguna otra autoridad, posteriormente se convierte en una parte procesal como cualquier otra, sin ningún privilegio, esta forma de actuar se da en las etapas pre-procesal e instrucción, y posteriormente, en la etapa del juicio, al formular las conclusiones que le son propias, adquiere nuevamente el carácter de autoridad, de tal manera que la situación que el sustente en estas conclusiones vinculan, obligan, al juzgador, acotan, restringen el radio de actividades del juzgador en el proceso, de tal suerte que el juzgador no puede

⁹ Op. Cit. pp. 23 y sigtes.

rebasar los límites de esa acusación, en caso de que la haya, y en el caso de que no acuse, el Juez se ve obligado a sobreseer el proceso; esta situación quiere decir que la situación manifestada en el pliego acusatorio o no acusatorio se traduce en un acto de autoridad que crea una situación legal, jurídica, por sí, sin que haya necesidad de que otro órgano de autoridad la convalide; esta forma de actuar del Ministerio Público, prevista en las leyes procesales mexicanas hacen ver que el Ministerio Público es una parte procesal, pero con ciertos privilegios, privilegios que no tiene la parte acusada.

También se ha dicho que el Ministerio Público¹⁰, dada su naturaleza, en el proceso penal, es una institución político-administrativa, que se desempeña en el campo de la justicia, toda vez que esta inmersa dentro del organigrama del poder Ejecutivo, por eso es administrativa, su materia, en gran medida es la política criminal, pero su trabajo lo hace dentro del campo de la justicia.

El órgano acusador en el proceso penal desempeña tres funciones: la primera es la función investigadora y la desarrolla dentro de la averiguación previa; investiga los hechos de que tiene conocimiento por medio de la denuncia o de la querrela y que supuestamente son delictuosos, busca las pruebas para acreditar que esos hechos efectivamente son delictuosos estableciendo esta circunstancia a través de la comprobación del cuerpo del delito y también indaga, por medio de pruebas quien o quienes son los probables responsables de la comisión de estos hechos, una vez establecido lo anterior, se surten las condiciones legales para poder ejercer su segunda función: la de ejercitar la acción penal, y función que alcanza su cenit en el momento de formular las conclusiones de acusación, pero que inicia al momento de hacer la consignación de la averiguación al Juez penal, desde este inicio, una vez que ha ejercitado la acción penal, empieza a ejercer su tercera función, que es la vigilancia de la legalidad del procedimiento penal, de

¹⁰ COLLIN, op cit. pp. 106 y sigts.

tal manera que debe estar atento a la actividad que realice el juzgador y ver que esta se ajuste a lo que ordenan las leyes procesales penales, si no se ajusta debe promover los recursos y demás medios legales para evitar que en el proceso se den actividades contrarias a derecho.

El Ministerio Público representa a la víctima o al ofendido y estos solo tenían el carácter de coadyuvantes del Ministerio Público, podían auxiliarlo, pero no tenían ninguna intervención en el proceso penal, ni siquiera podían tener acceso, por sí al estudio del expediente penal, si no era con la intervención del Ministerio Público; esta víctima o el ofendido estaban relegados a ser un mero adorno en el proceso penal, no obstante que su calidad de víctima o de ofendido los hace protagonistas importantes en el drama procesal; en la actualidad, nuestra ley procesal penal ya le ha dado una mayor injerencia en el trámite del proceso, como lo explicare oportunamente en el capítulo adecuado que trata del tema total de este trabajo.

6.- EL INCULPADO.

En el proceso penal, el inculpado es también una parte, sujeto principal del proceso penal, sin cuya intervención no puede establecerse un proceso penal.

Por ninguna razón debemos creer que el inculpado es el sujeto malo o abominable del proceso, que se diferenciaría del sujeto bueno o bienhechor, pues en el proceso penal no hay buenos ni malos. Un inculpado puede, al final del proceso, resultar tan inocente, como culpable o malvado puede resultar el acusador¹¹.

¹¹ SILVA, op.cit. pp 135 y 136.

A través del tiempo se le ha reconocido con diversas denominaciones; de las locuciones conocidas, algunas tratan de indicarlo con mayor o menor precisión, se le conoce como arrestado, detenido, querellado, denunciado, imputado, acusado, enjuiciado, demandado, reo, culpable, convicto, criminal, indiciado, sospechoso, sujeto activo del delito, probable responsable, procesado, encausado, apelante, recurrente, etc.

No se trata de verdaderos sinónimos, pues cada vocablo tiene una connotación propia, veremos algunas de ellas: el tradicional vocablo demandado, resulta demasiado estrecho para etiquetar a este sujeto procesal. Demandado es el sujeto contra el cual existe una concreta pretensión, hay etapas del proceso en que solo es investigado, mas no demandado. El demandado surge hasta que se concreta la pretensión, lo cual será en el momento de formuladas las conclusiones acusatorias por el Ministerio Público.

El término procesado nos indica a la persona sujeta a proceso, aun que en materia penal existe procesado, este sujeto no se queda ahí, pues también interesa la persona a la que previo proceso se le imputa un hecho con apariencia de delictuosidad y este no es procesado.

Los vocablos arrestado o detenido, solo hacen alusión a la persona sujeta a medida cautelar, mas no a aquella que, como en materia penal, esta exenta de que se le aplique tal medida. No todo sujeto tiene que estar arrestado o detenido.

Culpable, convicto, delincuente, criminal, sujeto activo del delito, bandido, tampoco retratan a nuestro personaje, pues estos vocablos a demás de pertenecer al derecho penal y no al procesal penal, hacen eco de la relación sustancial, pero no de la procesal. Basta recordar que una persona inocente pueda ser sujeto de proceso penal, pero no necesariamente es culpable o

delincuente. No habrá sujeto activo del delito si no hasta que se dicte la sentencia ejecutoria que lo declare.

La expresión reo aun que en la actualidad tiende a ser asociada con la de sancionado o penado, histórica y etimológicamente responde a la idea de demandado, en cuanto a que tal sujeto es vinculado con la reus o rei, la cosa, o el asunto, el litigio. Pero aquí ha de advertirse que nuestro sujeto de estudio no necesariamente es un sujeto del litigio, si no de la acción.

La voz acusado encuentra mayor aquiescencia, sobre todo cuando acusado, en sentido amplio, denota a nuestro personaje. No obstante muchos autores lo han rechazado para no confundirlo con el acusado en sentido estricto el cual es solo aquel contra quien existe o pesa una concreta pretensión procesal.¹²

Por nuestra parte decidimos denominarlo inculpado en atención a que en contra de este sujeto existe una inculpación de un hecho concreto, que puede admitir diversas posiciones en el proceso penal y diversas denominaciones, en función de las etapas procesales en que se vaya ubicado, pero siempre habrá de ser objeto de esa inculpación de hechos concretos.

Debe hacerse notar que el carácter de inculpado únicamente lo pueden tener las personas físicas y las personas morales; la primera cuando tiene las cualidades o calidades que la ley exige para que sean imputables y no así los menores de dieciséis años, en nuestro Estado, los que están enajenados por alguna razón, que puede ser diferencias mentales, locuras, imbecilidad, etc., no pueden ser inculpados, si es que se puede usar este término en tratándose de este tipo de personas. Aun cuando en la actualidad hay opiniones en el sentido

¹² SILVA, op.cit. pp 179 y 180.

de negar capacidad penal a las personas morales, pero estas divergencias de opinión y su análisis, para los efectos de este trabajo, carece de relevancia.

En cuanto a la calidad de parte que se le reconoce al inculpado en el proceso penal, debemos decir que actualmente hay opiniones que se agrupan en unas que niegan al inculpado la calidad de parte, son las tesis negativas; otras que si lo consideran parte, las positivas; y las que creen que es parte solo en determinadas fases del proceso, que son las tesis mixtas. Las tesis negativa parte de la idea del proceso inquisitivo, que aparentemente niega la idea de partes procesales, en las tesis positivas se afirman la calidad de parte; y las tesis mixtas tratan de conciliar lo irreconciliable. Es de explorado derecho que el inculpado tiene el carácter de parte atendiendo al sistema acusatorio que rige el proceso penal mexicano, tal calidad no se le puede negar, es connatural a la idea del proceso penal¹³.

Constitucionalmente el inculpado es también una parte privilegiada, los derechos que señalan en el artículo 20 de la Constitución General de la Republica así lo indica, pues es una parte que puede hacer lo que quiera en el proceso penal, puede declarar si quiere o no declarar si no quiere, puede mentir y no tiene ninguna consecuencia jurídica, si quiere puede ser careado con las personas que deponen en su contra, puede salir bajo fianza cuando el delito que se le imputa lo amerita o puede si quiere, no salir bajo el amparo de este beneficio, tiene derecho a que se le asesore gratuitamente por medio del defensor de oficio, a que se le faciliten todos los datos que obren en el proceso para poder defenderse, a que se le ayude para poder presentar testigos etcétera, a su favor debe suplirse la defensa de la queja, su proceso debe terminar en ciertos tiempos, de acuerdo a la pena del delito que se trate, pero puede si quiere ampliar y rebasar ese tiempo si a sus intereses conviene.

