

870109

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE GUADALAJARA
INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

32
24

ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

**LA FUNCION DEL ABOGADO DEFENSOR
EN EL PROCEDIMIENTO PENAL**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

JUAN JESUS MARTINEZ ISAIS

GUADALAJARA, JAL., 1987



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

PROLOGO

"LA FUNCION DEL ABOGADO DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL"

Una de las sagradas misiones del Derecho, es tutelar los -- atributos inherentes a la personalidad humana, y uno de los más importantes es el Derecho Natural denominado "Libertad", que es, el bien - jurídico más valioso que tiene el hombre.

De ahí, que cuando se trata de poner límites a la misma, -- surge la necesidad de actuar con verdadero sentido de justicia y con el más estricto apego a la Ley.

En materia penal, todos estamos expuestos a ser objeto de - un proceso penal, en muchas ocasiones quien es inculcado sobre un hecho delictuoso, sufre una serie de trastornos tanto morales, como económicos, mismos que, desgraciadamente trascienden hasta el núcleo familiar.

Es este caso lo que ha dado vida al presente trabajo, con el cual pretende exponer la necesidad de que, aún cuando, hay materia legislada al respecto, en lo que al Procedimiento Penal se refiere, estamos conscientes, que regularmente nunca se sigue la secuela del mismo, con un estricto apego a lo que la misma Ley señala.

Basta señalar que cuando a una persona, se le imputa un delito, se debe seguir el procedimiento adecuado para realizar la investigación necesaria, para tener la certeza de que esa persona es culpable de un delito, o bien, para que quede bien comprobada su inocencia.

Cabe hacer notar que actualmente, el procedimiento penal no ha sido objeto de estudios especializados, pues algunos juristas consideran que su eficacia es actualmente la misma que tuvo en sus albores.

Por desgracia la falta de congruencia entre los propios juristas, no ha dado un motivo real que provoque que el Legislador realí

ce, un estudio amplio y profundo sobre sus instituciones, que para algunos aspectos resultan viciadas y faltas de actualización en la práctica.

Pese a que diariamente el litigante se enfrenta a una lucha -- abierta con una serie de situaciones, de donde, se desprende tal apreciación, y que lo experimentamos directa o indirectamente, sentimos que -- nuestra hipótesis se funda principalmente en la lógica jurídica, y se hace necesaria una obra sistemática que regule esas situaciones, llámese -- ésta, ley, reglamento, sugerencia, etc., para poder ubicarnos en la realidad actual.

Facilitar y evitar angustiosas situaciones, es lo que en su -- oportunidad, se pretende exponer con el presente trabajo, y de así considerarlo, que sea una preposición de cambio a lo tipificado, es por ello -- que quisimos analizar "La Función del Abogado Defensor en el Procedimiento Penal" y movido por el deseo de que cumpla de una manera más exacta -- la aplicación de justicia y de igual forma se respeten nuestras garantías individuales, expongo mis opiniones, así como de una manera muy propia, las conclusiones que daré, mismas, que a mi consideración quedan expuestas a la libre crítica.

Con estricta buena fe y con la convicción de que el derecho es tan importante y que su fin principal es la justa aplicación de la justicia, se pretende dejar un precedente muy suscito si se quiere, en cuanto al procedimiento penal y lo que en la práctica forense sucede en nuestra sociedad actual.

CAPITULO I

EL DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

Sumario:

- 1.- *Qué es el Defensor y el papel que desempeña dentro del procedimiento.*
- 2.- *Calidad Moral del Defensor.*
- 3.- *Resultados reales de la intervención del Defensor en el procedimiento penal.*
- 4.- *Proposiciones prácticas.*

CAPITULO I

EL DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

- a) Qué es el Defensor y el papel que desempeña dentro del Proceso.

El Estado, al poner de manifiesto su interés porque exista un equilibrio en la sociedad, vió la necesidad de establecer un órgano -- que la representara en la administración de justicia, creando así la -- función del Ministerio Público, función de acusador por ser un represen-- tante del Poder Judicial.

Ante esta necesidad procesal, reconocida surge la figura del Defensor para representar los intereses del imputado, quien debe ser -- una persona competente, viniendo a ser así, como expresa Guarneri "un nuevo elemento en el paralelograma del proceso" (1). El cual está -- constituido por el Abogado Defensor quien suple la falta de preparación del imputado, creándose así, un equilibrio de fuerza dialéctica.

Carnelutti al referirse al Defensor se expresa de la siguiente manera: "El concepto de defensa es opuesto y complementario al de la acusación, no se puede dar acusación sin defensa". A una pasión es necesario contraponer otra pasión para alcanzar la serenidad.

El que va a ser juzgado está por lo general privado de la -- fuerza y habilidad necesarias para expresar sus razones y cuanto más -- progresa la técnica del juicio más se agrava esta incapacidad.

De una parte el interés en juego es a menudo tan alto para el imputado, que a causa de la excesiva tensión, como una corriente eléc-- trica, está expuesto a hacer saltar los aparatos; quien tenga alguna ex

(1) GUARNERI JOSE: "LE PARTI NEL PROCESSO PENALE". Editores BOCCA, Trad. y Notas del Dr. Constancio Bernaldo de Quiroz. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Pue. 1952, Pg. 116 y S.

perencia de los juicios penales sabe todo lo difícil que es para el imputado, y por lo demás, también a las otras partes contener la pasión, o aún solamente la emoción, que les quita el dominio de sí mismos. De otro lado el juicio aún cuando está racionalmente construido es siempre un complicado mecanismo, que sin una adecuada preparación no se consigue manejar y el imputado por lo general no la posee. El está exactamente colocado en la posición de quien no sabe hablar la lengua que se necesita para hacerse entender, o está de cualquier manera normalmente preso de un estado de ánimo que le sería difícil el uso de ella". (2)

En relación al abogado defensor el Dr. Alcalá Zamora hace el siguiente razonamiento: "La intervención del abogado resulta indispensable, de tal manera que los ensayos de Libertad de Defensa y de Prohibición de la Abogacía han fracasado rotundamente. El abogado es una garantía para lograr una recta administración de justicia no sólo porque en la inmensa mayoría de los casos los interesados son incapaces de - - efectuar una ordenación clara, sistemática y conveniente de los hechos" (3).

Durante la secuela del procedimiento del defensor tiene una serie de metas o funciones que desempeñar, entre las que podemos señalar la de demostrar la inocencia de su cliente. Con esta función basta para que su obra se confirme llena de nobleza; sólo quien desconozca un proceso no podrá darse cuenta de cómo se puede aplastar a un inocente - y por consiguiente ignorará el valor de la defensa; en ocasiones por situaciones especiales, se puede hacer aparecer a un inocente, ajeno a toda culpa, culpable, quien sin la labor del defensor sería condenado; el Juez se convence con estas apariencias, sobre todo teniendo en cuenta - que la intención delictiva del imputado siempre se presume, salvo prueba en contrario y con eso tiene el Juez para estar indispuesto contra -

[2] Carnelutti "LEZIONI SUL PROCESSO PENALE". Edizioni del Ateneo Roma, 1946, Pág. 161 y S.

[3] Alcalá Zamora y Castillo "DERECHO PROCESAL PENAL" Tomo II pág. 42.

él; pero es ahí donde interviene el defensor, quien ha visto con diversa disposición al imputado, ha apreciado más serenamente coincidencias y -- pruebas, sometiendo la materia procesal a una obra de control y de crítica y si se ve que se trata de un error judicial, él lo plantea al Juez y va creando con sus argumentos poco a poco la incertidumbre en el Juez y a éste se le va presentando el proceso bajo una nueva luz, sintiendo la necesidad de esclarecer puntos oscuros de ver elementos que tal vez antes le habían parecido insignificantes y así obtener una visión real, de un juicio que sea exacto resultado de todos los indicios apreciables; -- qué satisfacción, qué victoria la de aquél abogado que ha salvado a un inocente.

El defensor tiene una función de moderador, la acusación y la defensa son frecuentemente hechas con exageración; el abogado defensor sabe proceder contra las peticiones exageradas de su cliente y hacerlas -- equilibradas; "Partiendo del concepto de libertad de acción, el abogado tiene derecho de rebelarse contra las pretensiones exageradas de su -- cliente. También en vía de máxima el defensor no debe presentarse a desahogar sobre los adversarios la ira o el rencor del propio cliente", -- advierte Guarneri. (4)

Con lo señalado nos percatamos que la defensa tiene una tarea ardua, salvar a los que fueron injustamente atropellados y eliminar todas las exageraciones; impedir que el Juez sobrehaga, con su convencimiento de origen extra-procesal, las pruebas reunidas, si por ellas aparece un inocente culpable, conduciéndola fuera del cerco de esas pruebas; difícil casi imposible, es ver a un hombre que espere resignado el castigo, la expiación correspondiente a su culpa, casi todos esperan la impunidad, exagerando el motivo o motivos que lo empujaron a delinquir -- queriendo hacer aparecer una simple injuria, como motivo suficiente para alegar una atenuante de legítima defensa. El imputado por lo general -- está poseído de frenética desesperación y por lo mismo escoge una línea-

(4) Guarneri: Ob. Cit. pg. 134

de defensa absurda o si es criminal de experiencia, un reincidente, constituye planes defensivos, astutos e irrealizables por su exageración y - debido a esa exageración de la defensa, facilita el buen trabajo del acusador;

Sobre esto, Salsmans opina: "El defensor tiene para con su - - cliente, incluso la obligación de demostrar por todos los medios legítimos que la culpabilidad no está establecida jurídicamente; o por lo menos debe insistir sobre las circunstancias atenuantes, sobre la responsabilidad disminuida" (5)

El defensor debe velar por los intereses de sus clientes, procurar todo lo que es ventajoso y provechoso, no debe nunca olvidar que - su función es la de un Regulador Jurídico.

Todavía más, el abogado defensor contribuye a darle al hecho - una exacta configuración jurídica porque "Al ser, el abogado defensor - - jurisperito, coopera de modo efícamísimo a hallar de entre el laberinto de disposiciones vigentes, las normas aplicables al caso concreto, vi - - niendo a ser de esta manera los más valiosos cooperadores del Juez a - - quien entregan el material del proceso trabajado y no en bruto y cuya labor por tanto simplifican; opina Salsmans. (6)

Poniéndolo por consiguiente en condiciones de examinar con - - exactitud una cuestión jurídica, podrá fácilmente encuadrarla jurídicamente; semejante a un duelo entre un esgrimista ágil con mucha práctica; seguro de su terreno, experto en todo recurso, en todo golpe y un maestro que conozca tan sólo la perfección de un golpe favorable, los dictámenes de una escuela y la severa compostura de un terreno.

El Juez está a menudo muy ocupado, basta pensar que él en una sola jornada debe examinar numerosas causas, conteniendo las más variadas cuestiones jurídicas y se comprende que no es posible que las tenga

(5) Salsmans José : "DEONTOLOGIA JURÍDICA O MORAL PROFESIONAL DEL ACUSADO" pg. 266.

(6) Salsmans: Ob. Cit. misma página.

profundizadas todas; el abogado en cambio llega preparado y el Juez ve - la enunciación de su teoría refrescados sus recursos pudiendo así estar - en condiciones de examinar con exactitud la cuestión a Él presentada y - encuadrarla jurídicamente. .

Existen muchos casos variados e imprevistos, que el conocimiento de normas abstractas resulta insuficiente, cuando no se posee el conocimiento de la aplicación práctica, hecho de un intelecto acostumbrado - al fino y sutil trabajo de engarzar en un artículo de la Ley un caso con creto.

En muchas ocasiones el abogado defensor es severo, cuando en - forma superficial se limita a examinar un hecho criminal, por no darse cuenta de su génesis. Robert E. citado por Altavilla expresa: "Es muy - raro que un criminal no sea por alguna causa digno de interés, de indulgencia, y aún de piedad" [7] Descubrir y comprender estas notas, es un trabajo del defensor; debe descubrir también el motivo, investigar el -- porqué de un hecho criminoso, analizarlo en cada uno de sus elementos -- compositores.

Gracias a las Doctrinas de Labroso se ha establecido el dilema trágico: El delincuente o es un coartado del destino o un anómalo; es -- por esto que no es posible juzgar un acto criminoso sin entrar un instante en su ángulo visual y cuántas veces nos sorprendemos al ver el delito que en el inmóvil casillero codificado es reprimido con la pena máxima - por premeditado o cometido con brutal maldad.

En muchos casos el juez no percibe estas notas diferenciales, - sólo ve la diversidad de penas establecidas en los Códigos, la abstracción de la fórmula jurídica oculta en las sombras, la personalidad del imputado; el defensor tiene que romper esta uniforme visión del Juez y - mostrarle la situación especial de un hombre, siempre diverso de otros, - con motivos especiales y diferentes, hacerle ver el hecho criminoso en -

[7] ROBERT E. "L' A vocat" Hachete. Paris, Cit. por Altavilla Ob. Cit. pg. 89.

su individualización, señalarle las notas que le diferencian de otro delito por más semejante que parezca, así podrá ver el Juez imponer la sanción adecuada al culpable, a su caso particular, logrando así la individualización hacia la cual tiende, sujetivándose, nuestro derecho.

"Es cosa fácil demostrar que cuando más un delito parece grave y repugnante, tanto más revela anomalía", opina Altavilla (8)

No podemos apartar la idea de que los delincuentes no son solos casi nunca en causa, de esto se olvidan todos aquellos que no admiten la piedad para el criminal, la familia, su familia, es herida cruelmente. -- Por lo anterior, quisimos plantearnos la siguiente interrogante, ¿El abogado defensor conoce siempre la verdad?

Frecuentemente pasa que el abogado no conoce toda la verdad, -- porque el imputado no se la diga o mienta, ya sea porque teme una discrepancia o porque crea que al estar convencido el abogado de su inocencia -- desarrollará y cumplirá con más ahínco su misión defensiva.

Hay una verdad absoluta y una verdad procesal; generalmente la convicción del abogado defensor es determinada por esta última, es decir, al ponerse en contacto con los autos empieza a formarse un juicio objetivo sobre los hechos que le imputan a su defenso y al escuchar a éste, -- con los argumentos que aduce en su disculpa los relaciona con los datos -- que se desprende de la causa y a medida que va desarrollando esa labor -- mental, perfecciona cada vez más su criterio jurídico, elaborando en esa forma la tesis adecuada en su línea defensiva en favor de su cliente.

La actividad profesional del abogado defensor en relación con los períodos del proceso penal tiene tres fases: a) asistencia a la instrucción; b) recogimiento de pruebas; c) y; asistencia al debate.

Altavilla, estima: "La actividad del abogado en la instrucción

(8) Altavilla Enrico: "L'Avvocato Penale" Pg. 106

es una mortificante actitud de explorar para intuir el movimiento procesal a fin de poder proveer a la oportuna defensa" (9). El Abogado debe seguir con vivo interés el desarrollo de proceso, debe polarizarlo hacia su finalidad defensiva, teniendo presente que un proceso penal no es un campo de batalla en el que está permitido la más audaz libertad, sino debido a que de él depende la libertad y en algunos casos la vida de un hombre, debe tener cautela y prudencia. "El interrogatorio es un importantísimo acto procesal, por su naturaleza mixta en cuanto es medio de defensa y fuente de prueba" considera Altavilla (10).

Aún cuando el defensor tenga años en el ejercicio de la profesión, no se puede estar seguro de no cometer errores que puedan ocasionar la ruina del cliente; débese tener en cuenta la mentalidad del Juez, de su especial lógica, de su subjetivismo y de sus prejuicios; en algunos casos, es necesario que el imputado niegue algún hecho, debido a determinadas circunstancias, porque su aceptación, podría crear en el Juez la errada convicción de su culpabilidad.

En los delitos pasionales, la solución es más fácil, por las graves razones defensivas que la confesión permite poner en evidencia; en otra clase de delitos, cuántos motivos de atenuación existen, pero tal vez por causas especiales, no pueden ser demostrados; en estos casos el abogado defensor no puede asumir la responsabilidad de aconsejar al cliente a la confesión.

El interrogatorio no debe conducir a la defensa en una sola línea, debe el defensor conservar gran libertad al seguir la línea que más le convenga para el éxito de su causa; algunas veces a la tesis principal que él sustente, le dará, con sabiduría, la apariencia de subordinada, mientras esa represente la única tesis en que él crea y espere; el interrogatorio debe ser como un plano regulador del edificio defensivo alrededor del cual se orienten testigos y peritos, en él debemos encontrar la

[9] Altavilla: Ob. Cit. Pg. 115

[10] Altavilla: Ob. Cit. pg. 118

intuición de las pruebas que hay o están por ser recogidas, que permita - donde las pruebas no sean lo que se esperaban, modificarlas, apareciendo como una aclaración de un interrogatorio precedente.

El abogado defensor debe prever la concordancia entre las palabras del imputado y el resultado general, porque la discordancia con un testigo y la contradicción es fatal.

El defensor puede discutir las pruebas, aconsejar el interrogatorio, puede hacer decir a los testigos todo aquello y sólo aquello que se necesite para su plan defensivo, pero no puede de ninguna manera influir en las pruebas, porque de hacerlo así cae dentro del campo de lo ilícito, su obra debe tender a orientar la interpretación de las pruebas en favor de los intereses de su defensor.

"El defensor puede discutir a fin de debilitar los testimonios contra su cliente, mostrando la ilegalidad, las contradicciones de lo aducido y el poco crédito que merecen los testigos de cargo en la materia -- del proceso", estima Altavilla (11).

Las diligencias de pruebas son para el defensor momentos de esparso intelectual en las cuales su cerebro está tenso en un esfuerzo de intuición. Giuratti, sugiere: "El defensor debe conocer a fondo aquello que está en los autos y aquello que está por suceder en el debate, debe estar en grado de prever todas las ocasiones, debe poder subvertir cuanto está en el acto de acusación y poner en pie otro edificio a contraponer el primero. La preparación a un debate, un oficio de diligencia el cual es interminable y no se llegó a cumplir casi nunca" (12)

El comportamiento del defensor es diverso, hay algunos que se limitan a hacer muy pocas preguntas, convirtiéndose en espectadores atentos; otros en cambio llegan a ser dominadores en un debate, dándose cuenta por la contestación o por un movimiento físico de la actitud favorable

(11) Altavilla Ob. Cit. Pg. 123

(12) Giurati Domenico "Arte Forense" Editorial Rovino Roux Faule. 1878, pg. 55

o desfavorable de un testigo, de su comprensión moral, de su capacidad intelectual, y saber a quien dirigir una pregunta y cómo la deben formular--llegando a veces al grado de hacer comprender cuál es la contestación adecuada y esperada por ellos, saben adaptarse al temperamento del testigo, - y son, según les convenga, insinuantes o violentos; se dan cuenta de cual es el testimonio verdadero, desenmascarando a uno, dándole resalto a otro en resumen, adaptan la línea de conducta que más les convenga, siendo para ellos estos momentos, en realidad, una hora de combate, de lucha en la cual debe estar preparado con el conocimiento de las actuaciones procesales, en la posible previsión de lo que acontecerá en el debate, en la actitud que deba asumir con los testigos y qué preguntas hacerles.

Salsmans expone: " El ministerio del defensor exige control, controlar la obra del acusador y del Juez instructor, día por día, que se den las sugerencias, los enredos, las presiones" [13]

La obra defensional es labor de conquista de fuerza arrolladora a la que el Ministerio Público y el Juez deben poner límites.

Giurati estima: "El abogado defensor que estudia una defensa debe advertir toda cosa, desmenuzar, quitar y tener en cuenta todo. Cualquiera nombre, signo, número, puede adquirir importancia y en un momento dado determinar la victoria. Donde la verdad es incierta o donde una mínima diferencia en el hecho puede inducir a una grave diversidad en la aplicación de la Ley, ahí no hay nunca parvedad de materia" [14]

El abogado defensor para hacer una defensa más eficiente, debe tener una completa libertad de acción en el juicio, en la manera de tratar los asuntos que le fueron confiados. El mismo Giurati considera: - - "A nuestra devoción a la defensa del cliente se añade la independencia absoluta del abogado, cierto que él debe interesarse en los que confían en él. Debe tener interés hacia las diligencias y afecciones. Pero no debe identificarse con ellos y si la devoción es el primero de sus deberes hacia el cliente, la independencia es el primero de sus deberes para consi-

[13] Salsmans: Ob. Cit. Pg. 267

[14] Giurati: Ob. Cit. Pg. 288

go mismo. El abogado según un dicho célebre es el patrón de la causa. - Libre frente al cliente, él sólo hace la selección de los medios. Un -- buen defensor exige una alma franca e independiente" (15)

2) CALIDAD MORAL DEL DEFENSOR.

¿Cuáles son los valores morales y sociales de un abogado defensor?

Al respecto existen algunas opiniones acerca de que si un abogado defensor sostiene una causa mala, se le tiene como un cómplice de ella, y desde el punto de vista moral, en ciertos casos hay quienes los considerarán más culpables aún, en virtud de que no tiene como el cliente, la atenuante de la pasión que lo arrastró a delinquir, y si en cambio, los mismos momentos de lucidez y por lo tanto un freno mayor en las obligaciones de su ministerio; pero el principio que acabamos de señalar no puede tener aplicación en una causa penal, ya que el defensor aunque sepa a ciencia cierta que su defenso es culpable, no sólo puede, sino debe defenderlo, aún cuando haya obtenido de él en forma directa la confidencia confesión de su culpabilidad.

La Ley Ginebrina del 11 de Julio de 1836 impone un juramento a los abogados en el cual se compendian sus deberes, entre las promesas-pedidas está la de no aconsejar a sostener alguna causa que no parezca justa, a menos que se tratase de la defensa de un acusado. Los abogados franceses al formular un juramento protestaban abandonar las causas al darse cuenta de que eran malas.

El Consejo Nacional Fascista en noviembre de 1929 estimó que en Italia el abogado defensor debía considerarse como un auxiliar de la administración de la justicia y por tanto no asumiría la defensa de individuos evidentemente culpables de delitos repugnantes y gravemente -- peligrosos para el orden social y político del Estado.

Las organizaciones profesionales de Alemania han consagrado el principio de que, si un abogado defensor se encuentra en la necesidad de aconsejar a un dañado del pueblo y del Estado, debe defender en todo momento los intereses del pueblo alemán.

Giurati al hablar del tema que nos ocupa, hace la siguiente pregunta: "¿El abogado defensor está obligado a aceptar todas las defensas?— responder en vía absoluta, sería imprudencia bella y buena. Algunas veces una victoria bastaría para hacer llover las peticiones de todos los inquilinos que se albergan en la misma prisión.

Nadie dirá que se deba defender a todos" (17)

De igual manera nosotros no hacemos una pregunta: ¿Cómo podría entenderse la causa penal ante la justicia punitiva?, González Bustamante nos da la respuesta: "El abogado defensor puede siempre hacerse cargo de ellas, aún cuando estuviere cierto de la culpabilidad de su cliente. El derecho natural exige absolutamente para impedir condenas inmerecidas que todo reo o acusado puede presentar su defensa" (18)

El mismo Giurati agrega: "El abogado que subordinase la propia aceptación a la esperanza del éxito o a la genialidad del caso, semejase notablemente al médico, el cual no desea curar la enfermedad grave o mejor aún a la partera que asiste al parto sólo a la hora de que éste se presenta fácil, médico y partera podrán encontrar una disculpa a la propia insuficiencia, en el respeto que es debido a la vida humana, pero el abogado no tendrá otra excusa que la propia pusilanimidad" (19)

Entonces pues, el hecho de que una causa sea mala no quiere decir que el patrocinio sea ilegítimo, sino por el contrario es legítima y obligatoria porque la ley la impone y la humanidad lo ordena, la pie--

(17) Giurati: Ob. Cit. Pg. 297

(18) J.J. González Bustamante, "Principios de Derecho Procesal" Ediciones Botas, México 1945, Pg. 125.

(19) Giurati: Ob. Cit. Pg. 297

dad lo exige y la costumbre lo tolera.

González Bustamante opina: "La defensa de un acusado no constituye una infracción a los deberes profesionales sino que lo constituye la manera de ejercer esa función: porque por más abominable que parezca el criminal, por más repugnante que sea el delito cometido, siempre debe contar con la protección de las leyes y con la más amplia libertad en la preparación de su defensa, sólo motivos de ética profesional pueden impulsar al abogado a declinar la defensa que se le encomienda; su deber es defender los intereses que tiene a su cargo". [20]

El abogado defensor tiene libertad de rehusar su patrocinio -- cuando se le presenten causas repugnantes, a menos que sea designado defensor de oficio, pero si ha aceptado la defensa sea cual fuere la naturaleza de la causa, sólo tiene un deber, el de favorecer los intereses de su cliente. Manzini sugiere "ante todo si el defensor considera no poder conciliar su conciencia con los intereses del defendido, debe renunciar al encargo aduciendo, si es posible, una razón que no perjudique los intereses de quien confió en él". [21]

Aún cuando un abogado no acepte la defensa de una persona, nos damos cuenta de que viene otro a hacerlo y así sucesivamente hasta llegar al defensor de oficio, quien también puede negarse aduciendo razones justas, y el problema por consiguiente subsistiría formándose un círculo vicioso.

Alcalá-Zamora, hace la siguiente pregunta: Pero cuando los hechos imputados no tengan justificación posible, ¿podrá el abogado negarse su patrocinio a quien lo solicite? y da la respuesta exponiendo los siguientes razonamientos:

[20] González Bustamante: Ob. Cit. Pg. 147.

[21] Manzini V: "Proyecto Preliminar para el Código Italiano de Procedimientos Generales" Tomo II Pg. 632.

a) Que la misión más noble que compete al abogado, es la de la de defensa tanto más necesaria cuanto más grave sea la situación del inculcado y la pena que contra él se pide.

b) Que a menos de prejuzgar el fallo, la calificación de que si un delito es repugnante o peligroso no se puede hacer por el abogado al requerírsele para que se encargue de la defensa, sino por el Juez y en el instante de dictar la sentencia.

c) Que aún perteneciendo el delito a las categorías precitadas, la defensa es indispensable para determinar la relación de causalidad y la imputabilidad del reo, de los que en definitiva depende que se pueda contener o no (precisamente los delitos repugnantes son cometidos por inimputables).

d) Que si en los delitos políticos sociales se prohíbe la -- defensa, el proceso penal se convierte en venganza estatal o mejor dicho gubernativa", [22].

"El defensor pernal no es patrocinador de delincuencia, sino del derecho y de la justicia en cuanto puedan estar lesionados en la -- persona del imputado. El defensor que no profesa esta santa máxima, es un despreciable y peligroso intrigante. Es un encubridor del delincuente y no un defensor del imputado". expresa Manzini [23].

Nougues y Secal opina al respecto: "El Abogado es, o debiera ser el primer juez de los pleitos y debe decidir con imparcialidad"[24]

Pero él no tiene que ser objetivo o imparcial, puesto que patrocina un interés privado y sería contradictorio que fuera imparcial.

Pero él no tiene que ser objetivo o imparcial, puesto que patrocina un interés privado y sería contradictorio que fuera imparcial.

[22]

[23] Manzini: Ob. Cit. Pg. 576 y S.

[24] Nougues y Secall: "La Moral del Abogado" Pg. 80 y S.

"Resultaría absurdo que en nombre de esa pretendida imparcialidad el letrado hubiese de pedir en ocasiones la condena de quien lo retribuye", argumenta Alcalá-Zamora y Castillo (25).

El defensor no defiende los actos antijurídicos contrarios a la moral o a la buena fe, que su patrocinador haya realizado, sino que por el contrario, su misión consiste en negar la existencia de hechos con -- esos caracteres o en disminuir la gravedad de los mismos.

H.A. Zachariae, arguye: "El defensor es amigo del derecho y portavoz del imputado, debe atenuar y cuando pueda rechazar con todos los medios jurídicos del ataque del acusador debe hacerlo". (26)

La profesión de abogado defensor está circundada de un sentimiento de admiración velado de desestimación; se le cree dotado de una cultura, entendimiento y agilidad intelectual no común, pero se le entreve una inferioridad ética y una misión socialmente perniciosa.

Limmoncelli comenta: "Será más o menos buena, o menos austera, más o menos digna, la obra del abogado defensor siempre tiene una hábil disimulación, una denegación de la verdad, una mistificación" (27)

Dostoyeswsky en su Diario de un Escritor, expresa lo siguiente: "Oh, yo comprendo la utilidad y la elevación de la profesión de abogado que todos consideran tanto, pero cómo no considerar a los abogados desde otro punto de vista, acaso superficial aunque espontáneo?; ¡Qué -- tormento ha de ser a veces su profesión, imaginando lo tremendo que han de ser aquellas contorsiones, aquel evitar ciertos argumentos contra la conciencia, contra las condiciones propias, contra toda moral, contra todo lo que es humano! Verdaderamente por algo se hacen pagar los abogados,

(25) Alcalá-Zamora y Castillo. Ob. Cit. Pg. 43 y S.

(26) H.A. Zacharias "Handbush des Strangprozesses" Cit. por Guarneri Ob. Cit. pg. 125.

(27) Limoncell Mattia: "Soto la Togga" Saggio Di Litteratura Professionale. Ediciones Napoli 1921, Pg. 150.

me parece a mí que evitar los rodeos y permanecer honrados son cosas bastante difíciles para un Abogado, tan cierto es el refrán que dice: ¡Conciencia de Abogado, conciencia pagada! Y hasta se podrá pensar que el Abogado no puede obrar nunca según su conciencia, que es un hombre arrastrado a la mentira, y lo que es más triste que esta obligación está reconocida como tal legalmente. "Todavía más, proclamo que la abogacía es una -- profesión brillante pero muy triste; me parece que es una escuela en que se aprenden cavilaciones, los rodeos y la sequedad del corazón" Sentimos que Dostoyewsky se expresa así porque considera incompatibles la función de justicia, y la parcialidad del defensor, y pensó que el abogado sirve al interés del cliente aún cuando sean en daño de la Justicia, o el abogado sirve al interés del Estado incluso contra el de su cliente, pero como asentamos anteriormente, la parcialidad se considera en los términos de un deber.