¹³ SILVA, op. Cit. pp. 118 y 119

Todos estos datos hacen ver que se trata de una parte con privilegios, diferentes a los privilegios del Ministerio Público, pero privilegios al fin y al cabo los que se traducen en Derechos por estar consignados como tales en el referido artículo 20 de la Constitución General de la República y de los cuales, a nuestro juicio el más importante y en el que se resumen todos los demás es el Derecho a la defensa, por que a través del Derecho a la defensa o por efecto de este Derecho se le debe oír y vencer en juicio. Pero también tiene deberes, dentro de los cuales el más importante o primordial es el de someterse al proceso, si se nos permite la expresión diaria diríamos que debe de sufrir el proceso.

Este sujeto procesal por disposición constitucional, debe tener necesariamente un asistente que lo guíe, le aconseje en el trámite procesal, que lo auxilie, que sume con él, este personaje es el defensor, que ejerce la actividad de postulación en el proceso¹⁴ y debe tener aptitud para postular, es decir, la potestad de pedir en juicio (*jus postulandi ad procesum*). El *jus postulando*, derecho a postular, a pedir en juicio se ejerce a través de dos profesiones distintas entre sí ambas jurídicas los procuradores y abogados; en Francia a los primeros se les llamo *avoues* y a los segundos *avocats*, en Inglaterra se llama a los primeros *barristers* y a los segundos *solicitors*. La diferencia entre estas dos instituciones o profesiones consiste en que los procurados ejecutan determinados actos procesal en nombre de la parte procesal, en cambio los abogados dirigen la actividad procesal de las partes, son sus conductores, son los expertos en Derecho que dicen a la parte lo que deban hacer, no son empleados del inculpado, son los directores del asunto penal que el inculpado les ha confiado; mal abogado será aquel que hace lo que su cliente le dice o le que cliente quiere, mas vale dejar el asunto por que por que si va ser lo que el cliente le dice o quiere, dejémosle al cliente que lo haga personalmente.

¹⁴ SILVA, Op. Cit. p. 121.

Algunos autores afirman que el abogado, asistente del procesado, director del asunto penal, debe ser imparcial, no obstante otros estiman que por el hecho de asistir a una parte procesal debe ser parcial. Al respecto Don Eduardo Herrera Lasso y Gutiérrez¹⁵ nos dice que junto con el acusado forma el defensor una parte y es por ello, parcial. Ambos se unen en un mismo fin: lograr una sentencia absolutoria o una pena tan reducida como sea posible, mediante el empleo adecuado que de la técnica pueda hacer el defensor. La parcialidad de este no es, pues, identificada plena con el cliente, si no actividad jurídica sistemática destinada a hacer prevalecer la credibilidad en los principios medios y operaciones de prueba sobre los de la acusación, o demostrar al menos la insuficiencia de estos últimos, dentro de los límites de objetividad y verdad que señala la Constitución.

Estimamos que con lo apuntado anteriormente respecto de la figura del inculpado es mas que suficiente para atender la situación que guarda este sujeto procesal, sin que sea necesario abundar en el , dado el tema que ocupa este trabajo.

7.- LA VICTIMA O EL OFENDIDO.

Podemos conceptualizar a la víctima o al ofendido¹⁶ desde el punto de vista doctrinario como ofendido por el delito al que resulta agraviado o perjudicado por el, esto es a quien sufre en su propia persona la lesión al bien jurídica, ya sea en su integridad física o en sus bienes tanto materiales como morales. Desde un punto de vista general resulta ofendido todo aquel que es receptor de una ofensa en sus bienes jurídicos, cualquiera que sea la

¹⁵ HERRERA, Lasso y Gutiérrez Eduardo, Garantías Constitucionales en Materia Penal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Talleres Gráficos de la Nación, México 1979, p.94

¹⁶ PAVON, Vasconcelos Francisco, Diccionario de Derecho Penal, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1999, pp. 729 y 730

naturaleza de estos, pues lo mismo es ofendido quien recibe una lesión o un daño en su integridad física como quien la recibe en su honor al ser objeto de una injuria o de un ultraje, o sufre un perjuicio económico.

Aun que ordinariamente ofendido y víctima se reúnen en una sola persona, no siempre el ofendido por un delito lo es la víctima; en el homicidio por ejemplo, la víctima del delito es quien sufre el resultado de la acción homicida, en tanto ofendidos resultan ser los familiares del occiso, por que ellos reciben el perjuicio moral, en algunos de los casos económicos que implica la muerte de la víctima.

Figura procesal que analizaremos con mayor detalle en el siguiente capítulo ya que es motivo del presente trabajo.

CAPITULO IV.

VICTIMA Y OFENDIDO EN LA JUSTICIA PENAL.

Para adentrarnos al concepto de la víctima y del ofendido en las diferentes épocas en las que se han tratado o más bien desarrollado estos temas, retomamos su tratamiento en las Legislaciones Penales y de Procedimientos Penales Federal y del Estado de Oaxaca.

En los textos que se consultaron para la elaboración de este trabajo, las referencias que se hacen a la víctima o al ofendido son prácticamente nulas, solo se concretan a menciones carentes de mayores explicaciones. Respecto de este tema se limitan a establecer que es el coadyuvante del Ministerio Público relegándolo a casi nada en el proceso penal, sin mayor función que la de presentar querrela en su caso, o la denuncia y afirmar que es el agraviado por el delito y que con tal carácter puede otorgar el perdón en los delitos de querrela necesaria y su actuación en el proceso penal es indirecta, pues si quiere intervenir debe hacerlo por medio o a través del Ministerio Público.

Conviene precisar, para los efectos de la comprensión del contenido de este capítulo, la terminología que se usa en la denominación que se le da a este sujeto procesal, tercero interesado en el trámite del proceso penal. Pensamos que el ofendido por el delito comprende tanto a la persona víctima directa del delito, como a quienes por muerte o incapacidad suya les suceden en sus derechos u ostentan su representación legal. Carlos Franco Sodi ¹ afirma que el concepto de ofendido por el delito, es más amplio que el de pasivo del mismo, pues mientras por éste, se entiende al titular del derecho violado, por ofendido se comprende a la persona que sufre el daño privado que

¹ Franco Sodi, Carlos.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, comentado.- Ed. Botas, México 1946.- Págs., 26 y 27.

el acto ilícito penal ocasiona, en la inteligencia de que este ofendido unas veces, las más, es el propio sujeto pasivo y otras veces puede ser un tercero.

Sin embargo, como algún autor afirma que es usual el término “ofendido” en el campo del Derecho de Procedimientos Penales y que debe diferenciarse del concepto “víctima del delito”, distinguiendo que el primero es la persona física que resiente directamente la lesión jurídica en aquellos aspectos tutelados por el derecho Penal, y que la segunda es aquel que por razones sentimentales o de dependencia económica con el ofendido resulta afectado con la ejecución del hecho ilícito, concluimos que debe considerarse como víctima del delito al titular del derecho violado, como lo estiman Alcalá Zamora y Levene ² y la mayoría de los juspenalistas, entre ellos concretamente Jiménez de Azúa ³; y ofendido por el delito, a las personas que por muerte o incapacidad de la víctima, le suceden en sus derechos u ostentan su representación legal.

Desde que el Estado asumió la facultad de castigar los delitos, prohibiendo la venganza privada, la posición de la víctima y del ofendido por el delito en el proceso penal ha sido cuestión muy debatida doctrinalmente y de muchas soluciones legislativas; en tales condiciones y para los efectos prácticos de este trabajo resulta un tanto irrelevante hacer referencias a las opiniones de los ilustres tratadistas que se han ocupado de esta materia, consecuentemente, consideramos mas importante, por razón de la finalidad de este trabajo, analizar el aspecto legal, la normatividad que ha regido la actividad de la víctima y del ofendido a través de las diversas legislaciones, tanto Federales como Estatales que se han dado en nuestro país y en nuestro Estado, es natural que nos sea prácticamente imposible analizar todas las

² Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Leven, Ricardo (hijo).- Derecho Procesal Penal.- Ed. Guillermo Frajt LTDA, Tomo II, pag. 25.