Pese a todo lo malo que se dice del abogado defensor, en los momentos más graves cuando se necesita afrontar peligrosos o responsabilidades, el mismo que lo denigra es el que acude al abogado. Ya sabemos que la crítica es tanto más dura cuando se defiende una mala causa y -- hay opiniones que lo denigran, hay otras que los enaltecen en cuanto a la obra del defensor, son argumentos de más valor y consideración que las otras, así tenemos a D'Aguesseau que dice "El orden de los Abogados es tan antiguo como la magistratura tan noble como la virtud, tan necesario como la Justicia". [28]

D. Emilio Castelar haciendo elogio del Sr. Lic. D. Antonio -- Aparicio Guijarro dice: "Profesiones originadas de las miserias humanas del conflicto con la naturaleza como la medicina, del conflicto con la sociedad como la Jurisprudencia; inspiradas en la compasión y en la caridad de corazones entusiastas, se elevan a verdadero sacerdocio" [29]

[28] D'Aguesseau: Cit. por Giurori Ob. Cit. Pag. 2 y S.

[29] Emilio Castelar: "Semblanzas Contemporáneas" Pg. 18.

Guarneri sugiere: "Que el Abogado Defensor necesita un temperamento excepcional, dedicación sin límites, abnegación y renuncia de sí mismos hasta el aniquilamiento, para cumplir con su deber" (30)

Por lo anteriormente señalado nosotros sentimos que el patrocinio penal debe considerarse como una actividad estrictamente apegada a la moral y más aún al Derecho Natural, por cuanto puede decirse que es muy semejante a un apostolado, y de esto surge la siguiente interrogante ¿la personalidad moral del Abogado se modifica en el ejercicio de esta singular profesión?

Raimondi da la respuesta a esta interrogante al señalar: "No, - la profesión del Abogado Defensor no deforma el carácter, al contrario, - estimula y desarrolla el sentido de rectitud y de Justicia, el sentimiento de humanidad". (31)

"Nuestra profesión es nobilísima, pero esta nobleza no puede ser conservada sino a parte que se tenga o se adquirieran ciertas dotes de sensibilidad moral que son indispensables al par que la inteligencia y la cultura. No hay que confundir la sabiduría con la pedantería intelectual; el Abogado debe ser también un hombre de espíritu. Su mente y su corazón deben ser también un hombre de espíritu. Su mente y su corazón deben estar abiertos a todas palpitaciones de la vida. Pero no hay que dejarse intoxicar por la profesión ni se deben cubrir de una gravedad -- exagerada. La Ley profesional italiana del 25 de marzo de 1926 reclama la alta dignidad y el decoro que deben ser observados siempre por todos los pertenecientes a la clase de los Abogados" expone Altavilla (32)

Así pues el Abogado defensor debe tener una férrea y concienzuda preparación moral. Para cumplir su misión necesita gran temple y sólida base moral, porque está en continua relación con los clientes, a los cuales se les imputan delitos de la más variada índole; escucha sus

[30] Guarneri: Ob. Cit. Pg. 133

[31] Raimondi: "Arifez Aditus Artificis L'eloquenza" Cit. por Altavilla Ob. Cit. Pg. 106.

[32] Altavilla: Ob. cit. Pg. 109.

razones, comprende el delito; se esfuerza en la atención de culpas; pero está propuesto a la piedad y en esto se revela el peligro, si él no es poseedor de una férrea conciencia ética, termina, como aquellos operarios que manejan continuamente venenos, sufren deformaciones de importancia - en determinados órganos; como los soldados en el campo de batalla, por la visión continua de los estragos de la guerra, y el continuo matar, -- pierden el exacto valor de la vida humana, y el horror por el delito de sangre; así ellos terminan por sufrir una leve corrosión ética, pero también es cierto que los abogados poseen un antídoto que restablece el justo equilibrio, el continuo trabajo dialéctico, el esfuerzo de las argumentaciones, y el poseer una cultura amplia, los coloca en un plano superior, más allá del bien y del mal, dentro de lo humanamente posible. "La moral del abogado es una cualidad sin la que la profesión queda virtualmente desnaturalizada" manifiesta el Dr. Rafael De Pina (33).

El Dr. Liscano escribe: "No solo la ciencia del Derecho necesita el Abogado para cumplir sus naturales tareas entre los hombres, requiere también sólida formación moral; porque no son sabiduría -aunque con esta palabra se comprende la ciencia y la moral-, sino con hondos -- sentimientos de moralidad, puede el jurista cuidar a toda hora de la limpieza que hacen en la existencia profesional del Abogado algo así como - las constantes fuerzas de su probidad" (34).

"La abogacía no se cimienta en la lucidez del ingenio, sino en la rectitud de conciencia", arguye Cobianchi (35).

Por lo que acabamos de expresar vemos que es sumamente importante la formación moral de los abogados defensores que los requisitos - técnicos. Es por ello que entre las profesiones de carácter liberal, -- hay pocas que se educan en un sentido de estricto cumplimiento del deber.

[33] De Pina Rafael: "Temas de Derecho Procesa México Ediciones Jurídicas Hispanoamericanas" 1940 pg. 49.

[34] Liscano Tomás: "La Moral del Abogado y la Abogacía". Caracas Tip. La Nación. 1934 Pg. 3.

[35] Cobianchi Carlo Alberto: "Arte y Práctica Forense" Torino 1929 Pg. 14.

Es más fácil encontrar un médico escéptico e indiferente ante el lecho de un moribundo que un abogado tranquilo en la espera de una importante decisión.

Por todo lo anteriormente expresado resumimos que la vida profesional del abogado defensor debe ser de una moralidad absoluta.

3) RESULTADOS REALES DE LA INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Ya cuando nos adentramos en la práctica, nos podemos dar cuenta de que sólo la defensa que llevan a cabo los Abogados particulares resulta efectiva.

Pese a ser verdaderamente lamentable reconocer, que muchas veces esa defensa va a en contra de los intereses de la sociedad, no podemos oponernos a algo que la misma Ley establece como lo es el Derecho a la Defensa.

Es muy frecuente que el defensor particular, y sobre todo entre los casos que se refieren a un hecho criminoso, se incline por utilizar - todos los medios que estén a su alcance para lograr que su defenso resulte absuelto.

Hay abogados que a raíz de cometido el hecho, intervienen en - las Delegaciones del Ministerio Público y coludidos con los funcionarios encargados de investigar los delitos, aconsejan a los inculcados la forma en que deben rendir sus declaraciones y los instruyen para borrar las huellas del delito y tergiversar los hechos.

Cuando una persona es consignada al Juez competente para conocer del hecho criminal durante el proceso, notamos que el defensor frecuenta constantemente el Tribunal pendiente de las diligencias que se vayan a practicar, promoviendo lo que sea procedente en favor de su cliente, presentando todas las pruebas que lo favorezcan y formulando los alegatos oportunamente, teniendo el debido cuidado de oponerse a los autos cuando éstos no estén apegados a derecho.

Cuando el inculcado es inocente, todo esto es inobjetable, y - el defensor, a la vez que defiende intereses privados (los de su cliente) cumple con una función social.

Si el acusado resulta culpable, cuando el defensor sólo busca-

la forma de atenuar la pena haciendo resaltar las circunstancias favorables a su cliente, nada podría decirse en contra; pero esto raras veces sucede, pues los defensores particulares tratan siempre de librar a sus defensos de las cárceles, haciendo uso de todos los recursos de que pueden disponer, que casi siempre estriban en lo que en la práctica se conoce como el "impulso procesal" que no es otra cosa sino, una retribución económica por un favor recibido.

No sucede lo mismo cuando interviene el defensor de oficio, ya que son pocos y cada quien se dedica a vigilar los casos que se les asignan, que en la mayoría de las veces son muchos y por ello no defienden a nadie. Caen en el mismo vicio de los Agentes del Ministerio Público - Adscritos quienes sólo concurren al Juzgado a firmar notificaciones y diligencias que el Juez considera indispensables para el buen desarrollo del proceso, y cuando el proceso termina, el defensor de oficio se avoca a formular conclusiones que regularmente casi siempre son de machote.

Esto sucede en virtud de que las causas que les turnan, no representan un interés económico que vaya a ser retribuido al final del -- proceso, pues cuando a una persona se le designa un Defensor de Oficio es porque no cuenta con los suficientes medios económicos, para poder pagar a un Abogado particular. Otra de las causas que provocan esta situación, viene a ser que los Defensores de Oficio no dedican exclusivamente su tiempo a los asuntos que les van asignando, ya que estos a su vez tienen su despacho particular y como consecuencia otros asuntos, propios, - a los cuales es necesario dedicarles más tiempo, según ellos. Nuestra Carta Magna otorga al acusado, una serie de garantías que le permiten tener a su alcance todos los medios legales necesarios para tener una oportuna y eficiente defensa, cuando por alguna circunstancia se le imputa algún delito, desgraciadamente nos damos cuenta que en la práctica únicamente favorecen a las personas de buena posición económica.

Por esta razón, vemos con tristeza que el proceso penal se desarrolla en México dentro de un desequilibrio absurdo, de tal modo que las causas llegan a sentencias plagadas de deficiencias y el Juez, ate-

niéndose a las actuaciones, misma que casi no conoce, se ve obligado a cometer, en ocasiones, enormes injusticias.

Cuando el acusado por medio de hábiles defensores bien remunerados, logró tergiversar los hechos, ante la pasividad del Ministerio Público, el Juez que conoce de la causa, tiene que absolver o dictar una pena menor que la que correspondería si el acusador hubiese aportado las pruebas necesarias.

Cuando el acusado es pobre y sólo cuenta con los servicios hipotéticos del defensor de oficio, sucede frecuentemente que dure privado de su libertad un tiempo mayor que el que corresponde a la pena señalada al delito que le es imputado. No son raros, tampoco, los casos en que a un reo inocente, por no poder pagar un defensor particular, despues de largos meses e incluso hasta años de cautiverio, se le pone en libertad por no haberse comprobado su culpabilidad.

En cuanto al ofendido, son raras las veces que obtiene la reparación del daño.

Todo lo anteriormente señalado, nos da cierta necesidad de aceptar, que siendo el defensor, sea éste particular o de oficio, parte en el proceso penal, que existen una serie de deficiencias que hasta la fecha -- no se ha podido erradicar, cosa que viene a provocar que cada día se incremente notablemente el índice de delinquentes y en consecuencia lleguemos a pensar que el procedimiento penal, adolece de una serie de vicios que -- trascienden a la misma sociedad.

d) PREPOSICIONES PRACTICAS.

A manera de una posible solución a la serie de anomalías que se han señalado anteriormente, consideramos que para remediar esta situación sería conveniente aumentar el número de defensores de oficio que laboran en cada Juzgado, y quizá, de esa manera podrían cumplir fielmente con su cometido una vez hecho esto, formular una ley reglamentaria o bien introducir en los Códigos de Procedimientos Penales, los preceptos necesarios, a fin de lograr que los defensores de oficio realizarán una defensa efectiva de los inculpados que les sean señalados, obligándose a acreditar sus intervenciones y a informar sobre el resultado de las mismas.

Otra proposición sería erradicar definitivamente la constante violación al Artículo 22 Constitucional consistente en la prohibición de incomunicar a los detenidos, pues de Ésto se desprende que al defensor ni siquiera se le da oportunidad de poder siquiera preparar una defensa que en determinado momento resulte eficiente y oportuna para el acusado.

Tradicionalmente se ha hecho muy común que al Abogado Defensor cuando se entera de que un cliente está detenido, no se le permita hablar con él, nosotros consideramos que sería muy benéfico para una buena defensa, saber en que circunstancias el inculpado rinde su declaración, -- por lo que sería muy importante que al abogado se le permitiera asistir a ese acto, aún cuando no se le permita participar.

Consideramos que una medida de interés general sería lo referente a un estudio psicológico, al cual por obligación se debería practicar a todo inculpado, pues esto le permite al abogado defensor descubrir los motivos determinantes del delito cometido por el imputado, ya que el estudio de él, se capta la intención, el móvil, en fin, las circunstancias de ejecución.

Es perfectamente conocido el adagio que reza "El Abogado se hace en la práctica", y en estas condiciones, el estudiante de Derecho debe

practicar su carrera y consideramos que en su debido momento puede ser éste quien pueda engrosar la planta de defensores de oficio de un Tribunal- y además de que así se lograría una buena administración de justicia, ser viría de servicio social en nuestra carrera, que si bien es cierto existe, en muchas ocasiones el estudiante no llega a compenetrarse con el medio, - por verdadera falta de interés, por considerar que el servicio social es una obligación y no lo que propiamente es.

CAPITULO II

LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO

Sumario:

- 1.- *Importancia dle Estudio de las Partes.*
- 2.- *Qué se entiende por parte.*
- 3.- *Quienes son partes en el procedimiento penal*
- 4.- *Sintesis de las Doctrinas que hablan de las partes*
- 5.- *Definición de parte en el procedimiento penal.*

CAPÍTULO II

LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

1) Importancia del estudio de las Partes en el Procedimiento Penal.

De los sujetos procesales es necesario referirse de una manera específica en este estudio a aquellos de los que depende, en gran parte - la dinámica del proceso, y éstos vienen a ser las partes en el proceso.

Se ha hecho costumbre, principalmente entre la gente que carece del más mínimo conocimiento en lo que a técnica jurídica se refiere, - pensar que la aplicación exacta de la justicia depende exclusivamente de los tribunales, y sobre ellos caen las acusaciones de incompetencia, -- influyentismo, retardo en la tramitación de los procesos, de parcialidad etc., pero aún cuando no se puede eximirlos, muchas veces, de todo esto, la verdad es que la justicia no depende solamente de quien juzga, sino - de la actuación de las partes en el proceso, puesto que son éstas principalmente las que ponen en juego todos los recursos necesarios para definir un caso.

Acorde con lo que acabamos de citar, nos resulta importante el estudio de las partes en el procedimiento penal. Importa, ante todo, saber con exactitud, quienes de los sujetos procesales que hemos mencionado son partes y cuales los derechos que la ley les concede, porque de esto depende su actuación y en última instancia, el resultado final del -- juicio. Analizaremos estas dos cuestiones desde el punto de vista teórico, legal y práctico. Es decir, examinaremos brevemente la doctrina respecto de las partes en el procedimiento penal la solución que da la ley-mexicana y la realidad actual tendientes a introducir reformas sustanciales en las normas legales que se refieren a las partes y a su actuación en el procedimiento penal.

2) ¿Qué se entiende por parte?

La tradición ha consagrado que se llame parte, a toda persona-

La tradición ha consagrado que se llame parte, a toda persona - que intervenga de manera directa en el proceso. De acuerdo con estas - - ideas, parte será todo aquel que inicia o contra quien se inicia determinada acción, lo que equivale a decir que sólo son partes en el proceso penal, el Ministerio Público como órgano de acusación y el inculpado como - sujeto en contra de quien se endereza, por cuanto a que la ley les reconoce derechos y obligaciones de orden formal, derivados de su actuación en el proceso, lo que nos lleva a la conclusión de que tiene escaso valor -- práctico el uso novedoso de "sujetos procesales" y que es preferible llamarlos partes porque se amolda a la finalidad que persigue el proceso penal.

Parte es en consecuencia "aquél que deduce en el proceso penal o en contra de quien se deduce una relación de derecho sustantivo por - cuanto está investido de las facultades procesales necesarias para hacer valer, o, respectivamente para oponerse y contradecir". (36)

3.- ¿Quiénes son partes en el procedimiento?

Pese a que existen diversas teorías sobre este punto, algunas niegan y otras admiten la existencia de partes en el procedimiento, otras admiten la existencia de partes en el procedimiento, otras señalan que sólo existe una parte en el proceso y otras señalan que existen varias - partes en el mismo, las cuales analizaremos más adelante. Nosotros aceptamos que en el proceso penal debe haber partes en virtud de que, dentro de un concepto democrático de la justicia, son necesarias para la satisfacción de los derechos de la sociedad, del acusado y del ofendido.

Ahora bien, falta determinar con precisión cuales de los sujetos procesales tienen el carácter de partes, es decir, falta elaborar un concepto jurídico de parte. Pese a que ha sido un tema muy discutido no se ha llegado se ha llegado a una solución definida, razón por la cual - analizaremos tres teorías: la teoría material, la formal y la mixta o - ecléctica.

(36) González Bustamante. Op. Cit. Pg. 139.

1) *Teoría Material.*- La relación substancial nace con el delito, en consecuencia los sujetos de esa relación no pueden ser sino el infractor de la Ley y el ofendido.

Estas son las únicas partes en el proceso penal. Es posible - que el ofendido y el acusado no actúen por sí mismos en el proceso; pero a pesar de todo son las partes en el mismo, unidos por la relación material derivada del acto delictuoso y quienes actúan en su nombre no son -- partes porque no comparecen por sí mismas, no defienden intereses propios.

2.- *Teoría Formal o Procesal.*- Según esta teoría, las partes en el proceso penal son los sujetos contendientes de la relación puramente procesal con total independencia de la relación material, puesto que puede llevarse a cabo un proceso penal sin que haya relación material, en el - caso, por ejemplo, de que la averiguación lleve al convencimiento de que no hubo delito.

3.- *Teoría Mixta o Eléctica.*- Esta teoría es conciliatoria -- entre las dos antes mencionadas.

Según Florian: "Para la elaboración del concepto de parte en el proceso penal, debe admitirse tanto la relación material como la procesal. En consecuencia, hay partes materiales y partes formales o procesales. - El o los acusados, son la parte material puesto que ejecutaron un acto - delictuoso y el Ministerio Público que participa en el juicio como Representante Social es parte procesal". [37]

Mittermaier dice: "Que no puede existir la relación procesal - sin la relación material puesto que ésta está contenida en aquella". Según este autor, el Estado representa en el juicio penal una masa de intereses y es parte material del mismo; pero el Ministerio Público que lo - representa es parte procesal. También el acusado es parte, puesto que -

[37] Florian Eugenio: "Elementos de Derecho Procesal Penal"
Trad. Española de E. Prieto Castro Bosh Editorial 1934 Pg. 130.

[38] Guarneri Ob. Cit. Pg. 90-94.

defiende una serie de derechos reales substanciales que le son propios".
[38].

4.- Doctrinas que hablan de las Partes en el Procedimiento Penal.

1) Teorías que niegan la existencia de partes en el procedimiento penal.

Tomando en consideración la naturaleza especial de los fines que se persiguen en el procedimiento penal, algunos autores niegan la existencia de partes en el proceso penal.

a) Teoría Totalitaria: Esta teoría fue expuesta por escritores y juristas alemanes después de la primera guerra mundial con el triunfo del Nacional Socialismo. Entonces se trató de proyectar la doctrina que fundamentaba cultura, inclusive al Derecho Penal.

"Como sabemos, el Nacional Socialismo persiguió fundamentalmente del Derecho y del Estado, sustituyéndolos por una idea comunitaria, según la cual se daba preferencia a la comunidad sobre el individuo, entendiendo por comunidad al pueblo alemán racialmente compuesto" comenta Bonnard. [39]

"Según esta teoría, el Derecho no es ordenadamente establecido en cuanto a los individuos y a base de derechos reconocidos a éstos, sino que es el ordenamiento jurídico de la colectividad constituida por individuos unidos en constante y mutuas correlaciones".

Es por esto que "las situaciones jurídicas reconocidas a los individuos, no son derechos subjetivos, es decir, poderes contra la comunidad destinados a dar satisfacción a los intereses individuales de aquellos. Sus situaciones jurídicas, tienen por finalidad asegurar los

[39] Roger Bonnard "El Derecho y El Estado en la Doctrina Nacional Socialista. Ediciones Bosh, 2da. Ed. Pg. 28 y S.

intereses de la comunidad" Agrega Bonnard (40).

Siguiendo estas ideas, algunos juristas alemanes sostuvieron - que: "La meta principal del proceso penal no es la justicia respecto de los particulares, sino uno más elevado: "Servir al organismo vivo de la comunidad popular resultado de la sangre y del suelo, del pasado, del -- presente y del futuro" Argumenta Guarneri (41).

Volviéndose contra la idea de la igualdad de las partes en el procedimiento penal, negaron que éstas existan afirmando que el Ministerio Público siempre combate previsto de poderes estatales, mientras que el acusado aparece inerme e indefenso.

Sin embargo no proclamaban la desaparición absoluta de las -- partes, sino tan sólo la extrema restricción de la actividad del acusado en el procedimiento y exageraban el dominio del Ministerio Público.

Sostenían que la preeminencia en el procedimiento penal del - Ministerio Público no constituía ningún peligro porque estaba obligado a la imparcialidad por ser abogado del Estado y sólo tenía interés en el castigo del culpable y no en el de cualquier persona, en cambio con esa preeminencia se evitaba que fueran borradas las huellas del delito y el oscurecimiento de la verdad.

Respecto del inculpado, debería evitarse que la preocupación de los llamados derechos de libertad, estuvieran encima de los intereses de la comunidad, por lo que el acusado intervendría en el proceso como auténtica parte dotado de derechos y deberes; pero sólo en los -- actos posteriores a la instrucción, sin derecho a asumir las pruebas - pues en éstas debería imperar el poder soberano del Juez a quien se -- atribula el dominio de los debates. En otros términos, el reo no debe ria ser "Sujeto del proceso, sino objeto de las investigaciones".

(40) Bonnard: Ob. Cit. Pg. 67

(41) Guarneri: Ob. Cit. Pg. 79.

Ciertamente que todas estas argumentaciones, dentro de la filosofía misma del Nacional Socialismo, no carecen de fuerza y de interés - pero entrañan el peligro de entregar al acusado en manos de poderes dictatoriales, de anular prácticamente su defensa.

b) Teoría Positivista.

Los adeptos de esta teoría son una serie de escritores, juristas y criminólogos que sostienen que debe desaparecer el concepto de partes en el procedimiento penal, por ser poco útil. "Sostienen que la admisión de partes en el mencionado proceso, se debe al error de haber introducido en el Derecho Penal procesal, una institución del Derecho Civil".

"El proceso penal, según esta teoría, se desarrolla a través - de dos periodos:

a) El de la comprobación del hecho; y b) El de la comprobación del tipo en que pertenezca el infractor de una Ley Penal, de acuerdo con la clasificación antropológica".

El proceso en el primer periodo debe estar bajo la dirección de un Magistrado a quien corresponde exclusivamente comprobar el hecho. El segundo periodo, afirman algunos autores, pertenece también al Magistrado y otros al Director de un Centro Psíquico-Moral que determine si se trata de un loco, en cuyo caso será preciso enviarlo a un manicomio o de un cuado que sería condenado a trabajos forzados, negándose, en -- ambos casos, todo recurso al delincuente". Expone Guarneri [42]

II Teorías que admiten la existencia de una sola parte en el procedimiento penal.

Los autores que sostienen esta teoría son Otto Mayer y Manzini: Para Otto Mayer en todo proceso intervienen una o varias partes, --

pues si no hay cuando menos una, no hay proceso. En el caso de que se reconozca una sola, el proceso se llama de justicia única y cuando son más más, nos hallamos ante un proceso contradictorio.

El proceso penal corresponde al caso de la justicia única porque no hay más parte que el acusado que se encuentra frente al Estado -- como Juez y Acusador.

Manzini opina de igual forma y dice "Que si se otorga al Ministerio Público, el papel de parte sin serlo, en realidad no es parte verdadera, sino una parte formal para facilitar el desarrollo del proceso". (43).

III.- Teorías que admiten la existencia de varias partes en el procedimiento penal.

Dentro de la teoría positiva hay autores que consideran que -- "En los dos periodos del proceso penal, señalados por la misma, deben intervenir el acusador y el acusado, como partes" (44).

Guarneri hace una distinción entre la actuación del Estado como autoridad y como parte: "Dentro del campo del Derecho Constitucional actúa como autoridad, pero en el proceso penal es parte: pues por medio del Ministerio Público representa a la Sociedad que a la vez que el acusado comparece ante el Juez para pedir Justicia". (45)

Como consecuencia de todas estas teorías contradictorias nos atrevemos a exponer una nueva teoría según la cual las partes en el procedimiento penal existen y de igual manera tienen su carácter de reales y formales. Razón por la cual hemos querido elaborar una definición de-

(43) Manzini: Ob. Cit. Pág. 631

(44) Guarneri: Ob: Cit. Pg. 95-96

(45) Guarneri: Ob. Cit. Pg. 32-33.

parte, que nos amplie dicho concepto para su mejor entendimiento y apreciación.

5).- Definición de parte en el Procedimiento Penal.

Las partes en las que intervienen en la relación procesal, o sea, la sociedad que es materialmente vulnerada por el delito; el delincuente que comete materialmente el acto delictuoso y el ofendido en cuya persona sufre la sociedad el impacto de aquel acto. Las partes formales del proceso son: El Ministerio Público que comparece ante el Juez o Tribunal en representación de la sociedad; el acusado que defiende su libertad, su crédito, su nombre; el defensor del acusado que representa a éste dentro del juicio penal y el ofendido que demanda justicia y la satisfacción de intereses materiales.

Las partes formales son las que desarrollan lo que pudiera llamarse la dinámica del proceso, las que lo hacen posible puesto que la comparación real de la sociedad o del Estado, son imposibles, además de que en la mayoría de los casos el reo no puede defenderse por sí mismo. En estas condiciones, para darle forma al proceso, es necesario crear y admitir la representación de las partes reales del mismo, que no puedan actuar por sí mismas y por eso les llamamos partes formales.

En consecuencia, podríamos definir a las partes en el procedimiento penal, de la manera siguiente:

"Partes son quienes defienden un interés propio y los representantes de quienes no pueden defenderlo por sí mismo".

CAPITULO III

AVERIGUACION PREVIA

Sumario:

- 1.- Inicio de la Averiguación Previa
- 2.- Fase Persecutoria
- 3.- La averiguación previa como Fase Inquisitorial el Procedimiento Penal.
- 4.- Conclusión de la Averiguación Previa.

CAPITULO III

AVERIGUACION PREVIA

1.- Inicio de la Averiguación Previa.

El periodo de Averiguación Previa tiene por objeto reunir los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución General de la República para el ejercicio de la Acción Penal.

Es pues, un periodo de preparación de la acción, que desarrolla el Ministerio Público.

La averiguación se inicia:

- a) De oficio
- b) Por Denuncia
- c) Por Querrela
- d) Por Querrela Necesaria

a) Iniciación de Oficio.- Por proceder de Oficio se entiende proceder oficialmente, es decir, en razón de la propia autoridad de que está investido el Ministerio Público de acuerdo con el Artículo 21 - Constitucional.

Este principio denominado de la oficialidad, reconoce dos -- excepciones: Primera, cuando se trate de delitos en los que solamente - se puede proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha formulado; y Segunda: cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha - cumplido.

"Los requisitos previos se exigen, generalmente, tanto por - la legislación Federal como la local, para proceder contra altos funcio - narios de la Federación y de los Estados respectivamente.

El Código de Procedimientos Penales no contiene expresamente -- ninguna excepción al principio de la obligatoriedad de la denuncia. "Sin embargo, debe entenderse que las personas que no están obligadas a declarar en contra del inculcado, tampoco están obligadas a denunciarlo. Estas personas son el tutor, curador, pupilo o cónyuge del autor del delito, y - sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendiente - sin limitación de grado, y en la colateral hasta el tercero inclusive, y - los que estén ligados con él por vínculo de afecto. (46)

b) Iniciación por Denuncia. - Se define la denuncia como la noticia de la comisión de un delito, dada a la autoridad encargada de perseguirlo.

El Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice: "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que proceda denuncia, -- acusación o querrela..."

Se ha entendido que, de acuerdo con el precepto constitucional transcrito, el periodo de averiguación previa, solamente puede iniciarse previa presentación ante el Ministerio Público de la denuncia, -- acusación o querrela y que, por lo tanto, dicho precepto prohíbe implícitamente la realización de pesquisas. En consecuencia, todas las autoridades que ejecuten funciones de policía judicial se abstendrán de indagar respecto de la comisión de delitos en general y solamente procederán a investigar aquellos que les han sido denunciados o querrellados.

La denuncia es de carácter obligatorio y, en consecuencia -- tanto los particulares como los funcionarios públicos, que tengan noticia de algún delito perseguible de oficio, es decir, que no necesita querrela del ofendido, están obligados a denunciarlo ante el Ministerio Público, o en caso de urgencia, por lo que respecta a los particulares, ante cual -- quier funcionario o agente de la policía.

[46] Fernando Arilla Baz: "El Procedimiento Penal en México" Editorial Divulgación Literaria Mexicana, México, D.F., 1963 Pg. 74.

c) *Iniciación por Querrela.*- Se define por querrela como la imputación de la perpetración de un delito hecho por el ofendido a personas determinadas, pidiendo se les sancione penalmente. No hay que confundir esta clase de querrela con la denominada querrela necesaria, ya que en la primera se protege un interés social, lo que no sucede en esta última, pues el interés es particular.

d) *Iniciación por querrela necesaria.*- Se denomina querrela necesaria a la requerida por la ley para la persecución de determinados delitos, que, por disposición expresa de la propia Ley y como excepción al principio de la oficialidad, solamente pueden ser perseguidos por el Ministerio Público a solicitud del ofendido y en la cual se salvaguarda un interés particular.

Según Arilla Baz: Los delitos privados respecto de los cuales solamente se puede proceder previa querrela son: estupro, raptó, adulterio, abandono de hogar, golpes simples, injurias, difamación, calumnia, robo o fraude entre cónyuges, por un suegro contra su yerno o nuera, por éstos -- contra aquél, por padrastro contra su hijastro o viceversa, por un hermano contra un hermano, abuso de confianza y daño en propiedad ajena, cometido con motivo del tránsito de vehículos o por imprudencia". (47)

Pérez Palma dice: "Las averiguaciones previas no están previstas ni reguladas en la Constitución de 1917, ¿Por qué? Se ha considerado que esa omisión, uno de los más graves defectos de ese Código Político, se debe, por una parte, a confusiones en la mente de los constituyentes, y -- por otra, a que no alcanzaron a comprender, en toda su amplitud, la trascendencia y los alcances que implicaba el distingo entre la función jurisdiccional y la persecutoria del delito establecida en el artículo 21 constitucional. (48)

(47) Arilla Baz: Ob. Cit. Pg. 76

(48) Rafael Pérez Palma: "Guía de Derecho Procesal Penal"
Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, D.F. 1975, Pg. 245.

Era evidente que si al Ministerio Público habría de corresponder la persecución del delito, dentro y fuera del procedimiento jurisdiccional, se le concedieran constitucionalmente facultades para instruir la fase previa al ejercicio de la acción penal, se le diera tiempo para practicar diligencias, en comprobación del cuerpo del delito, término para la consignación de los detenidos y oportunidad para resolver si ejercitaría o no la acción; sin embargo, el constituyente no pensó en ello y dejó de regular o reglamentar las averiguaciones previas.

El resultado de esa omisión ahora se sufre y se padece:

El Ministerio Público se toma tranquilamente el tiempo que necesita para redondear o para completar su investigación, prolonga la detención de los detenidos el tiempo que sea necesario, sin remedio legal y a pesar de las diarias protestas del público y particularmente de los que tienen la desgracia de caer en sus cárceles.