³ Jiménez de Azúa, Luis.- La Llamada Victimología.- En “Estudios de Derecho Penal y Criminología”, Órgano del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.- Ed., Bibliográfica Omega, 1961, tomo I, pp., 19 a 41.

legislaciones o todas las normas que al respecto se han elaborado, pues la imposibilidad surge de la carencia de fuentes materiales a las cuales debería recurrirse, no obstante con la ayuda de textos que sobre este particular se han escrito, y en algunos casos recurriendo a esas fuentes, que son las pocas, procederemos a tal estudio, primero en lo concerniente a la legislación Federal y del Distrito Federal y posteriormente a la del Estado, pues como se vera y como casi siempre ha sido, las legislaciones de los Estado, y el nuestro no fue o es, excepción, siguen casi textualmente a las legislaciones Federales.

Para el análisis a que nos referimos en el párrafo anterior recurriremos a la docta opinión del Maestro Don Miguel Jiménez Garay ⁴ ilustre jurista Oaxaqueño, vertida en una pequeña pero interesantísima obra, escrita con motivo de un Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la Ciudad de Oaxaca en el año de 1967, auspiciado por la entonces Escuela de Derecho y Ciencias Sociales, hoy facultad, de la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, hoy autónoma, Congreso en el que el citado jurista participó con una ponencia denominada “El Coadyuvante del Ministerio Público en el Proceso Penal”; consideramos pertinente hacer la transcripción fiel del trabajo del Maestro Jiménez Garay, en la parte a que se refiere al estudio de la víctima y del ofendido vistos a la luz de las legislaciones procesales Federal, del Distrito Federal y del Estado, por que creemos que en nuestro medio difícilmente podemos encontrar ese análisis debidamente conjuntado, es decir, el análisis comparativo de esas legislaciones; pudiera ser que existiera, pero separadamente; de ahí la importancia que para nosotros y para este trabajo recepcional tiene el estudio del Maestro Jiménez Garay; dice así:

⁴ Jiménez Garay, Miguel.- Obra Citada, pp., 901 a 974.

1 Código Penal de 1871

Del examen de este Código, en cuanto al tema que nos ocupa, encontramos lo siguiente:

- a) En la exposición de motivos redactada por Martínez de Castro tocante al tema de la responsabilidad civil en materia criminal, leemos su preocupación por que se cumpla con esa obligación, ya que es de estricta justicia y conveniencia pública, pues contribuye a la represión de los delitos; que como observa Bentham, “el mal no reparado es un verdadero triunfo para el que lo causo”, y se evitara que quede sin cumplimiento esta obligación, al disponerse la aplicación que debe darse a lo que produzca el trabajo de los presos; pues además de que buena parte de ese producto esta destinada para el pago de la responsabilidad civil, sea de formar otro fondo para cubrirla en los casos de que el responsable sea el Erario por los delitos de los empleados públicos; que resolvieron legislar sobre ella en el Código Penal, por que en este van unidas las reglas sobre responsabilidad criminal con las de la civil, que es una consecuencia de aquella y los delincuentes sabrán todo aquello a que se exponen por sus delitos; que se creyó conveniente considerar sujeto de responsabilidad civil a los enajenados y menores, por un principio de justicia pero de tal manera que no quede en la ruina a virtud del pago de reparación; que se estima la responsabilidad civil en materia criminal como una verdadera deuda y como puramente civil la acción para exigirla; que como un delito produce la acción civil y criminal, el ofendido no esta obligado a deducir las dos, si no la que mas le convenga, lo que se hará mas perceptible cuando se establezca el Ministerio Público, pues entonces no pudiendo el ofendido deducir la acción criminal, puede deducir la civil ante el mismo Juez y en el

mismo juicio, o ante diverso Juez, suspendiéndose el curso de su demanda civil hasta que termine el proceso criminal.

La materia constituye el Libro Segundo del Código, compuesto de seis capítulos, del artículo 301 al artículo 367, resultando interesante; la prescripción de que esa responsabilidad solo podía declararse a instancia de parte legítima, así como las disposiciones relativas a terceros por responsabilidad objetiva.

- b) Se reconocen delitos de querrela necesaria, como en los casos: 1) de coparticipación en el robo entre cónyuges y descendientes. Artículo 374; 2) el robo entre suegros, yernos y nueras, entre padrastros e hijastros, entre hermanos. Artículo 375; 3) injurias, difamación y calumnia. Artículo 658; 4) Rapto. Artículo 814; 5) Adulterio. Artículo 820; y 6) matrimonio nulo por causa anterior a su celebración. Artículo 836. Así mismo se reconoce que el perdón o consentimiento del ofendido extingue la acción penal. Artículo del 258 al 261.

- c) Como no existía la Institución del Ministerio Público. Por haber rechazado el Constituyente de 1857, el artículo 27 del proyecto de Constitución que lo establecía, hasta la reforma del artículo 96 del año de 1900 en que se establece constitucionalmente en el artículo 1º de la Ley Transitoria del Código se dispone, que en los procesos se admitirá a las partes como coadyuvantes del Ministerio Fiscal, el cual seguirá llevando la voz ante los jurados en las causas del fuero común y ante los Jueces de Distrito en las de la competencia de la Federación. En realidad la víctima u ofendido se considera verdadera parte en el procedimiento penal, pues puede deducir la acción penal.

2 Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1880 y 1894.

Hasta el año de 1880, se expide el primer Código de Procedimientos para el Distrito Federal, o sea a los ocho años de estar vigente la Ley Sustantiva.

Según la exposición de motivos del Código de 1880, suscrita por el Licenciado Mariscal, Ministro de Justicia, así como del examen del Código de 1849, ya que este no hizo sino reproducir la mayor parte de aquel, con excepción de todo lo relativo al jurado, que motivo su previa reforma de 1891, después refundidas en el nuevo Código, la posición y los derechos procesales del ofendido se perfilan como sigue:

- a) Se reconoce que la acción penal corresponde a la sociedad y debe ser ejercitada por el Ministerio Público. Artículos 2º y 3º.
- b) La acción civil proveniente del delito, para los efectos del pago de la responsabilidad civil (tanto del inculpado como de terceros obligados), se ejercita por la víctima u ofendido, artículos 3º, 361 a 377.
- c) Se reconoce la Institución de la querrela como condición de procedibilidad del ejercicio de la acción penal, para determinados delitos; así como la extinción de la responsabilidad penal por el perdón del querellante. Artículos del 52 al 58.
- d) Se reconoce al querellante el carácter de coadyuvante en el proceso, pues se le faculta para presentar pruebas relativas a la comprobación del cuerpo del delito y de la responsabilidad del culpable, y para apelar la resolución del Juez en que le deniegue aquellas o declare

que no hay delito que perseguir; subordinados estos derechos a la presentación en forma de la demanda sobre responsabilidad civil. Artículo 67.

- e) Se reconoce al querellante y a la parte civil la facultad de presentar pruebas al Juez, conducentes al objeto de la instrucción. Artículo 75.
- f) Se dispone que en todos los casos en que el Código conceda el recurso de apelación, pueda la parte civil interponer este recurso, con excepción del auto en que se conceda o niegue la libertad caucional. Artículos 445 y 478.

3 Código Federal de Procedimientos Penales de 1908.

No obstante que la Ley Sustantiva Federal estaba en vigor desde el año de 1871, no fue si no hasta el año de 1908, cuando el Presidente de la República expidió el Código Federal de Procedimientos Penales, que comenzaría a regir el 5 de febrero de 1909, según su primer artículo transitorio. Esta anomalía hace escribir en el año de 1903 a Rovirosa Andrade, estos párrafos: “sería demasiado ambicionar, pretender que hasta estas fechas la ciencia penal en México hubiese encarnado los principios novísimos de la escuela positiva; mas no se comprende, a pesar de todo, como el legislador no ha resuelto votar un Código Federal, siquiera inspirado en las doctrinas que sirven de fundamento a los del fuero común, que viniese a sustituir ese párrafo de Leyes Españolas que procedieron a nuestra emancipación política de aquel Reino y las promulgadas posteriormente, que andan aun dispersas, tan plagadas de inconcebibles dislates, y por ende, inadecuadas a la vida contemporánea, de suyo exigente en la concesión de la justicia.

Acaso ello depende del poco interés que hubo de despertar el escaso número de hechos que hasta no hace mucho tiempo se ha reconocido de la competencia que los Tribunales Federales; pero el proceso material y económico de México, iniciado hace un cuarto de siglo, ha traído consigo un gran acopio de disposiciones legislativas, encaminadas a garantizar la vida nacional en todo aquello que pertenece o se ha querido que pertenezca al Poder Judicial de la Federación, movimiento progresista que justifica y exige imperiosamente el que ya se hubiere entregado esa legislación al pasado con más derecho para conservarla, como su propia obra, que nosotros para servirnos de ella.

Se comprenderá, estando mi espíritu batido por los vientos de las ideas novísimas, y animado de los más nobles anhelos de progreso, la lucha tan grande que habrá sostenido durante el tiempo que he necesitado para arreglar esta colección de Leyes, las que no obstante sus deficiencias e imperfecciones, rigen en el Fuero Federal.