El Constituyente, por su imprevisión, indujo al Ministerio Público a la violación de las garantías que por otra parte establecía.

"La Averiguación Previa en sí, tal como está concebida actualmente, tiene todas las características del procedimiento inquisitorio, -- pues es escrito, secreto, unilateral, no contradictorio, sin derecho real a la defensa, ni de intervención de defensor en las diligencias que practique el funcionario encargado de ellas, con incomunicación parcial de los detenidos hacia el exterior; sus métodos de investigación siguen -- siendo los pretéritos, ya que las ciencias de la criminología no han -- podido descubrir otros nuevos" (49)

Frente a estas aseveraciones se dirá que no hay otra forma de evitar esas situaciones y en ello, se habrá de convenir y aceptar que tienen toda la razón.

(49) Pérez Palma: Ob. Cit. Pg. 246

Las exigencias de la policía, fundamentalmente frente al delito organizado, son mayores cada día; la inseguridad de las personas o de la propiedad, la tranquilidad social exige a cada momento de métodos más -- perfeccionados en la investigación que al mismo tiempo que respeten las garantías individuales, consigan resultados eficientes.

En consecuencia, pese a los graves defectos de que se halla rodeada la averiguación previa, mientras la criminología no descubra algún -- método o procedimiento que supere al actual, se habrá de seguir con los me todos tradicionales.

Las investigaciones de la policía forzosamente tienen que ser -- secretas, ya que la publicidad de sus descubrimientos se convierte en arma para los delincuentes, pudiendo eludir más fácilmente la acción de la justicia.

No pueden dar lugar a un procedimiento contradictorio, porque el debate no haría sino entorpecer las investigaciones y además implicaría revelación de datos que pueden ser aprovechados por los delincuentes; tampoco puede conceder derecho a la Defensa, porque las investigaciones -- no son propiamente acusatorias, sino inquisidoras de una verdad histórica, que será necesaria en el proceso para conocimiento del Juez; tampoco puede permitir la presencia del defensor en la toma de declaración indagatoria de los detenidos, pues la defensa sobre la materialidad de los hechos delictuosos no corresponde a nadie, sino al acusado. La defensa técnica--necesaria e indispensable se considera importante dentro de la averiguación previa el impedir la asistencia del defensor porque de esa manera no se da oportunidad al delincuente para aconsejarse o ponerse de acuerdo a fin de eludir el castigo o desorientar la investigación.

Que la Averiguación Previa tiene por objeto principal el asegurar un castigo y descubrir un responsable, es cierto, pero ello no implica un defecto, sino el cumplimiento de una obligación y la satisfacción de -- una exigencia social. Desgraciadamente debemos aceptar, si se quiere, que la Averiguación Previa, con sus métodos actuales es un mal. pero un mal ne

cesario, ante el mal y el daño que ocasiona el delito.

ARILLA BAZ opina: "La práctica de la Averiguación Previa se sujeta a dos clases de normas: Legales y Técnicas. Las Normas Legales están contenidas en el Código de Procedimientos Penales y las Técnicas - - son extraídas de diferentes ciencias y aplicadas a la Investigación. (50)

El Agente del Ministerio Público que ha tenido conocimiento de un delito por medio de denuncia, acusación o querrela, como manda el artículo 16 Constitucional. Deberá observar, para los efectos de iniciar la investigación, las medidas siguientes:

a) Proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas del delito. No hay que confundir la seguridad con el auxilio. La primera tiene por objeto colocar a la víctima del delito a salvo del peligro propio del delito. El segundo tiende a cambio a reparar el daño causado por el propio delito.

Entre las formas de auxilio a la víctima del delito figura, especialmente, la atención médica a quienes hayan sufrido lesiones. Los Códigos de Procedimientos Penales, regulan ampliamente esta atención.

b) Trasladarse al lugar del hecho, cuando proceda a practicar la Inspección Ocular. No hay que olvidar que existe un gran número de delitos en los cuales la inspección del lugar reviste una importancia esencial para la investigación. Son estos delitos el homicidio, el robo, el asalto, el despojo, etc.

c) Impedir que se pierdan, destruyan, o alteren las huellas o vestigios del hecho delictivo y los instrumentos, cosas; objetos o efectos del mismo. Esta diligencia es de capitalísima importancia para comprobar tanto el cuerpo del delito como la responsabilidad del delincuente.

Son huellas del delito los signos materiales producidos por la ejecución del delito. Estas huellas son de diferentes clases.

Vestigio puede ser considerado como sinónimo de Huella.

Si el Ministerio Público no describe huellas, instrumentos u objetos del delito, hará constar, oyendo juicio de peritos, si la desaparición de las pruebas materiales, sucedió natural, casual o intencionalmente, las causas de aquella y los medios que para lograrlo se suponga -- fueron empleados.

Cuando el delito fuere de los que no dejan huellas de su perpetración, se procurará hacer constar, por declaraciones de testigos y -- por los demás medios de comprobación, la ejecución del mismo y sus circunstancias, así como la preexistencia de la cosa, cuando el delito hubiera tenido por objeto la sustracción de ella.

Reciben el nombre de instrumentos del delito, los medios de -- que el delincuente se sirvió para ejecutarlo.

La conservación de los instrumentos del delito tiene una doble importancia. Disponer de un importante elemento de convicción, tanto por el propio instrumento como por las huellas que pueden existir en él, y posibilitar el decomiso de los mismos en la sentencia.

Las cosas efectuadas por el delito pueden ofrecer gran variedad. A veces la acción del delito recae sobre una cosa o un objeto. Es pecialmente los delitos patrimoniales pueden recaer sobre cosas, que pueden o no ser objeto del delito, tenemos el dinero del robo, el inmueble del despojo. Como ejemplo de cosas que no son objeto del delito, podemos citar la caja fuerte fracturada para cometer el robo.

Se denomina finalmente, efectos del delito, los resultados materiales producidos por la acción delictiva.

En ocasiones el efecto del delito puede consistir en la creación de una cosa; por ejemplo: un documento falso, un escrito injurioso, una estampa pornográfica, una substancia comestible o medicinal, etc.

Las huellas del delito deberán ser descritas en el acta de inspección ocular y reproducidas mediante algún procedimiento gráfico: fotografía o dibujo.

Los instrumentos, cosas, objetos y efectos, además de descritos minuciosamente en el acta de averiguación previa, deberán ser conservados y puestos a disposición del Juez.

d) Saber qué personas fueron testigos del hecho. El Agente -- del Ministerio Público, preguntará, en todo caso, al denunciante y al querrelante si hubo o no testigos de los hechos. También harán idéntica pregunta a las personas que encuentren en los alrededores del hecho, cuando practique la diligencia de inspección ocular.

La búsqueda de testigos y la identificación precisa de quienes presenciaron los hechos no solamente proporciona valiosos elementos probatorios, sino que además impide la presentación posterior de falsos testigos presenciales por parte del procesado o su defensor.

e) Impedir que se dificulte la averiguación para la cual adoptarán todas las medidas que, en cada caso concreto, estimen adecuadas, y que desde luego no sean violatorias de las garantías individuales, por lo cual nunca y por ningún concepto podrán incomunicar a los detenidos.

Como podemos apreciar con lo anteriormente señalado, desde que se inicia una averiguación previa, el Abogado Defensor se encuentra en -- una gran desventaja, puesto que no tiene facilidades, para poder ir preparando un sistema de defensa que le permita ir acorde con la secuela del -- procedimiento. Sería de gran utilidad que se le permitiera al Abogado Defensor, cuando menos, tener conocimiento de los resultados que se vayan -- dando conforme avanza la investigación, que es lo que realmente se pretende realizar en la fase de Averiguación Previa.

a) FASE PERSECUTORIA.

La libertad del hombre, como atributo esencial de su naturaleza se reconoce en sus primordiales manifestaciones por nuestra Constitución - pero el simple reconocimiento de la potestad libertaria natural, es decir, su elevación a la categoría de Derecho Público subjetivo, del que es titular todo gobernado y la obligación correlativa necesariamente existente - a cargo de las autoridades del Estado serian meras declaraciones constitucionales teóricas o ideales sin la implantación, en la propia Ley Suprema, de las condiciones ineludibles, para su respeto, eficacia y exigibilidad, cuyo conjunto integra las llamadas "Garantías de Seguridad Jurídica" (50) Estas encauzan coercitivamente la actividad de las autoridades Estatales - cuando tiende a afectar la libertad personal, previniendo los casos en -- que dicha afectación es procedente. Por ello, dentro del régimen de derecho establecido por la Constitución, el gobernado no sólo goza de su libertad natural erigida en Derecho Sustantivo oponible al poder público, - sino que vive en un ámbito que le asegura que ese Derecho no le puede ser arrebatado ni restringido sino en las situaciones y mediante las exigencias previstas en los mandamientos constitucionales.

Aludiendo específicamente a la Libertad Física del Hombre, denominada comúnmente (Libertad Personal) y que se traduce en la situación negativa de no estar impedido heterónomamente para movilizarse o desplazarse según sus deseos, o sea, de no estar en cautiverio, nuestra constitución la asegura al través de diferentes disposiciones que consignan distintas garantías de seguridad jurídica, para evitar, tanto su afectación arbitraria por parte de los órganos del Estado, como su prolongada o - indefinida restricción.

De ahí que la Ley fundamental del país señale los casos en que la Libertad Personal puede afectarse, las autoridades que únicamente pueden realizar los actos de afectación y los plazos en que el sujeto puede permanecer detenido o aprehendido en las diversas etapas en que se desarrolla el procedimiento originado por la causa o motivo que provoca la detención o la aprehensión.

(50) Rigoberto López Valdívila: "Ampliación del término de 24 horas a que se refiere la fracción XVIII del Art. 107 de la Constitución". Méx. 1959, Pg. 11

Así la Constitución establece el principio general de que sólo la Autoridad Judicial puede librar una orden de aprehensión o detención y siempre que exista denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley castigue con pena corporal y que dicha denuncia, acusación o querrela estén apoyadas "por declaración, bajo protesta, de persona digna de fé o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpa-do" (Art. 16 Constitucional).

Por su parte, el Artículo 21 Constitucional atribuye el monopolio de la persecución de los delitos al Ministerio Público y a la Policía Judicial, que debe estar bajo su autoridad y mando inmediato; y es evidente que la función persecutoria entraña por modo ineludible la función investigatoria tendiente a constatar la comisión del hecho delictivo y los datos o elementos que hagan probable la responsabilidad de su autor o autores, para el efecto del ejercicio de la acción penal ante los tribunales.

Cohonestando los artículos 16 y 21 de la Constitución, es decir, parentizando la vinculación lógico normativa que entre ambos existe, las garantías de seguridad jurídica que respectivamente prevén en favor de la libertad personal, se manifiestan en las siguientes condiciones para que ésta sea constitucionalmente afectable: a) La formulación, ante el Ministerio Público, de una denuncia, acusación o querrela sobre un hecho que configure un delito castigable con pena corporal; b) La aportación o allegamiento de los elementos o datos que hagan probable la responsabilidad del inculpa-do; c) La consignación de las diligencias correspondientes a la autoridad judicial con pedimento de orden de aprehensión (ejercicio de la acción penal); libramiento de esta orden por dicha autoridad; y d) ejecución de la misma por la policía judicial.

La conjunción de las condiciones apuntadas demarca la situación constitucional de la libertad personal frente a su posible afectación por el Poder Público, suministrando los principios categóricos siguientes:

a) Sólo la autoridad judicial puede ordenar la detención o aprehensión de un sujeto, es decir: "ningún órgano del Estado, distinto de ella, puede detener o aprehender a persona alguna.

b) Únicamente el Ministerio Público y la Policía Judicial que de Él dependa, pueden perseguir los delitos, o sea, desplegar la función - investigatoria de éstos y de sus autores tendientes a determinar la probable responsabilidad del inculcado en que necesariamente debe basarse la orden judicial sea aprehensión o detención". (51)

c) El acto consignativo ante los tribunales, en que se ejercita la acción penal contra una persona, nada más incumbe al Ministerio Público, sin que éste pueda, mutuo propio, detener o aprehender a nadie.

Es evidente que la función investigatoria de los delitos y de sus posibles autores no está sujeta a ningún término, pues el Ministerio - Público o la Policía Judicial bajo su mando directo disponen de un tiempo - indefinido para preparar debidamente la consignación judicial de una persona, sin que a dicha Institución Social le sea dable restringir ni afectar la libertad de nadie aunque se trate del presunto responsable. De ahí que la práctica de formular una consignación ante la autoridad judicial (con - detenido), sea una corruptela contraria a los principios constitucionales que hemos enunciado, y sobre todo, al que preconiza que la detención o la aprehensión únicamente debe provenir de dicha autoridad. Por lo anteriormente señalado nos damos cuenta que el artículo 16 Constitucional adolece de dos excepciones importantes:

1).- La primera de ellas se refiere al caso de (delito flagrante), o sea, aquel cuyo autor es arrestado en el momento de estarlo cometiendo o perseguirlo materialmente después de haberlo cometido. En esta hipótesis, el precepto invocado faculta a cualquier persona (particular o funcionario) para aprehender al delincuente y a sus cómplices, con la obligación de ponerlos, sin demora, a disposición de la autoridad inmediata, misma que, por virtud de sus funciones, debe ser el Ministerio Público, el cual, precisamente por tratarse de un delito flagrante, cuyos - autores o cómplices ya fueron detenidos, debe hacer desde luego la consignación judicial respectiva, sin que bajo ningún pretexto deba retener-

(51) López Valdivia: Ob. Cit. Pág. 14.

en su poder a los sujetos aprehendidos. Es obvio en consecuencia, que en este caso sí puede practicarse dicha consignación con detención, para que el Juez resuelva su situación jurídica de acuerdo con el Artículo 19 Constitucional.

2) La segunda excepción estriba en que "solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial".

La fórmula constitucional que se acaba de transcribir abre un ilimitado campo propicio al subjetivismo de las autoridades administrativas, incluyendo dentro de su tipo funcional y orgánico al Ministerio Público, para atentar contra la libertad personal de los gobernados. En efecto, la estimación de cuándo se está en presencia de un "caso urgente" queda al arbitrio de cualquiera autoridad que pretenda detener a una persona sin orden judicial. Bien es cierto que el legislador estableció un criterio de calificación de la "urgencia"; pero también es verdad que éste no sólo no eliminó el subjetivismo, sino que lo reafirmó, al disponer que "existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente por la hora o por la -- distancia del lugar en que se practica la detención no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existan serios -- temores de que el responsable se sustraiga a la acción de la justicia".

Por tanto, es suficiente que cualquier autoridad administrativa abrigue estos temores en su insondable fuero interno, para que por sí y ante sí estime que se trata de un "caso urgente" y proceda a detener a la -- persona que en su concepto, sea la autora de un delito que se persiga de -- oficio. Y esta consideración, que pudiere parecer una simple conjetura. -- se refleja aguda y gravemente en la realidad, misma que registra con demasiada frecuencia, casos en que, sin orden judicial, se priva a una persona de su libertad no sólo por funcionarios del Ministerio Público, sino por -- autoridades administrativas a las que constitucional y legalmente no -- incumbe la persecución de los delitos.