Así pues, hasta el año de 1908 en el Fuero Federal, aun estaban vigentes para el procedimiento, las siete partidas, la Novísima Recopilación y las disposiciones que durante nuestra vida independiente se había considerado promulgar, todo ello sin orden ni concierto.

En ese Código, la víctima y el ofendido por el delito se perfila en el proceso, en términos análogos a los previstos por el Código de Procedimientos para el Distrito y territorios Federales de 1894:

- a) Se reconoce la dualidad de acciones: la penal y la civil, correspondiendo al ejercicio de la primera al Ministerio Público y de la segunda al ofendido. Artículos 16, 17, 18, 37 a 378.

- b) También se reconoce la querrela como condición de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, tratándose de los delitos contra la reputación, atentados al pudor, estupro, violación, raptó y adulterio, y el perdón del querellante extingue la acción penal en esos mismos casos. Artículos 83 y 90.

- c) Admite que el querellante o parte civil puede promover ante el Juez las diligencias que estime pertinentes, las que este ordenará practicar si las estima conducentes. Artículo 101; sin embargo, no contiene ninguna disposición similar a la del artículo 67 del Código del Distrito y que glosamos en el inciso d) del número anterior.

- d) Se reconoce a la parte civil el derecho a apelar en todos los casos en que proceda ese recurso, con la única limitación también contenida en el Código del Distrito. Artículo 395.

4 Códigos Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca de 1888.

En el año de 1878 se adoptó como Código Penal para el Estado, el de Martínez de Castro de 1871, pero debido a las dificultades prácticas presentadas en su aplicación, movió al Ejecutivo al Ejecutivo promover la reforma penal consiguiente.

La comisión entregó su proyecto al 30 de abril de 1888, que sería Ley a partir del 18 de julio de ese mismo año. En lo general este Código reproduce el articulado de su antecesor y por ende el del Distrito de 1871, con algunas diferencias en la redacción de algunos artículos, ciertos cambios en lo dispuesto para el sistema penal, y variación en la penalidad decretada para

algunos delitos, así como la segregación de todo aquello de la competencia de los Tribunales de la Federación, según se declara en la exposición de motivos que le antecede, formulada por D. Luis B. Santaella.

En consecuencia, lo expuesto respecto al Código Penal de 1871 en el tema que nos interesa, vale por lo reglamentado por el Código Estatal de 1888.

Si nuestro Código Penal es ejemplo de una buena legislación para el tiempo de su vigor, no podemos decir lo mismo del Código de Procedimientos del mismo año. Hasta donde sabemos, anteriormente a él había otro Código Procesal, cuya fecha de expedición y texto desconocemos, por lo que pedimos disculpas por no poder referirnos a este.

Del Código procesal de 1888 podemos afirmar, que no obstante ser conocida de la comisión redactora la Institución del Ministerio Público, pálidamente declara que no la acoge el Código, por que su actuación no se reduce a las causas criminales únicamente y además su implantación reportaría la erogación de no menos de veinticuatro mil pesos anuales para el erario Estatal adoptando por tanto eminentemente para el enjuiciamiento del sistema inquisitorial.

Como líneas directrices del Código en relación a nuestro tema tenemos:

- a) La doble acción, penal y civil, con motivo de la ejecución de los delitos. Artículo 3.

- b) La acción penal como acción popular, para lograr el castigo del delincuente, con excepción de los delitos privados, en que únicamente podía acusar la parte ofendida. Artículos 3, 30, 57, 58, 59, 60 y 61.

- c) La oficiosidad para la iniciación del procedimiento, por la policía judicial, entre las que estaban incluidos los Jueces, a quienes preferentemente se encomienda la persecución y averiguación de los delitos. Artículos 2, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 27 y 28.
- d) Se reconoce la institución de la querrela para proceder por los delitos privados, así como la cesación de la acción penal por el perdón del ofendido. Artículos 27, 28, 30, 46, 49, 54, 65, 66, 67 y 434.
- e) La acción civil deducida únicamente por el ofendido para pago de la responsabilidad civil. Artículos 3, 8, 44, 51, 306, 307, 308 y 309.
- f) Posibilidad a la parte civil para presentar pruebas referentes al delito y a los daños que le haya causado; pero no será parte en los incidentes de prisión o soltura del reo, ni en los de libertad bajo fianza, donde únicamente interviene para asegurar su reclamación. Artículos 52 y 280.

5 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal de 1929 y Código de organización, competencia y procedimiento en materia penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.

No obstante que los autores del Código Penal de 1871 pensaban que deba de ser de poca vida, entre tanto se formulaba un Código perfecto, estuvo en vigor hasta el año de 1929, en que entro a regir el expedido por Don Emilio Portes Gil, quien encomendó su redacción al Licenciado José Almaraz quien tomo clases del Maestro de Berlín Franz Von Liszt y tuvo ocasión de nutrirse en

las corrientes Italianas positivas de Ferri y Garofalo por lo que el Código pretendió fundarse en la escuela positiva, pero como nos enseña Carranca y Trujillo, esto no paso de ser mero deseo, que no tuvo fiel traducción en el articulado del Código, que fundamentalmente modifico el sistema anterior de 1871.

Por la experiencia aportada en la Legislación de 1871 tocante a la reparación del daño, en que la mayoría de las veces quedaban insatisfechos, los autores de 1929 resolvieron que la reparación de daño que debe ser hecha por el delincuente debía ser exigida de oficio por el Ministerio Público por considerársele pena, pero los herederos del ofendido o este, podrían por si o por apoderado, ejercitar las acciones correspondientes, cesando en este caso la obligación que al Ministerio Publico impone la Ley, aunque no su intervención.

Por su parte el articulo 567 de la Ley de Procedimientos expresa que la parte que tuviere derecho a la reparación del daño, tendrá el carácter de tercer coadyuvante.

Nos parece incongruente lo anterior, pues si la ley sustantiva le da al ofendido el carácter de parte, para la reclamación del daño, cuando se apersona en el procedimiento, la ley adjetiva lo considera únicamente coadyuvante, esto es, que contribuye o ayuda pero que no es parte. Entendemos que lo que quiso decir el legislador de la ley adjetiva, en su artículo 567, es que el ofendido se convierte en coautor, por lo que a esa acción se le llamo acción mixta.

En cuanto a su procedimiento, inmediatamente después de dictado el auto de formal prisión, debía tramitarse la acción de reparación del daño, en forma incidental; correrle traslado de la demanda al procesado; termino de prueba si alguna de las partes lo solicitaba y citación para resolución, la que

debía dictarse al mismo tiempo que la sentencia penal; debiendo condenarse al pago de esa reparación según tablas fijas mencionadas en la ley.

La crítica a este sistema la reservamos para el número siguiente donde nos referiremos al Código Penal de 1931, por estimar que este ordenamiento substancialmente siguió al anterior con la única modalidad de prohibir su intervención al ofendido cuando se reclama del inculpado la reparación del daño.

6 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y para toda la República en materia de fuero Federal de 1931.

En este Código se establece, que la reparación del daño que debe hacer el delincuente tiene el carácter de “pena pública”, por formar parte de la sanción pecuniaria, por lo que deberá exigirse de oficio por el Ministerio Público a través de la acción penal; y solo cuando esa reparación se exija a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitara en forma incidental, debiendo deducirla el ofendido. Artículo 29.

Las razones que para ello tuvo la Comisión, nos la expone Ceniceros, quien forma parte de la de la Comisión redactora, en estos términos: “la Comisión que revisa ese Código (el de 1929), considero que era lógico dejar la acción de responsabilidad civil proveniente de delito, o como privada exclusivamente, o como pública, de un modo claro y definido. Se decidió por lo último, con la expectativa de lograr una efectiva reparación del daño, aunque sea parcialmente.

La responsabilidad civil exigible por acción privada, tuvo estos dos serios escollos: la incurria del ofendido para exigirla, muchas veces aun con sentimiento contrario a ella, y la insolvencia real o simulada del delincuente.

La reparación del daño mediante acción pública, tendrá el mismo obstáculo de la insolvencia del delincuente. Esto se procurara evitarlo mediante un procedimiento adecuado, análogo al que se emplea para hacer efectivas las multas. A la parte ofendida se le darán toda clase de facilidades para ofrecer pruebas al Ministerio Público.

En primer lugar, criticamos las palabras empleadas por el legislador, en llamar pena pública a la reparación del daño, pues pensamos que bastaba con el sustantivo suprimiendo el adjetivo, que le da el carácter pleonástico.

En segundo lugar, pensamos que los redactores del Código se contradicen, pues no obstante que en su artículo 29 declaran que la reparación del daño tiene el carácter de “pena” y con el énfasis (por si alguien lo pusiera en tela de juicio) agregan “pública”, en el artículo 91 disponen que la muerte del delincuente extingue la acción penal y las sanciones con excepción de la reparación del daño, y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean afecto u objeto de el; lo que nos lleva a estas preguntas: ¿La reparación del daño es pena o no lo es?, ¿Si es pena, como muerto el delincuente, no se extingue la obligación de reparar el daño?, ¿Subsistiendo la pena, muerto el delincuente, no es darle carácter trascendental a la misma, prohibido por el artículo 22 Constitucional?.

González de la Vega, comentarista de nuestro Código, argumenta: “. . . por considerarse que desde el momento mismo de la comisión del delito, el patrimonio personal de sus autores se disminuye por la deuda exdelito, quedando solo pendiente la declaración y liquidación judicial de su importe. Los herederos del delincuente muerto, reciben el caudal hereditario mermado por el crédito de los ofendidos. En este supuesto, no puede considerarse a la reparación como una pena trascendental, prohibida por el artículo 22

Constitucional, por que la sanción no se aplica a los herederos: ellos pagan deuda del de **cujus**.

Carranca y Trujillo otro de los comentaristas, nos dice: “la reparación del daño, por constituir una deuda hereditaria, grava el haber del **cujus** al pasar a sus sucesores”.

Los mismos argumentos definistas de González de la Vega y Carranca y Trujillo, nos hacen ver que la reparación del daño tiene un carácter eminentemente civil, contrapuesto a que se le considere como pena, pues se reconoce que el haber del **cujus**, al acaecer la muerte, ya estaba disminuido por el crédito de los ofendidos; es una sanción (civil) que se dirige no contra la persona del delincuente si no contra su patrimonio, esto es, se trata de una afectación patrimonial establecida a favor del ofendido, a quien interesa primordialmente; criterio que se robustece si tenemos en cuenta lo expuesto ya en relación a las acciones que nacen del delito.

Por el contrario, si la reparación del daño, por la voluntad del legislador es lisa y llanamente una pena, la muerte del inculgado debe extinguirla, toda vez que estas tienen carácter estrictamente personal, por no poder pasar a otras personas, lo que las haría trascendentales, que categóricamente prohíbe el artículo 22 Constitucional sin distinciones.

En tercer lugar, el motivo que tuvo en cuenta el legislador para prescribir lo anterior, o sea la efectividad de la reparación, tampoco se ha logrado. Los tribunales en la mayoría de los casos tienen que absolver a los inculgados por el pago de esa reparación, como se comprueba con las estadísticas y les consta a los que tienen conocimiento y contacto con la administración de justicia.

Por ultimo, pesamos que con el anterior sistema hemos vuelto al pasado, en que confundían pena y reparación del daño.

Bien está que el legislador preocupe la efectividad de la reparación, pero no estamos de acuerdo que para ello tenga que alterar la naturaleza misma de la obligación; la reparación del daño debe quedar nuevamente como responsabilidad civil y su acción corresponder al ofendido.

Si acaso, el Ministerio Público debe intervenir para reclamar esa reparación, cuando no lo haga el particular, como substituto procesal del ofendido a la manera como lo postulan Olea y Leyva y Juventino V. Castro, aunque a este respecto tenemos nuestras dudas, por que entonces se incurriría en el exceso de la doble sanción y el estado resultaría económicamente beneficiado por la comisión de los delitos.

7 Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1931.

En ese Código la posición y los derechos procesales del ofendido lo elevan a categoría de coadyuvante del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal.

La víctima u ofendido pueden denunciar el delito, y respecto de los privados querellarse; impidiendo la formulación de la querrela el ejercicio de la acción penal (condición de procedibilidad). Artículo 262.

También puede poner a disposición del Ministerio Público y del Juez instructor todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño. Artículo 9.

De esta disposición se establece que directamente puede promover ante el órgano jurisdiccional para ofrecer pruebas, para acreditar la responsabilidad del acusado y la reparación del daño, que esta considerada como pena, por lo

que coadyuva en la acción penal, para el logro del fin inmediato del proceso. Es inexacto que el ofendido no sea nadie en el proceso, esta actividad hace considerarlo sujeto procesal a Carlos Franco Sodi de donde afirma que es ilegal negarle informes y esconderle expedientes, ya que para ofrecer pruebas es lógico que debe enterarse de los autos.

En cuanto a sus demás derechos en el proceso tenemos:

- a) El ser restituido por el juzgador en el goce de sus derechos plenamente justificados. Artículo 28.
- b) Pedir el embargo precautorio de bienes del responsable civil. Artículo 35.
- c) Comparecer por si o por representante en la audiencia y alegar en ella en las mismas condiciones que los defensores. Artículos 70, 360 y 379.
- d) Ser notificado de las resoluciones apelables, frente a las que esta legitimado para apelar en cuanto a la acción reparadora. Artículo 80 y 417.
- e) Pedir la acumulación de procesos. Artículo 187.
- f) Provocar la revocación de la libertad caucional del reo, cuando este le amenace. Artículo 568.
- g) Es actor (parte) en la reclamación de la responsabilidad civil exigible a terceros. Artículo 533.

8 Código Federal de Procedimientos Penales de 1934.

Este Código minimiza la actuación de la víctima u el ofendido en el proceso, pues no lo considera propiamente coadyuvante ya que en el artículo 141 declara terminantemente que no es parte en el procedimiento penal, pudiendo proporcionar al Ministerio Público por sí o por apoderado los datos que tenga y que conduzcan a comprobar la existencia del delito, la responsabilidad del inculpado, la procedencia y monto de la reparación del daño, para que si lo estima pertinente, en ejercicio de la acción penal los ministre a los tribunales.

Considera como derechos de la víctima u ofendido:

- a) La obligación de denunciar los delitos y facultad de querellarse por los privados, imposibilitando la presentación de esta la acción penal. Artículos 113, 114 y 116.
- b) El ser restituido por el juzgador en el goce de sus derechos. Artículo 38.
- c) Presentar instancia al Ministerio Público para que este lo solicite al Juez, para el embargo precautorio de bienes del inculpado. Artículo 149.
- d) Provocar la revocación de la libertad caucional del inculpado, cuando este lo amenace. Artículo 412.
- e) Es actor (parte) en la reclamación de la responsabilidad civil exigible a terceros. Artículo 489.

9 Código Penal para el Estado de Oaxaca de 1935 y Código Penal para el Estado de Oaxaca de 1944.

Estos ordenamientos, siguen los lineamientos del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931, reglamentando la reparación del daño en idéntica forma que este, por lo que nos remitimos a lo antes expuesto.

10 Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca de 1935 y Código de Procedimientos Penales del Estado Libre y Soberano de Oaxaca de 1944.

Estos Códigos casi copian literalmente al Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales de 1931 y al Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 respectivamente. Aun cuando hay opinión contraria, pensamos que el Código Federal mejora sensiblemente la materia procesal al Código Distrital; desde luego desde un punto de vista comparativo entre ambas legislaciones, lo que no excluye la posibilidad de su mejoramiento.

11 Panorama Legislativo Procesal vigente de la República.

Como nos da puntual cuenta el Maestro Alcalá Zamora el panorama legislativo procesal penal vigente en el resto de la República se reduce a las siguientes familias de Códigos:

11.1.- FAMILIAS PURAS

- a) Seguidores del Código del Distrito de 1931. Nayarit (adoptado), Baja California, (adoptado), Querétaro, Nuevo León, Guerrero, Chiapas, Coahuila, Durango y Colima.

- b) Seguidores del Código Federal de 1934. Además de Oaxaca, Zacatecas, Sinaloa, San Luis Potosí, Morelos, Veracruz, Tabasco, Sonora, Aguascalientes, Guanajuato, México, Tamaulipas, Tlaxcala y Baja California (derogado).
- c) Código de Jalisco.
- d) Código de Michoacán.
- e) Código de Yucatán y Puebla.

11.2 FAMILIA MESTIZA

Combinación del Código Federal y Distrital. Chihuahua (con mas del primero que del segundo) y Campeche (equilibrado).

Como se podrá ver de lo antes apuntado, la víctima o el ofendido, desde los tiempos de Martínez de Castro, con el Código de 1871, época de Juárez, ha tenido derechos procesales que codificaciones posteriores le han quitado; aparentemente las legislaciones actuales, con sus reformas, tratan de restituir a este sujeto procesal esos derechos; sin embargo solo se le han dado migajas; es preciso que se les den todos los derechos que derivan de su calidad de ciudadanos lesionados en sus personas o en sus intereses patrimoniales. A este tema nos referiremos en los siguientes párrafos.