Esta situación real se antoja evidentemente injusta pero no -
 inconstitucional, pues el artículo 16 prohija el criterio subjetivo y -
 hasta arbitrario de la autoridad administrativa para determinar la ur -
 gencia del caso y ordenar, por consecuencia, la detención de una persona,
 pudiendo afirmarse que, merced a la salvedad de que tratamos, se vuelve -
 engañoso el principio general de que sólo por decisión judicial procede -
 la aprehensión. En otras palabras, al establecer la excepción de "caso -
 urgente" el artículo 16 constitucional se suicida en lo que respecta al -
 mencionado principio y prueba de ello es que en la práctica abundan las -
 "consignaciones tardías con detenido". (52)

Es por esto que nos atrevemos a decir que la excepción a que -
 nos referimos entraña una seria amenaza para la libertad personal de los
 gobernados, imponiéndose como necesidad inaplazable una reforma parcial -
 al artículo 16 Constitucional en lo que a esto se refiere.

Sólo eliminando de este precepto el subjetivismo que preconiza
 se puede conjurar esa amenaza. Las modificaciones que se sugieren deben
 señalar expresamente los caos en que una autoridad administrativa, inclu-
 yendo al Ministerio Público, pueda detener a una persona sin orden judi-
 cial, sustituyéndose con ese señalamiento a la expresión equívoca de caso
 urgente". Además al fijar los casos en que dicha detención proceda, de-
 ben tomarse en cuenta no sólo los delitos que se persigan de oficio, sino
 también aquellos que dañen o amenacen con dañar la Economía Nacional, a -
 las Instituciones Nacionales o a los intereses de la colectividad.

Dentro de la hipótesis de4 "caso urgente" el artículo 16 consti-
 tucional impone a la autoridad administrativa aprehensora la obligación de
 poner inmediatamente al detenido (a disposición de la autoridad judicial).
 Este adverbio excluye todo término, pues significa que tan pronto como se-
 practique la detención se consigne al aprehendido ante el Juez, contrarian

(52) Machorro Narvaez Paulino: "El Ministerio Público, la Intervención de
 Tercero en el Procedimiento Penal y la Obligación de Consignar según
 la Constitución". Publicaciones de la Academia Mexicana de Jurispru-
 dencia y Legislación, México 1941. Pág. 109.

do la lógica, ha tomado carta de naturalización en nuestro ambiente jurídico, la idea de que la inmediatez a que alude dicho precepto se traduce en el plazo de 24 horas previsto por la fracción XVIII del Artículo 107 constitucional. O sea, que la autoridad administrativa que detiene a una persona debe ponerla a disposición de la autoridad judicial transcurrido dicho plazo, lo que equivale a afirmar que su consignación no es inmediata - a la aprehensión, sino una vez fenecido ese término.

Ahora bien, conforme al propósito antes anunciado, en el sentido de que en los casos que de manera específica debe consignar el artículo 16 constitucional, es evidente que dicha institución estaría imposibilitada para investigar el delito de que se trate y determinar la probable responsabilidad de su autor o autores, si estuviese obligado a poner inmediatamente al detenido a disposición de la autoridad judicial.

Por ante las reformas que se sugieren deben establecer un término razonable y justo para que, en la hipótesis apuntada, el Ministerio-Público, pueda cumplir debidamente su alto cometido constitucional y legal, en la efectiva persecución de los delitos, mediante la práctica de las diligencias indispensables tendientes a asegurar, ya no el libramiento de una orden judicial de aprehensión, sino un auto de formal prisión - contra el inculpado o inculpados. Y es que la tarea persecutoria que tiene encomendada la citada Institución Social, comprende no sólo la determinación delictiva del hecho que ante ella se denuncia, o de que tiene conocimiento, sino el acopio de los datos o elementos que demuestren la presunta responsabilidad del detenido, misma que será declarada en el auto de procesamiento que dicte el Juez ante quien se formule la consignación-correspondiente. Apoyando estas consideraciones es dable sostener que -- "La justicia penal empieza a impartirse en la actuación prejudicial del Ministerio Público", [53] pues la misión constitucional que tiene asignada no lo convierte en un obcecado y fatal acusador. Se ha dicho que el Ministerio Público es una Institución de buena fe, y esta buena fe se funda en la capacidad funcional que tiene para decidir si ejercita o no la -

[53] López Valdivia: Ob. Cit. Pág. 22.

acción penal, previa la determinación del carácter delictivo de un hecho humano y de la presunta responsabilidad de su autor. Dicho de otra manera, en la actuación del Ministerio Público palpita un indiscutible interés social, éste no sólo se manifiesta en el ejercicio de la acción penal contra los autores de un delito, sino en la abstención de entablarle cuando carezca de los datos o elementos que demuestren la presunta responsabilidad del inculgado.

Sería una grave aberración suponer que el Ministerio Público tu viese en todo caso y por modo absoluto la obligación de consignar ante los tribunales a una persona, si el hecho imputado a ésta no tuviese el carácter de delito y si no existiesen, aún presuntivamente, circunstancias que revelaran su aparente o verdadera responsabilidad. "Nadie podría aceptar como válida desde el punto de vista de la justicia, de la moral y del derecho, la hipótesis de que el Ministerio Público acusare a un inocente o, al menos, a una persona cuya participación en un hecho delictivo no estuviese demostrada, pues dicha institución es perseguidora de delitos y no un órgano de ¹ venganza social o individual". (54)

González Bustamante expresa lo siguiente: "Admitiendo que en el período de la acusación estatal, corresponda al Estado el ejercicio de la acción penal, es inadmisibles que lo haga de una manera arbitraria sin sujetarse a determinadas disciplinas jurídicas y que corresponda al órgano que la promueve, decidir si la ejercita o si se desiste de ella, cuando lo estime conveniente. Siempre que el órgano encargado del ejercicio de la acción penal, tiene conocimiento de que se ha cometido un delito que se persiga de oficio, debe proceder sin demora, a su investigación y si las pruebas obtenidas han sido suficientes para satisfacer los presupuestos legales, debe reclamar la jurisdicción y perseguir la reparación del derecho violado. En los delitos de querrela, en los que se reconoce un margen de disposición procesal al ofendido, en orden a la naturaleza misma de esta clase de delitos, para la promovibilidad de la acción, además de los presupuestos generales, deben reunirse las condiciones de procedibilidad, o sea

[54] López Valdivia: Ob. Cit. Pág. 23

la expresa manifestación de voluntad del querellante o de quien legalmente asume su representación, para que la acción penal se ponga en movimiento". (55).

"La promovilidad de la acción, equivale a la persecución del delito y se establece cuando el órgano de acusación ocurre al órgano jurisdiccional y le pide que se avoque al conocimiento del caso; en el momento en que existe la conjunción entre el Ministerio Público y el Juez, podemos afirmar que existe la acción penal". (56)

La función persecutoria, como su nombre lo indica, consiste en perseguir los delitos o lo que es lo mismo, en buscar y reunir los elementos necesarios y hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la Ley. De esta manera, en la función persecutoria se vislumbra un contenido y una finalidad íntimamente entrelazados: el contenido, realizar las actividades necesarias para que el autor de un delito no evada la acción de la justicia; la finalidad, que se aplique a los delincuentes las consecuencias fijadas en la Ley.

La función persecutoria impone dos clases de actividades, a saber:

- a) Actividad investigadora, y
- b) Ejercicio de la Acción Penal.

A continuación haciendo una breve síntesis de esas actividades, en principio veremos:

a) Actividad Investigadora. La actividad investigadora entraña una labor de auténtica averiguación; de búsqueda constante de las pruebas que acreditan la existencia de los delitos y la responsabilidad -

(55) González Bustamante: Ob. Cit. Pág. 79.

(56) González Bustamante: Ob. Cit. Pág. 80.

de quienes en ellos participan. Durante esta actividad, el órgano que la realiza trata de proveerse las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos y poder estar en aptitud de comparecer ante los -- tribunales y pedir la aplicación de la Ley.

La actividad Investigadora es presupuesto forzoso y necesario - del ejercicio de la acción penal, es decir, del excitar a los tribunales - a la aplicación de la ley al caso concreto, pues es obvio que para pedir - la aplicación de la Ley a una situación histórica, es menester dar a conocer la propia situación y, por ende, previamente estar enterado de la misma.

De la actividad investigadora se puede predicar la calidad de pública en virtud de que toda ella se orienta a la satisfacción de necesidades de carácter social.

Los principios que rigen el desarrollo de la actividad que estamos estudiando son:

1.- La iniciación de la investigación, está regida por lo - - que bien podría llamarse "principio de requisitos de iniciación" (57). En cuanto no se deja a la iniciativa del órgano investigador, el comienzo de la misma investigación, sino que para dicho comienzo, se necesita la reunión de requisitos fijados en la Ley.

2.- La actividad investigadora está regida por el principio de la oficiosidad. Para la búsqueda de pruebas, hecha por el órgano encargado de la investigación, no se necesita la solicitud de parte, inclusive - en los delitos que se persiguen por querrela necesaria.

Iniciada la investigación, el órgano investigador, oficiosamente, lleva a cabo la búsqueda que hemos mencionado.

[57] Manuel Rivera Silva: "Procedimiento Penal" México 1958. Editorial Porrúa, S.A. Pág. 46.

3.- La investigación está sometida al principio de la Legalidad. Si bien es cierto que el órgano investigador de oficio practica su averiguación, también lo es que no queda a su arbitrio la forma de llevar a cabo la misma investigación. En resumen, el espíritu del Legislador se revela en el sentido de que, llenados los requisitos para que se inicie la investigación, ésta siempre debe llevarse a cabo aún en los casos en que el órgano investigador esti me inoportuno hacerlo, sujetándola a los preceptos fijados en la Ley.

4.- Ejercicio de la Acción Penal. La segunda actividad que abraza la función persecutoria, consiste en el llamado ejercicio de la acción penal. Para entender el ejercicio de la acción penal, previamente debe darse una noción de lo que es acción penal, y para ello, es necesario hacerlo con claridad y sencillez para su mejor entendimiento.

Si hemos expresado que el Estado, como representante de la Sociedad, vela por la armonía social, lógico resulta conceder al mismo, autoridad para reprimir todo lo que intente o conculque la buena vida gregaria. Al amparo de esta autoridad es indiscutible que en cuanto se comete el hecho delictuoso, surge el derecho-obligación del Estado de perseguirlo; más para que el propio Estado pueda actuar, resulta obvio que debe tener conocimiento del hecho e investigado éste, llegar a la conclusión de que es delictuoso, para de esta manera ejercitar su derecho ante la autoridad judicial, reclamando la aplicación de la ley. En otras palabras, si la autoridad judicial es la que reconoce para efectos ejecutivos, los derechos y el Estado tiene derecho a que se sancione al delincuente, debe reclamar el conocimiento de su derecho, ejercitando la acción penal una vez que ha reunido los elementos que lo convencen de la comisión de un delito.

Se hace necesario distinguir los siguientes momentos:

Primer momento:

- a) La facultad en abstracto del Estado, de perseguir los delitos.

- b) El derecho de persecución que hace cuando se ha cometido un delito: Acción Penal;
- c) La actividad que realiza el Estado cuando tiene conocimiento de un hecho que puede ser delictuoso; prepara -- ción de la acción procesal penal y,
- d) La reclamación de un derecho ante un órgano jurisdiccio^onal, cuando se estima que el hecho investigado es delictuoso: ejercicio de la acción penal.

Segundo momento:

Se puede decir que la comisión de un delito crea el derecho con^ocreto de perseguir al delincuente en los términos fijados en la Ley. -- Este dercho es el que se puede extinguir por muerte del delincuente, por perdón en el caso de los delitos que se persiguen por querrela necesaria, o por prescripción, por el transcurso del tiempo e igualmente este dere--cho es del que puede haber desistimiento cuando la Ley lo permite.

Tercer momento:

Está constituido por lo que bien pudiera llamarse Averiguación-Previa y tiene por finalidad que la autoridad investigadora pueda estimar si se ha cometido un delito, para en su caso, poder ejercitar la acción, o sea, reclamar su derecho.

Está constituido por un conjunto de actividades mediante las --cuales el Ministerio Público ejercitga la acción, reclamando del órgano --jurisdiccional el reconocimiento de su derecho, es decir, si tiene dere--cho a que se castigue al delincuente, realiza actividades para que la au--toridad judicial determine la sanción que se debe aplicar.

El artículo 136 del código Federal de Procedimientos Penales da al ejercicio de la acción penal, contenido análogo al que hemos señalado- El artículo en cita dice: "El ejercicio de la acción penal, corresponde -

al Ministerio Público" (58).

- 1.- Promover la incoación del procedimiento judicial.
- 2.- Solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión que sean procedentes;
- 3.- Pedir el aseguramiento precautorio de bienes, para los -- efectos de la reparación del daño.
- 4.- Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculpados.
- 5.- Pedir la aplicación de las sanciones respectivas, y
- 6.- En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal al aludir al ejercicio de la acción penal, también registra las ideas que hemos expuesto, pero por no tomar en consideración la buena fe de la institución del Ministerio Público, con poca técnica incluye en el ejercicio - la solicitud de la libertad de los procesados.

En purismo doctrinal, esta solicitud tiene la esencia de un desistimiento, y no de ejercicio de la acción penal.

Podemos definir la acción procesal penal o lo que es lo mismo, - el ejercicio de la acción penal, como un conjunto de actividades realizadas por el Ministro Público ante un órgano judicial, con la finalidad de que éste, a la postre, pueda declarar el derecho en un acto que el propio Ministerio público estima delictuoso.

(58) "Código Federal de Procedimientos Penales"

La definición dada nos ofrece los siguientes elementos.

- a) Un conjunto de actividades
- b) Una finalidad, y
- c) Un poder del que están investidas esas actividades.

A) Las actividades consisten en hacer determinadas gestiones - ante el órgano jurisdiccional. Ellas son realizadas por el Ministerio Público y se orientan a la finalidad que señalamos como segundo elemento. - La actividad es el cuerpo de la acción procesal penal, o mejor dicho, el elemento material, en el cual no es posible encontrar el principio y fin de la acción penal. Esto nos permite resolver en forma bastante sencilla el problema que se escuda en la interrogante ya trillada de cuándo nace - con el delito y la acción procesal penal se inicia cuando principian las actividades ante el órgano jurisdiccional con la finalidad de que declare el derecho en el caso en concreto, extinguiéndose cuando cesan esas actividades, es decir, refiriéndose a nuestro procedimiento legal y a un caso en que no se interrumpe la secuela normal del procedimiento, la acción -- procesal penal principia con la consignación, y termina con el acto realizado por el Ministerio Público, que precede a la sentencia firme. Así - pues, si es exacto que la acción penal nace con el delito; es inexacto -- que la acción procesal penal nazca con él.

Las características que animan la acción procesal penal, son -- las siguientes:

- 1.- La acción procesal penal es pública.

Con lo anterior queremos indicar, que tanto el fin como su objeto son públicos y que, por tanto, queda excluida de los ámbitos en los que se agitan únicamente intereses privados. En la Ley Mexicana se ha - lesionado, en parte, la característica que hemos apuntado, por haberse - involucrado, en la órbita de la acción penal y, en consecuencia, de su - ejercicio, lo relacionado con la reparación del daño, que en esencia, -- pertenece plenamente al mundo de los intereses privados.

2.- La acción procesal penal es indivisible.

Con esto se quiere indicar que tanto el derecho de castigar, - como el ejercicio de aquél, alcanza a todos los que han cometido un delito, sin distingo de personas.