12 DERECHOS DE LA VÍCTIMA O DEL OFENDIDO.

Como hemos señalado en el anteriormente, la víctima o el ofendido desde las primeras codificaciones serias que se originaron el país han tenido, se les han reconocido y se les han respetado derechos procesales que tienen por el solo hecho de ser la persona o las personas que sufren en su integridad, en su vida, en su patrimonio, lesiones, agravios, y daños en general; sin embargo esos derechos, al paso del tiempo se les fueron negando, pasándolos, en cuanto a su ejercicio a la Institución Ministerial.

Hemos visto también que esta Institución Ministerial, por pereza, falta de atención, falta de interés, etcétera, no ejerce esos derechos o los ejerce inadecuadamente con el consiguiente perjuicio procesal para la víctima o el ofendido con el delito. Hemos visto también como a través de la historia de la codificación penal mexicana, estos sujetos procesales, la víctima o el ofendido, pasan a ser un mero adorno del proceso, dejando de ser uno de los principales protagonistas del drama penal que solo le dan su material, pero no intervienen en el desarrollo del proceso penal, ejerciendo los derechos procesales que derivan de su calidad de víctima o de ofendido.

En este capítulo haremos una relación de los derechos de la víctima o el ofendido, agrupándolos en etapas anteriores al proceso, durante el proceso y con posterioridad al proceso, en la inteligencia de que aun cuando hablamos únicamente de derechos procesales, no estaría mal que también se tomara en cuenta aquellos derechos que se encuentran en las etapas previa y posterior al proceso.

12.1 DERECHOS PRE-PROCESALES.

La legislación mexicana considera que antes de que se inicie el proceso penal la víctima o el ofendido por el delito tiene derechos, si bien no son de naturaleza estrictamente procesal, si tienen íntima relación con el proceso. Tales prerrogativas son: La querrela y el consentimiento justificante.

La querrela es una autorización, un permiso, una licencia que da el ofendido o la víctima al Ministerio Público para que éste pueda investigar el hecho presumiblemente delictuoso que se ha cometido en su perjuicio. En la querrela se manifiesta la voluntad de la víctima o el ofendido para que se investigue sobre ese hecho.

Esta institución se produce en la etapa humanitaria del derecho penal y del proceso penal, en la que se admite sin rubor alguno que la voluntad de los particulares no solo se podía, si no que debía influir en los procedimientos penales. Se esgrimió como otra razón, aparte de la meramente humanitaria, el hecho de que existen delitos, como el estupro, el abuso de confianza, el robo entre cónyuges, etcétera. Que pueden causar un mal menor al ofendido o a la víctima, que el mal que les pudiera causar el escándalo procesal en que se ven inmersos, pues debido a la publicidad del proceso penal y a la publicitación que de este proceso hacen los medios de comunicación se les perjudica severamente en su buena fama, en su honor, etcétera., por estas razones se da al particular el derecho de presentar la querrela y con ello el permiso para que se proceda a la investigación del delito.

Independientemente de lo anterior, la querrela es también un requisito de procedibilidad a la investigación, de manera que si este requisito no está satisfecho, todo lo actuado carece de valor jurídico.

Consecuentemente es bien claro que la víctima o el ofendido cuenta con un derecho pre-procesal consistente en la facultad de decidir si es o no su voluntad que se inicie un proceso penal en contra de quien cometa un delito perseguible por querrela de parte. Esta facultad no se agota en el momento en que se manifiesta la querrela, si no que persiste durante toda la continuación del procedimiento, y aun después de concluido, la víctima puede otorgar el perdón y con ello provocar, sin requisito adicional alguno, la extinción de la acción penal o de la sanción, por ello decimos que esta institución no obstante ser pre-procesal tiene íntima relación con el proceso.

El consentimiento justificante es una causa de exclusión del delito novedosa en la legislación mexicana, pues fue en 1994 que se incluyó en el Código Penal Federal. En ciertos casos, cuando el delincuente actúa con el consentimiento válido y unívoco de la víctima o del ofendido con el delito, se trata de bienes jurídicos disponibles, la conducta ilícita queda justificada de origen y el delito excluido.

Si la víctima puede decidir entre consentir o no el acto delictivo, debe concluirse que dicho consentimiento es un derecho legítimo de la víctima o el ofendido, y tal facultad tiene un consentimiento procesal, puesto que el Ministerio Público, desde las primeras diligencias que practique en la investigación del delito, debe declarar extinguida la conducta ilícita ante la evidencia del consentimiento justificante de la víctima o del ofendido por el delito. Por ello, a pesar de que se trata de una facultad eminentemente sustantiva, de derecho penal, impacta el proceso, y por esta razón está íntimamente relacionado con el proceso, no obstante su existencia pre-procesal.

12.2 DERECHOS PROCESALES.

Los derechos a que nos vamos a referir los tiene la víctima o el ofendido desde la averiguación previa hasta antes del momento en que el juzgador dicta sentencia de agotada la instancia; estos derechos son:

Recibir asesoría jurídica; satisfacerle la reparación del daño cuando proceda; coadyuvar con el Ministerio Público; que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera; a que se le garantice en forma suficiente y plena el monto estimado de la reparación del daño, según lo dispone el artículo 20 de la Constitución General de la República, fracciones I, párrafo segundo y último párrafo.

Estos derechos consagrados en la Constitución General de la República se reflejan también en las leyes ordinarias, Códigos de Procedimientos Penales, pero en estas legislaciones secundarias se prevén otros más y no por el hecho de no aparecer en el texto constitucional dejan de ser vigentes, debiendo ser respetados.

La víctima o el ofendido tienen derecho a poner a disposición del Ministerio Público y del juzgador los datos así como las pruebas concernientes a justificar la existencia del cuerpo del delito, de la probable y plena responsabilidad de la reparación del daño, de manera directa ante el Juez, sin intervención del Ministerio Público.

Tiene derecho al acceso a las actuaciones de la averiguación previa y al sumario del proceso, sin la intervención del Ministerio Público, en su caso.

A ser restituido en sus derechos que estén plenamente justificados y al efecto de disponer de todas las providencias que resulten necesarias. Este

derecho deben hacerlo valer ante el Juez y siempre que estén comprobados los elementos que integran el tipo penal.

Tienen derecho a que se embarguen los bienes del inculpado precautoriamente, cuando haya temor fundado de que el inculpado oculte o enajena los bienes de su propiedad en que deba hacerse efectiva la reparación del daño.

A comparecer en las audiencias que se realicen dentro del proceso y a alegar lo que a sus intereses convenga en las mismas condiciones que los defensores.

A usar de los medios de impugnación y a intentar el juicio de amparo, en forma restringida, cuando el Ministerio Público se abstenga de consignar y cuando la sentencia de segunda instancia le sea adversa; el primero de estos derechos, la impugnación se reduce únicamente a la materia de reparación del daño; el derecho a intentar al juicio de amparo por abstención del ejercicio de la acción penal no está previsto en las leyes ordinarias, pero se advierte del contenido del artículo 21 de la Constitución General de la República; y por lo que se refiere a la promoción del juicio de amparo cuando la sentencia de segunda instancia le es adversa, no está comprendido en la Constitución del País ni en las leyes ordinarias, pero es incuestionable que ese derecho le asiste, como lo explicaremos oportunamente.

Tiene derecho a que se le nombre traductores e intérpretes cuando no hable o entienda suficientemente el idioma castellano.

Tiene derecho a promover la acumulación de procesos en los casos de delitos conexos, de los que se sigan contra los copartícipes de un mismo delito, en averiguación de un mismo delito aunque contra personas distintas o en averiguación de diversos delitos contra una misma persona.

12.3 DERECHOS POST-PROCESALES.

Estos son los derechos que tiene la víctima o el ofendido después de que se ha dictado la sentencia condenatoria y que la misma ha causado ejecutoria. Concretamente nos referimos a un solo derecho, la reparación del daño, si es que no ha sido satisfecha con anterioridad o se ha dado por pagado de esta.

Si analizamos las leyes ordinarias procesales en materia penal en México, podemos advertir que la víctima o el ofendido no tiene garantizado el ejercicio de todos estos derechos.⁵

12.4 LOS DERECHOS DE LA VICTIMA O DEL OFENDIDO EN NUESTRA LEGISLACION PENAL Y PROCESAL PENAL VIGENTE.

Haciendo una búsqueda en el Código Penal de Procedimientos Penales del Estado, podemos advertir que estas legislaciones dan al ofendido o a la víctima determinados derechos, que relacionaremos siguiendo la numeración progresiva de los artículos respectivos, con el objeto de hacer más fácil su localización, razón por la cual no los agruparemos en pre-procesales, procesales y post-procesales.

12.4.1 CODIGO PENAL DE OAXACA.

En el Código Penal vigente en el Estado encontramos únicamente los siguientes derechos: en el artículo 14, fracción III, el consentimiento justificante;

⁵ Nader Kuri, Jorge, Los Derechos Procesales de la Víctima en México, Criminalia, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIII, número 1, Editorial Porrúa S.A. México D. F. Enero-Febrero, 1997, pp., 104 y siguientes.

del artículo 27 a 36, el derecho a la reparación del daño; y, en el artículo 101 el de otorgar el perdón.

12.4.2 CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE OAXACA.

En el Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado, encontramos la mayoría de los derechos de la víctima o del ofendido y son los siguientes: en el artículo 2º, fracciones I y VIII, el derecho a la querrela o al ejercicio de la acción penal, respectivamente; en los artículos 5, 6, 9, 10 y 11, derecho a la querrela; en el artículo 15 el derecho a que se le proporcione auxilio y seguridad; en el artículo 40 derecho a ser reconocido exclusivamente por peritos y a dar su consentimiento para ello; artículos 60, 61 y 62 derecho a ser asistido médicamente; artículo 63 derecho al ejercicio de la acción penal; artículo 113 derecho a asesoría jurídica, a la reparación del daño, a coadyuvar con el Ministerio Público, a tener atención médica, a aportar directamente pruebas al Juez respecto del cuerpo del delito, de la reparación del daño, de la responsabilidad penal; artículo 135 derecho a tener acceso a la averiguación previa; artículos 146 y 147 derecho a tener traductores o interpretes; artículo 154 derecho a tener acceso al sumario, es decir, al proceso en general; artículos 194, 195 y 197 derecho a ser notificado; artículos 210 y 217 estar presente en las audiencias y alegar; artículo 223 derecho a que el Juez tome conocimiento de su persona; artículo 269, fracción I, derecho a la reparación del daño; artículo 318 derecho a pedir la acumulación de autos; artículo 325 derecho a apelar cuando se niega la acumulación; artículo 340 derecho a aportar pruebas relacionadas con la reparación del daño; artículo 416, segundo párrafo, derecho a interrogar directamente a los testigos; y, artículo 520 derecho a apelar únicamente tratándose de la reparación del daño.

Podríamos pensar que de acuerdo a la relación anterior, la víctima o el ofendido tienen todos los derechos, sin embargo, no es así, pues el ofendido o la víctima no tienen derecho a promover la recusación; a promover la

separación de autos, a promover incidentes no especificados, a pedir el embargo de bienes para asegurar la reparación del daño, a pedir cateos, a interponer la revocación, la queja y la apelación en materia diversa de la reparación del daño, a oponerse al otorgamiento de la libertad caucional en los supuestos previstos en la fracción I segunda parte del artículo 20 de la Constitución General de la República, a alegar en la audiencia de vista; a pedir la aclaración de sentencia; y otros más que se nos pudieran haber escapado y que consten en el Código de Procedimientos Penales del Estado.

Como se verá, lo anterior implica que el ofendido o la víctima no tienen garantizado en la Ley todos los derechos que derivan de su calidad de principal protagonista del drama penal y directo afectado por la comisión de un delito; como ha quedado claro por las razones antes expuestas.

La víctima o el ofendido no tiene entonces la seguridad jurídica que el Estado le ofrece a través del Ministerio Público, puesto que esta institución en muchos de los casos por falta de tiempo, por decidía, no está al tanto de todos los expedientes y de su seguimiento en el drama procesal, así es que la víctima o el ofendido podemos decir que queda en un estado de indefensión al no ser parte en el mismo.

PROBLEMÁTICA.

Hemos visto a lo largo de este trabajo recepcional que el derecho procesal es uno solo, único, que las modalidades derivan de las características o principios formativos propios del derecho material que se aplica; que el proceso esencialmente es una relación jurídica de naturaleza procesal, instrumental, que se establece entre los sujetos procesales, principalmente entre los principales que son: el Juez, el Ministerio Público y el Inculcado, incluyendo a los sujetos auxiliares de estos principales como son: el Secretario y el Ejecutor, el Secretario Ministerial y el Sindico, y el Defensor, respectivamente, y si en el proceso intervienen los sujetos secundarios o accesorios como son los terceros interesados, la víctima o el ofendido, o los terceros no interesados como son los testigos y los peritos, también entre ellos se da una relación jurídica procesal, los derechos y obligaciones procesales.

Igualmente establecimos que el proceso penal tiene como objeto principal, que va a ser su materia, cuestión de hecho que se debe dilucidar, los hechos delictuosos, es decir, el delito, que es también una relación jurídica pero no procesal, si no de derecho material, y un objeto accesorio, que es otra relación jurídica de derecho material, consistente en la reparación del daño; por cuanto hace a los fines del proceso establecimos que son generales, es decir, convienen a todo tipo de proceso, y que son mediato o remoto, que consiste en el resarcimiento del orden jurídico trastocado con la comisión del delito, y próximo o inmediato que consiste en la aplicación de la ley al caso concreto y específicos, es decir propios del proceso penal, exclusivos de él, y que son la consecución de la verdad material e histórica y determinar la personalidad del inculcado; establecimos de manera somera la intervención en el proceso penal del órgano juzgador y del órgano acusador, así como del inculcado. En todo este trayecto se advierte que desde el momento en que se comete un hecho presumiblemente delictuoso uno de los protagonistas, ineludible, infaltable, es la víctima o el ofendido por ese delito, sin embargo su intervención en el proceso es mínima, se le reduce a una mera coadyuvancia intrascendente.

Desde la creación de la primera legislación penal y procesal penal mexicana, 1871, con el Código de Martínez de Castro, se le dieron derechos procesales a la víctima o al ofendido, sin que ese otorgamiento de derechos fuera integral, pues solo se le daba algunos; posteriormente se le fueron restringiendo hasta llegar a las legislaciones modernas en las que prácticamente se le reducía a un mero adorno en el proceso sin que pudiera ser escuchado por el órgano juzgador y sin poder participar efectivamente y de manera directa en el proceso en la dilucidación de un asunto que le es propio, curiosa paradoja: es mi asunto pero no puedo tramitarlo yo, ni intervenir en su tramitación, si quiero hablar no se me escucha; y ¿por qué?, por que así lo dice la Ley.

A la fecha las reformas que se han dado a nuestro Código Penal y principalmente al de Procedimientos Penales, contienen numerosas normas que otorgan derechos al ofendido y a la víctima, como se ha visto en el capítulo anterior, lo cual, a mi juicio, es un plausible avance en la tutela de los intereses de la víctima o del ofendido, pues siempre, con base en normas constitucionales, federales, locales, y en la legislación ordinaria, se ha procurado dar derechos al inculcado, que llegan a situaciones que escandalizan a la sociedad, díganlo si no a las críticas a las Comisiones de Derechos Humanos tanto Estatales como Nacionales, que se han prodigado en defender, contra viento y marea a los inculcados, procesados y delincuentes declarados, contra ataques a sus derechos humanos, lo cual esta muy bien por que sea como sea son sujetos humanos, como cualquiera de nosotros, pero son contadas las acusaciones en que ayudan a las víctimas u ofendidos por el delito, que también son humanos. Como quiera que se les quiera ver, la víctima o el ofendido aparecen, como se dice coloquialmente, como el “patito feo” en el proceso penal.

Es una verdad incuestionable que a la víctima o al ofendido no se le garantiza, cabalmente, los derechos procesales que le asisten y que en comparación con los derechos que se le dan al inculcado se encuentra en una clara desventaja. Se dice y se ha dicho siempre que a la víctima o al ofendido en el proceso penal lo representa el Ministerio Público, que esta Institución se

constituye en su “defensor” y que actúa por el, sin embargo la historia ha demostrado que no es así, pues hasta las recientes reformas se ha concedido mayores derechos procesales a la víctima o al ofendido, pero sin llegar a lo ideal; ignoramos la razón pero la intuimos: la tradición legislativa de ignorar a la víctima o al ofendido considerándolo carente de pasión e interés para atender un asunto que además de el, le interesa a la sociedad, o bien, con demasiada pasión que obnubila su objetividad y lo hace excederse; inercias que producen temor de moverlas; miedo a la innovación jurídica.

A nuestro juicio, y con el objeto de tutelar integralmente los derechos de la víctima o del ofendido, la solución a este problema consistiría en otorgarle a la víctima o el ofendido el carácter de parte en el proceso penal, con esta concesión, con este reconocimiento u otorgamiento, se permitiría a la víctima u ofendido ejercer en el proceso penal todos los derechos que derivan de esta calidad de parte, podría recusar, pedir la separación de autos, promover incidentes no especificados, pedir embargos precautorios, cateos, promover o interponer los recursos de revocación, queja y apelación en materia distinta de reparación del daño, oponerse a la concesión de la libertad caucional del inculpado, alegar en la audiencia de vista, pedir aclaración de sentencia, todo aquello con la debida justificación, acreditando la necesidad de las medidas y apegándose al texto constitucional en el ejercicio de estos derechos y con las salvedades propias de naturaleza jurídica, resguardando la actividad que le es propia al Ministerio Público, atendiendo también a la naturaleza jurídica de esta Institución, principalmente tratándose del ejercicio de la acción penal y de la formulación de conclusiones, que darían como derechos exclusivos del Ministerio Público.