Concluido el estudio de la actividad que encierra la acción procesal penal, analizaremos la finalidad que busca.

B) Con la Acción Procesal Penal se persiguen varias finalidades, las cuales se van solicitando unas a otras de manera forzosa y - necesaria. Como primera finalidad tenemos el lograr que el órgano jurisdiccional actúe, que la maquinaria judicial se ponga en movimiento. - A su vez, esta finalidad persigue el objeto de que el juzgador decida sobre determinada situación que se le plantea, convirtiendo, en su caso "el Delito Real" en "Delito Jurídico" (59) y aplicando las consecuencias correspondientes. Para obtener esta finalidad, el Ministerio Público, al perfeccionar el ejercicio de su acción procesal penal, fija - al Tribunal los extremos que él estima se deben enlazar; por una parte - el hecho concreto y por otra, el precepto jurídico aplicable. Lo dicho nos lleva a poder aseverar que la segunda finalidad buscada con la acción penal, es hacer efectiva una relación entre un hecho y un precepto jurídico.

C) Pasando al estudio del tercer elemento, nos encontramos - con que la acción procesal penal lleva en sí misma el poder de obligar al órgano jurisdiccional a que decida sobre una situación concreta que se le plantea. Se puede decir que quien tiene la acción penal, tiene - poder para poner en movimiento la maquinaria judicial, pero que este poder no debe entenderse como potestad arbitraria del órgano que tiene la Acción Penal para hacerla valer, sino como facultad que le impone la -- Ley.

En México, la Suprema Corte ha hecho de la exclusividad que - tiene el Ministerio Público para ejercitar la acción penal, o poder ab-

soluta que no obedece más pautas que las del capricho del mismo Ministerio Público.

Esta interpretación es del todo errónea, pues la acción procesal penal está sujeta al principio de la legalidad y si bien es cierto que no procede al amparo por falta de ella, también lo es que esta improcedencia obedece a que no se viola ninguna garantía individual, más no al hecho de que el Ministerio Público sea el único encargado de ejercer la acción penal aún en forma caprichosa.

Habiéndose explicado la acción procesal penal, para su cabal comprensión resta por señalar cómo y cuando se actualiza, o lo que es lo mismo, indicar los motivos que la provocan.

Los motivos que engendran la acción procesal penal, son lo mismo que los presupuestos lógicos, los cuales pueden ser mediatos o inmediatos.

Los mediatos son:

II.- La comisión de un hecho delictuoso, con lo que surge el derecho persecutorio en concreto: la acción penal;

II.- Que un acto sea dado a conocer por denuncia o querrela a la autoridad investigadora, y

III.- Que la autoridad investigadora averigüe las características del acto y la imputación que del mismo se pueda hacer a una persona, así como la culpabilidad ésta.

Como presupuesto inmediato, o lo que es lo mismo, el suceso, que directamente motiva el ejercicio de la acción penal, tenemos la creencia del propio Ministerio Público de poseer el derecho (Acción Penal) para exigir la aplicación de una sanción, en virtud de que basado

en la averiguación, estima que existe un "Delito Real" y que hay datos-- de los cuales se desprende la responsabilidad de un sujeto o sujetos. --
[60]

En síntesis consideramos que es de vital importancia que el Le gislador haga un verdadero análisis a los preceptos constitucionales, -- anteriormente citados, pues de éstos depende, en gran parte, la que se -- incurra en muchas ocasiones, en violaciones a los mismos, argumentando -- una mala interpretación o bien arguyendo la falta de precisión concep -- tual.

El Abogado defensor está conciente de que, si bien es cierto, -- existe cierta confusión en lo que a interpretación se refiere, también -- está conciente que la intención del constituyente siempre fue, ha sido, -- y será, con un verdadero sentido de Justicia, y por ende, con el más es -- tricto apego a la moral y al derecho.

Creemos que una reforma a estos preceptos, sería un gran logro en nuestra legislación, pues como todo proceso dialéctico, vivimos en -- una sociedad cambiante y como consecuencia sus instituciones deben ser -- constantemente analizadas y sometidas a consideración, para efecto de -- que vayan acorde con la época, y a su vez, se logre con mayor eficacia -- la armonía social que se pretende.

3) LA AVERIGUACION PREVIA COMO FASE INQUISITORIAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Sabemos que en la actualidad, de acuerdo con las Leyes Orgánicas del Ministerio Público y de nuestros Códigos de Procedimientos Penales, tanto el Federal como los de los Estados, la relación procesal o procedimiento penal en sentido lato se divide en cuatro etapas a saber:

AVERIGUACION PREVIA, que ocurre desde el momento en que se presenta la denuncia o la querrela en su caso, desde que una persona es detenida, hasta que el Ministerio Público resuelve o archiva el expediente por no haber delito que perseguir o ejercitar la acción penal, mediante la consignación:

PERIODO DE INSTRUCCION, que se divide en dos etapas perfectamente definidas, la primera de 72 horas o periodo preparatorio de Instrucción, en la que la autoridad judicial tiene que resolver si existen méritos suficientes para incoar proceso al acusado.

INSTRUCCION propiamente dicha o proceso en sentido estricto, que se establece a partir del auto de formal prisión y termina con el auto que lo cierra;

JUICIO que comprende las conclusiones de las partes, la celebración de la audiencia final y la sentencia.

Arilla Baz considera que la ejecución de la sentencia también forma parte del procedimiento y lo incluye dentro del procedimiento como el cuarto periodo de éste y se señala: "El periodo de ejecución es de competencia exclusiva del poder ejecutivo, el cual lo ejerce por medio del órgano administrativo adecuado que, respecto de los condenados en toda la República por delitos del fuero federal y en el Distrito Federal por delitos del fuero común, es el departamento de Prevención Social dependiente de la Secretaría de Gobernación". (61).

[61] Arilla Baz: Ob. Cit. Pág. 62

Rivera Silva opina: "Nosotros, siguiendo nuestra tradición, -- creemos que en el fenómeno jurídico se han deslindado perfectamente tres momentos que entrañan esencias diferentes y que son: el de hacer la ley, - el de aplicar la ley y el de ejecutarla. En México, estas actividades estan entregadas a poderes diferentes y no hay razón para que el aplicar la ley y el ejecutarla, sean vistos como actividades análogas. A nuestro parecer todo lo relacionado con la aplicación de la ley difiere plenariamente de lo relacionado con la ejecución de la sentencia, y Kelsen apoya este pensamiento, en cuanto que se deslinda perfectamente bien la ejecución y la norma individual de la sentencia judicial, colocándolas en grados diferentes de la pirámide jurídica" (62)

Nosotros consideramos que la ejecución de la sentencia no forma parte del procedimiento penal, pues se trata de una serie de actos encomendados a la autoridad administrativa.

A partir del momento en que se inicia la intervención del Juez, el procedimiento es nítidamente acusatorio, pues quedan perfectamente definidas las funciones del Juez, del Ministerio Público y de la Defensa, - sin que éstas sean jamás en una sola persona; el derecho de defensa es to tal y las audiencias son públicas, de manera que no hay probabilidades -- de que el reo sea compelido a declarar en su contra.

Sin embargo y muy a pesar de la opinión que algunos autores so tienen en contrario, como el Lic. Carlos Franco Sodi, quien en su Procedimiento Penal Mexicano, Tercera Edición, Pág. 95, dice: "Que él no participa de la opinión de que nuestro procedimiento tenga una fase o periodo inquisitorial, dando como razón para ello que el proceso penal propiamente-dicho es el Judicial, y no la Averiguación Previa" (63) es lo cierto que durante esta fase, que indudablemente forma parte del procedimiento penal

(62) Rivera Silva: Ob. Cit. Pág. 31

(63) Carlos Franco Sodi: "Procedimiento Penal Mexicano", Tercera Edición
Pág. 95.

latu sensu el procedimiento es manifiestamente inquisitorial, pues el acusado, ya sea que esté o no detenido, "No puede designar defensor; las audiencias no son públicas y lo que es más grave, toda la investigación -- que se practica tiene el carácter de secreta con relación al acusado y su abogado patrono, ya que durante este periodo no hay defensor, ni los códigos de Procedimientos Penales ni las Leyes Orgánicas del Ministerio Público contienen disposiciones en el sentido de que la Averiguación Previa de ba tener el carácter de inquisitorial; pero la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la práctica judicial en toda la República, se han orientado en el sentido de que las garantías consignadas -- por el Artículo 20 Constitucional, cuales son las de que en todo juicio -- del orden criminal el acusado tiene derecho a obtener su libertad bajo -- fianza, en los casos que proceda; a no ser compelido a declarar en su contra; a que el procedimiento sea público; a ser careado con los testigos -- que depongan en su contra; a que le reciban las pruebas que ofrezca; a -- ser juzgado en audiencia pública y dentro de un determinado plazo; a ser oído en defensa, etc., son garantías para la instrucción y el juicio exclusivamente, o en otras palabras, que son garantías de que el procesado puede gozar únicamente durante el periodo judicial del proceso penal, pero no durante la averiguación previa, ya que ésta, se dice, no forma parte del juicio criminal propiamente dicho, y toda vez que el artículo 20, de la Constitución empieza diciendo que: "en todo juicio criminal tendrá el acusado las siguientes garantías".

Es así que la Averiguación Previa no forma parte de juicio, -- pues éste consiste en la etapa judicial del proceso y nada más, luego -- se dice, durante la averiguación previa el acusado no puede exigir al goce de tales garantías.

Esta interpretación ha dado lugar a que en efecto, la averiguación previa tenga el carácter de inquisitorial, por las razones que han expuesto.

Para entrar directamente en materia diremos que la verdad de -- las cosas es que el Constituyente jamás pensó, no solamente en que algún

día llegara a existir como institución legal lo que ahora se conoce con el nombre de Averiguación Previa, sino menos aún pensó que ésta pudiera tener el carácter inquisitorial total o parcialmente, pues es evidente -- que lo que el legislador de Querétaro se propuso fue desterrar de plano -- el proceso Inquisitorial, aún en sus formas mixtas (en parte acusatorio y en parte parte inquisitorial), y aún fue más allá y barrió con cualquier vestigio de prácticas inquisitoriales como se desprende del texto del propio Artículo 20 Constitucional.

Resultaría absurdo suponer que si bien el Constituyente tuvo -- extraordinario empeño en quitarle al Juez sus funciones inquisitoriales, que lo convierten simultáneamente en acusador y parte, estuviera en cambio, conforme o de acuerdo en que tales funciones las asumiera en lo sucesivo el Ministerio Público; pues actualmente nos damos cuenta de que -- Este, durante la Averiguación Previa, "Actúa por sí y ante sí, con carácter de autoridad, y hace lo mismo que antes hacían los jueces, pues por una parte recaba ex officio, las pruebas de cargo, y por la otra, quiérase o no, tiene forzosamente que emitir y emite un juicio o valoración razonada sobre dichas pruebas, a efecto de determinar si ejerce la acción penal en contra del acusado o por el contrario declara que no hay delito que perseguir y manda archivar el expediente" (64) es decir, que el Ministerio Público hace indiscutiblemente funciones de Juez y parte, -- y en consecuencia, procede en forma inquisitorial.

La teoría de que las garantías establecidas por el Artículo 20 Constitucional son sólo garantías del periodo judicial del procedimiento penal, es falsa a todas luces, pues cuando el legislador dice en el referido precepto que "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado -- las siguientes garantías", emplea la palabra "Juicio" no en el sentido -- del proceso Judicial, sino en el sentido del procedimiento penal latu -- sensu, entendiéndolo por juicio lo que en el lenguaje popular se entiende por tal cosa, o sea el procedimiento en su totalidad, cualesquiera que -- sean los órganos que en él intervengan. La prueba de ello se saca de la lectura del segundo párrafo del multicitado artículo que dice: "No podrá ser compelido a declarar en su contra [el acusado]; por lo cual queda --

[64] López Valdivia: Ob. Cít. pág. 56

rigurosamente prohibida toda incomunicación, o cualquier otro medio que - tiene a aquel objeto", si la garantía Constitucional que aquí se consigna hubiera sido legislada única y exclusivamente en beneficio de los acusados, una vez que éstos han sido puestos a disposición del Juez, ello significaría, a contrario sensu, que durante la fase preliminar anterior a la consignación, o sea durante la averiguación previa, el reo sí puede -- ser compelido a declarar en su contra, y lo que es peor, que durante esta etapa no está prohibida la incomunicación, ni cualquier otro medio que -- tienda a obtener una conferencia criminatoria.

La fracción IX del precepto comentado dice textualmente que: -- "El acusado podrá nombrar defensor desde el momento que sea aprehendido - y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio".

El precepto señalado es de fecundas consecuencias para interpretar y apoyar nuestro punto de vista, pues la circunstancia de que el -- acusado tenga derecho a nombrar defensor desde el momento en que sea -- aprehendido, y no desde el momento en que se le ponga a disposición del Juez competente, ni lo que es peor aún, sólo desde el momento en que se le tome su declaración preparatoria, y de que el defensor tenga derecho a estar presente en todos los actos del juicio, demuestra varias cosas -- importantes:

a) Que por juicio el Constituyente entendió el procedimiento - total, *latu sensu*, que empieza desde el momento mismo en que el acusado - es aprehendido, y no únicamente el procedimiento judicial, que se inicia - como ya dijimos en un momento posterior.

b) Que si el defensor tiene derecho a estar presente en todos - los actos del juicio, es con el objeto de que pueda ejercitar sus dere-- chos de defensa y no para que permanezca silencioso e impasible como una - estatua, pues en tales circunstancias su intervención carecería de senti- do y de objeto, y habría que calificarla como enteramente inútil y aún ri - sible.

c) La circunstancia de que el acusado pueda nombrar defensor - desde el momento en que es aprehendido, y de que tenga derecho a ejercer la defensa desde luego, demuestra, que el Constituyente quiso arrancar de raíz cualquier vestigio de práctica inquisitorial, pues el procedimiento adquiere el carácter acusatorio desde el primer momento. Con esto deducimos que el Constituyente instituyó un procedimiento puramente acusatorio, y quiso en consecuencia que la instrucción y toda la investigación del hecho delictuoso, desde el primer momento, se hiciera por y a través del Juez, bajo la dirección de éste y estableciéndose una clara distinción de funciones: La del Ministerio Público y la de la Defensa, y el Juez en el centro como rector del procedimiento, evitando los excesos y desviaciones de una y otra parte.

Por esto creemos que el Constituyente se propuso que el Ministerio Público no desempeñará otra función en el procedimiento, sino simple y sencillamente que la de "parte".

Le dió al Ministerio Público con el artículo 21 de la Constitución el monopolio de la acción penal, pero es falso que haya consentido - o hubiera podido consentir que el Ministerio Público llegara un día a actuar como lo hace ahora, de una manera inquisitorial, por muy suave y benigno que se le considere, y por muy buena fe que a dicha institución se le quiera atribuir.

Actualmente este organismo actúa con dos cualidades completamente distintas:

I.- Durante la Averiguación Previa actúa en carácter de autoridad por sí y ante sí.

II.- Durante la etapa judicial del procedimiento penal, a partir de que dicho organismo consigna los hechos a un Juez, pierde el carácter de autoridad y se constituye en parte dentro del proceso respectivo, - no pudiendo ya actuar por sí y ante sí, sino sólo a través del Juez.