Se nos podría objetar que si se da el carácter o calidad de parte a la víctima o al ofendido se rompería la trilogía procesal; no admitiríamos esta objeción, pues esta va en función de instituciones, no de personas, una parte la integra la institución del órgano juzgador que puede ser unitario y colegiado, la otra parte la representa el Ministerio Público y en la cual se incorpora al ofendido o a la víctima, y la tercera parte se configura con la institución del sujeto acusado, formado por el o los inculpados y el o sus defensores.

Por ejemplo, fijémonos en el juicio de amparo, que esencialmente es un derecho procesal, en el cual las partes que intervienen son: el Juzgador Federal, el Ministerio Público Federal, las Autoridades Responsables, el quejoso y el o los terceros perjudicados; como vemos son vario los sujetos procesales y sin embargo no pensamos que con esta variedad de partes se rompa esa trilogía procesal, consecuentemente el argumento no es valido; se nos podría argumentar que las promociones podrían duplicarse, contestaríamos: y que importa eso, lo que abunda no hace daño, y en todo caso, el juzgador podría dar la misma respuesta o el mismo acuerdo a la promoción; bien pudieran ser las promociones contradictorias, esto se resuelve por parte del Juez, pues tendría que dar la razón a quien la tuviera, negándosela a la promoción contradictoria; si el Ministerio Público promueve en un sentido y la víctima o el ofendido promueve en otro, el Juez dirá cual es el sentido que prevalece; podría decirse que en los casos de los recursos habría duplicidad de agravios, eso nada tiene que ver, el Juez atendería a los dos, mas a un, cuando no hay agravios o estos son deficientes, el Juez penal tiene la obligación de suplir la deficiencia de la queja; la aportación de pruebas seria mas abundante, pues tanto la víctima o el ofendido como el Ministerio Público con su actividad probatoria harían el proceso mas abundante en material probatorio; es mas, nos atreveríamos a decir que se tutelaría mas eficazmente el derecho de la víctima a que se le haga cabal justicia, pues teniendo el carácter de parte podría tener el acceso al amparo directo cuando una resolución de segunda instancia favoreciera al inculpado, como es el caso de las sentencias absolutorias, en las que habiéndose dictado, al ofendido y a la víctima no le queda nada por hacer, pues el Ministerio Público, que si es parte en el proceso penal, esta impedido para demandar el amparo directo, por que esta Institución no tiene garantías individuales cuyo cumplimiento pudiera reclamar.

Como se podrá ver, es incuestionable que los derechos de la víctima o del ofendido se tutelarían de manera efectiva, eficaz, integralmente, si se le reconociera la calidad de parte; a nuestro muy modesto juicio nada lo impide; los beneficios para la víctima u ofendido, para el Ministerio Público, para el

Juzgador, incluso para el inculpado, y sobre todo para la misma sociedad, serian importantes.

La problemática, pues, se reduce a hacer ver que la víctima o el ofendido, en el proceso penal, no tienen garantizada la tutela de sus derechos; que se ha avanzado, pero no lo suficiente; que en el avance supremo y la solución a este problema seria dar a la víctima o al ofendido el carácter o la calidad de parte.

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

Por todo lo expuesto en este trabajo de investigación que se abordaron consideraciones jurídicas sobre la justicia penal a favor del ofendido o víctima de un delito, nos permitimos proponer al Honorable Jurado que recibe y califica esta tesis la siguiente conclusión:

UNICO: Reformar la legislación del Código de Procedimientos Penales del Estado adicionando un quinto párrafo al artículo 133 la mención de que la víctima o el ofendido, se le reconozca como parte en el proceso penal, toda vez que como ya se ha dicho dentro del trabajo de investigación que, la víctima o el ofendido dentro del procedimiento penal, debería ser una de las partes mas importantes en el mismo procedimiento, puesto que la víctima o el ofendido, aparte de recibir asesoría jurídica, satisfacerle la reparación del daño cuando esto proceda, coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención medica de urgencia cuando lo requiera y a que se le garantice en forma suficiente y plena el monto estimado de la reparación del daño.

Más sin embargo la víctima o el ofendido tienen derecho a poner a disposición del Ministerio Público y del Juzgador los datos así como las pruebas concernientes a justificar la existencia del cuerpo del delito, de la probable y plena responsabilidad de la reparación del daño de manera directa ante el Juez, sin intervención del Ministerio Público, no esperar a que la Autoridad Ministerial investigue por si solo, si no auxiliarlo con pruebas que puedan dar datos bastantes y suficientes al Juzgador, esto es por si solos o recibiendo asesoría jurídica de un tercero, pero que la víctima o el ofendido puedan actuar dentro del procedimiento penal, libres, sin que se de la necesidad de actuar siempre por medio de la Autoridad Ministerial que los representa.

Que la víctima o el ofendido tengan derecho al acceso de las actuaciones de la Averiguación Previa y al sumario del proceso, esto como se dijo, sin intervención del Ministerio Público, en su caso, así mismo a ser restituidos en sus derechos que estén plenamente justificados y a comparecer

a las audiencias que se realicen dentro del proceso y alegar lo que a sus intereses convenga en las mismas condiciones que los defensores y los enjuiciados.

Por todo lo anterior estimamos que se le debe dar mayor carácter a la víctima u ofendido, tanto dentro de la Averiguación Previa como dentro del proceso, esto con la intención de que la víctima u ofendido puedan dar mas datos para el esclarecimiento de los hechos que se investiguen, así como para tener mayor importancia dentro del proceso y el mismo con o sin intervención de la Autoridad Ministerial puedan alegar lo que a sus intereses convenga e intervenir en el desahogo de todas y cada un de las pruebas que se aporten, y de una visión mas clara al Juzgador del delito que se estudie para así poder en un momento dado obtener una justicia penal, por que se lo permite la Ley, a que reciba la reparación del daño a esa víctima u ofendido del delito de que se trate.

Por lo que en conclusión se debe reformar como se ha dicho, el Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado, incorporándose un quinto párrafo al artículo 133 de dicho ordenamiento legal citado, la mención de que la víctima o el ofendido se les reconozca el carácter de parte en el proceso penal, debiendo quedar, dicho articulo de la manera siguiente:

ARTÍCULO 133.- No se practicara por los Tribunales mas diligencias que las conducentes a la averiguación de los hechos relativos al proceso y que sean solicitadas por las partes.

PARRAFO SEGUNDO.- . . .

PARRAFO TERCERO.- . . .

PARRAFO CUARTO.- . . .

PARRAFO QUINTO.- En todo proceso penal la víctima o el ofendido por algún delito tendrá la calidad de parte y además tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención medica de urgencia cuando lo requiera y los demás derechos que se deriven de su calidad

de parte, pudiendo poner a disposición del Ministerio Público o del Juez todos los datos conducentes a acreditar los elementos del cuerpo del delito, la probable y plena responsabilidad del inculpado según el caso, y a justificar la reparación del daño.

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

1. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.- CARLOS FRANCO SODI.
2. FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL.- EDUARDO COUTURE.
3. ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL PENAL.- EUGENIO FLORIAN.
4. GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL.- EDUARDO HERRERA LASSO Y GUTIERREZ.
5. EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO.- GUSTAVO RADBRUCH.
6. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCCESO.- JAMES GOLDSCHMIDT.
7. DERECHO PROCESAL PENAL.- JORGE ALBERTO SILVA SILVA.
8. LOS DEREHOS PROCESALES DE LA VICTIMA EN MEXICO.- JORGE NADER KURI.
9. DERECHO PROCESAL CIVIL, COLECCIÓN DE TEXTOS JUDRIDICOS UNIVERCITARIOS.- JOSE OVALLE FAVELA.
10. EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO.- JUVENTINO V. CASTRO.
11. LA LLAMADA VICTIMOLOGIA "ESTUDIOS DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA".- LUIS JIMENEZ DE AZUA.
12. EL COADYUVANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL.- MIGUEL JIMENEZ GARAY.
- 13.DERECHO PROCESAL PENAL.- SERGIO GARCIA RAMIREZ.
- 14.TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL.- HUGO ROCCO.
- 15.CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADO UNIDOS MEXICANOS.
- 16.CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE OAXACA.
- 17.DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL.- RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL CARRANCA Y RIVAS.

18. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO.- EDUARDO GARCIA MAYNEZ.
19. DICCIONARIO DE DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL.- FRANCISCO PAVON VASCONCELOS.
20. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.- GUILLERMO COLIN SANCHEZ.