Siendo el Ministerio Público por mandato del artículo 21 Constitucional, detentador del ejercicio de la acción penal y la autoridad encargada de perseguir los delitos, y por ende de recabar las pruebas de -- cargo, si simultáneamente actúa como autoridad por sí y ante sí, automáticamente tendrá que convertirse en inquisidor, teniendo a fortiori por -- lógica impecable, que decidir sobre la validez y valor de las pruebas por él mismo recabadas, haciendo con ello funciones de Juez y parte, que es -- en lo que consiste el procedimiento inquisitorial, y que fue lo que el -- Constituyente quiso evitar y desterrar de nuestra Legislación.

Apoyando y sosteniendo nuestro razonamiento jurídico, en lo que consideramos fue la intención del Constituyente, y que según nosotros lamentalidad que prevaleció y misma que motivó al legislador, fue la de que en todo momento, el procedimiento tiene que instruirse por y ante un Juez sin que exista un periodo de averiguación previa que en el Ministerio tenga que actuar como autoridad por sí y ante sí; creemos que la función de este porgano es la de poner al detenido a disposición del Juez y ante éste presentar las pruebas de careo, reafirmando su condición de parte en -- el procedimiento. De igual manera en la práctica forense como abogados -- defensors, nos damos cuenta que definitivamente, en la etapa del procedimiento denominada averiguación Previa es donde más se incurre en violaciones a las garantías individuales, consagradas en nuestra Carta Magna, por lo que nos atrevemos a decir que ya ha tomado carta de naturalización en -- nuestro medio, el darle la interpretación que mejor nos convenga a los -- principios y preceptos consagrados en nuestra Constitución Política, lo -- que provoca que ante esta situación lleguemos a creer que todo lo considerado como "garantías individuales" no son, sino unas instituciones destinadas a ser siempre violadas, y lo que resulta peor, ni prácticas, ni mucho menos suficientes.

4.- CONCLUSION DE LA AVERIGUACION PREVIA.

El Ministerio Público debe anotar la Averiguación Previa y, en consecuencia, practicar todas aquellas diligencias que sean a su juicio, -necesarias, para reunir los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ahora bien las diligencias pueden conducir hacia las siguientes situaciones:

1ra. Que se reúnan los elementos y

2da. Que no se reúnan los elementos. En el primer caso, pueden presentarse a su vez, otras dos situaciones: Que se encuentre detenido -- el responsable y que no se encuentre. Si se encuentra detenido el responsable, el Ministerio Público deberá consignar (dentro de las 24 horas siguientes a la detención según ordena la fracción XVIII del artículo 107 - constitucional) "cosa que nunca sucede, regularmente tarda más en consignar" y si no se encuentra detenido, el Ministerio Público consignará -- solicitando orden de detención. Y en los casos en que el delito por el cual se consigna tenga señalada únicamente una sanción no corporal, se limitará en la consignación a solicitar que el Juez cite al inculcado para que comparezca ante él.

En caso de que las diligencias practicadas por el Ministerio Público no reúnan los requisitos del artículo 16 constitucional, puede subdividirse en otras dos situaciones.

- a) Que esté agotada la averiguación, en cuyo caso, se decretará el archivo, es decir, no ejercitar la acción penal.
- b) Que no esté agotada la averiguación, en cuyo caso, el Ministerio Público, deberá archivar provisionalmente las diligencias, en tanto desaparece la dificultad material - que impidió llevarlas a cabo.

El artículo 184, del Código Federal de Procedimientos Pena--

les ordena [64] que la consignación se haga hasta que se reúnan los -- requisitos del artículo 16 Constitucional. En tanto que el Artículo 30. del Código de Procedimientos Penales por Baja California [65] faculta al Ministerio Público para que pida a la autoridad judicial todas aquellas diligencias necesarias hasta dejar comprobados los requisitos mencionados. Esta norma, no otorga al Juez facultades propiamente investigatorias en persecutorias, ya que no le concede iniciativa alguna, limitando su función a la práctica de las diligencias que le pida el Ministerio Público, pero convierte al órgano jurisdiccional en auxiliar del órgano -- persecutorio, lo cual, además de desnaturalizar la función de ambos, mengua la independencia funcional del primero.

Para despojar al procedimiento del carácter híbrido que le da el referido artículo 3ro., que contraría el texto del artículo 21 cons--titucional, que señala como función exclusiva del Juez la de aplicar penas, es decir, la de actualizar la pretensión punitiva, el Ministerio Público no deberá solicitar del Juez, durante la Averiguación Previa, más diligencias que aquellas que, por imperio de la Constitución o de las Leyes Secundarias solamente puedan ser practicadas por la autoridad judi--cial, ejemplo: cateos (Art. 16 Constitucional), Exhibición de Libros de Comerciantes (Art. 44 del Código de Comercio) [66], Careos, (Art. 223 -- Cód. Proc. Pen. para B. Cfa.) y confrontaciones.

El Ministerio Público, una vez que ha ejercitado la acción penal, se convierte de autoridad en parte y, por ende, extinguido el periodo de preparación de dicha acción, carece de facultades de investigación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que: -- "Después de la Consignación que el Ministerio Público hace a la Autori--dad Judicial, termina la Averiguación Previa y el Ministerio Público no-

[64] Código Penal de Procedimientos Penales

[65] Código de Comercio.

[66] Código de Procedimientos Penales para el Estado de B. Cfa.

debe seguir practicando diligencias de las cuales no tendrá conocimiento el Juez hasta que le sean remitidas después de la consignación y es inadmisibles que, al mismo tiempo se sigan dos procedimientos, uno ante el Juez de la causa y otro ante el Ministerio Público. En consecuencia, las diligencias practicadas por el Ministerio Público y remitidas con posterioridad a la consignación, no pueden tener valor alguno, ya que proceden de parte interesada, como lo es el Ministerio Público, y que esa Institución sólo puede practicar válidamente diligencias de Averiguación Previa" (67) El artículo 284 del Código de Procedimientos Penales para Baja California, otorga valor probatorio pleno a las diligencias practicadas por el Ministerio Público y la Policía Judicial, y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reforzando este precepto, ha resuelto que "Cuando el Ministerio Público actúa en su carácter de autoridad y Jefe de la Policía Judicial puede atribuir artificialmente plena probatoria a las diligencias que aquél practique, sin incurrir en violación al artículo 21 Constitucional" (68)

Sin embargo hay que entender, que tanto el precepto legal citado como la jurisprudencia definida de la Suprema Corte, establecen no la plena probanza material de las diligencias de averiguación previa, sino únicamente formal, al Juez, quien forzosamente apreciará las pruebas en su conjunto y muchas veces las diligencias practicadas por el Ministerio Público estarán contradichas por las llevadas a cabo durante la instrucción.

Por otra parte, las diligencias practicadas por la Policía Judicial solamente tendrán validez formal en el caso en que aquella haya actuado bajo la dependencia funcional del Ministerio Público, y no por propia iniciativa.

Como se desprende de lo expuesto, podemos decir que acorde --

(67) "Semanario Judicial de la Federación", Tomo LXIII, Pág. 935.

(68) Arilla Baz: Ob. Cit. Pág. 87.

con lo que la legislación señala, el procedimiento penal tiene perfectamente estructurado su sistema de actuaciones de los órganos que intervienen en el mismo, pero cabe señalar que toda esta ordenación clara y precisa de cada uno de los integrantes que concurre, o en otras palabras, participan en el procedimiento, viene a ser constantemente puesta en entredicho, ya que, la práctica nos demuestra lo contrario.

CAPITULO IV

EL TERMINO CONSTITUCIONAL

Sumario:

- 1.- *Declaración Preparatoria y Nombramiento de Defensor.*
- 2.- *Necesidad de la Ampliación del Término Constitucional.*
- 3.- *Ampliación del Término Constitucional.*

CAPITULO IV
EL TERMINO CONSTITUCIONAL

1.- Declaración Preparatoria y Nombramiento de Defensor.

En el periodo de preparación del proceso que se inicia con el auto de radicación que dicta el Juez al ser ejercitada la acción penal -- y que finaliza con el de formal prisión, el acusado disfruta de derechos que correlativamente implican obligaciones a cargo de la autoridad judicial.

Va se trate de hechos castigados o no con prisión, la audiencia y la defensa del interesado, presiden todos los actos del proceso penal.

Se le debe hacer saber en audiencia pública y dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, rindiendo en el mismo acto, su declaración preparatoria de la que sólo él puede eximirse, pues no puede ser compelido a declarar en su contra.

Igualmente puede desempeñar su propia defensa o nombrar persona que la defienda y únicamente cuando se rehusa, el Juez debe nombrarle defensor, mismo que será aquel que desempeñe el cargo de defensor de oficio.

"De todas las diligencias en el periodo de incoación del proceso, la más formal, la más solemne y la más importante, es aquella en la que se toma al consignado su declaración, llamada preparatoria, para distinguirla de la indagatoria que se produce ante el Ministerio Público en el curso de la Averiguación Previa" (69)

González Bustamante expresa: "Declarar significa exponer hechos es una manifestación del ánimo o de la intención o la deposición que hace un inculpado en causas criminales. Preparar quiere decir prevenir, disponer a alguien para alguna acción que se ha de seguir. En este sentido, -

(69) Pérez Palma: Ob. Cit. Pág. 274

la declaración preparatoria tiene por finalidad informar al inculcado sobre el procedimiento judicial instaurado en su contra para que conteste - los cargos". {70}

Es costumbre que a veces el personal de los Juzgados advierta a los indiciados, en el acto de recibirles la declaración preparatoria, que "La confesión del delito atenúa la responsabilidad en el caso de haberlo-cometido". Esta advertencia, además de constituir un engaño, por ser susceptible de inducir el reo a confesar, no tiene fundamento legal alguno. La confesión era circunstancia atenuante de la responsabilidad en los Códigos Penales de 1871, pero no lo es en el vigente.

La declaración preparatoria se rinde por lo general, después - del auto de radicación y consiste en que la persona a quien se imputa un delito comparece por primera vez ante un juez a explicar los móviles de su conducta, sea en su aspecto de inculpación o en los aspectos de atenuación o exculpación. Este es el momento propicio en que el Juez se pone en contacto con el presunto responsable y lo conoce mediante sus propias observaciones o a través de los informes de los peritos psiquiatras (cuando se han realizado dichos estudios). No es un medio de investigación del delito ni tiende a provocar la confesión del inculcado sobre los hechos que se le atribuyen, porque entonces se confunde con la declaración indagatoria o declaración con cargos, en que se imponía al Juez la obligación de formular preguntas, cargos y reconveniones sobre la participación que el inculcado hubiese tenido en el delito.

Veamos lo que entendían los tratadistas antiguos por declaración indagatoria. "La declaración indagatoria en las causas criminales - es aquella que se toma al presunto reo, para indagar o inquirir el delito y el delincuente con cierta cautela. En ella se pregunta al inculcado su nombre, naturaleza, vecindad, oficio, edad, pasos que dió el día - que se que se cometió el delito, personas con quienes se acompañó, asun-

tos de que habló, si sabe quien cometió el delito, si alguna vez ha estado preso o procesado y, en fin todo aquello que convenga para la averiguación de la verdad". (71) Como se ve, estos conceptos eran propios de los tiempos en que el Juez tenía a su cargo la dirección y marcha del proceso, pero no corresponden a la cultura jurídica y a los adelantos de la época.

En la Constitución vigente se establece que a todo inculpado de be tomársele su declaración preparatoria en audiencia pública, dentro de las 48 hora siguientes de su consignación a la justicia, lo que equivale al reconocimiento de los principios de publicidad, oralidad e inmediatividad procesal" (72). A partir del año de 1917, la declaración preparatoria no se hará en secreto sino en audiencia pública; el inculpado la producirá oralmente ante el personal judicial y el Juez conocerá por sí mismo a la persona que la produce. No significa un quebrantamiento al principio de la oralidad el hecho de que la declaración del inculpado se conserve en el proceso por medio de la escritura, como medio para autentificar la validez del acto y en cuanto a la vinculación física del Juez con el órgano de la prueba, para que lo conozca y pueda interrogarlo, no es otra cosa que la consagración del principio de la inmediatividad. El Juez, antes de que el inculpado explique su conducta, le hará saber el nombre del denunciante o querellante y cual es la naturaleza y causa de la acusación; esto debe entenderse en el sentido de que ha de explicarle cuáles son los elementos constitutivos del delito y porqué se le consignó ante la autoridad judicial.

Pero el Legislador quiso que el inculpado estuviese en condiciones de conocer claramente el hecho punible atribuído; no habló del delito para evitar que se le confundiese en su denominación técnica y esto es natural, si se tiene en cuenta que lo que se pretende es hacerle saber los cargos existentes y ponerlo en condiciones de contestarlos, lo que no sería posible, si los ignorase o no los entendiese. Resulta difícil obtener un cabal conocimiento del delito. Por esto, quiso el Legislador que-

(71) Ricardo Rodríguez: "El Procedimiento Penal en México" Tip. de la Sria. de Fomento. México, 1898.

(72) González Bustamante: Ob. Cit. Pág. 229.

el Juez emplease los términos más sencillos y adecuados al hacer saber al inculpado el hecho punible que se le atribuye para facilitarle su comprensión.

Lo que se destaca en la Reforma del Procedimiento Penal Mexicano de 1917, es la supresión de la incomunicación que conservaron los Códigos-Procesales de 1880 y de 1894 y que resultaba el medio más efectivo, entre otros medios de coacción, para que se compeliere al inculpado a declarar - en su contra. También quedaron suprimidos otros procedimientos infamantes, como los azotes, los palos, las marcas, etc., o cualquier otro medio coactivo que tuviese por objeto arrancar la confesión.

La necesidad de que a todo inculpado se le imponga en un término breve los cargos existentes, no es propiamente una conquista del derecho - procesal moderno, sino que ya se establecía en las Leyes antiguas. Sin embargo, por el valor, exagerado que se daba a la prueba confesional, los jueces se preocupaban únicamente por obtenerla a todo alcance desdeñando - otros medios más científicos y más efectivos en que no es necesario usar - ni de la coacción ni de la violencia. Aún cuando se han querido erradicar definitivamente en la práctica Estos sistemas de coacción, con tristeza -- nos damos cuenta de que aún se utilizan y que los propios funcionarios lo justifican arguyendo que solamente así, se puede obtener una verdadera declaración, cosa con lo que nunca estaremos de acuerdo. Surge una interrogante que consideramos es importante para nuestro estudio, ¿Es lícito obligar al inculpado a declarar?

El tratadista hispano D. Emilio Reus contesta "que como la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español no lo resuelve expresamente y las obligaciones principalmente en el Derecho Penal, no pueden presumirse, es notorio que ni directa ni indirectamente se le haya impuesto al inculpado - tal obligación. Para ello se funda en que desde la legislación de Aragón y en la mayoría de las legislaciones europeas, se exime del juramento a - los inculpados para no ponerlos en el predicamento de faltar a la verdad, que por otra parte es tolerable como medio de defensa. Cualquier coac -- ción que se emplease con el inculpado, sería contraria al principio de lí

bertad de expresión de la defensa y viciaría su dicho". [73]

El inculpado no presta juramento, solamente se le exhorta a decir la verdad, advirtiéndole al Juez, una vez que ha contestado los cargos, que debe responder, si lo desea, a las preguntas que se le hagan, de una manera precisa y clara. Tampoco está obligado a contestar a las preguntas y si no quiere declarar, ni contestar a los cargos, así se asentará en la diligencia. La exhortación equivale a una recomendación que el Juez hace al inculpado y su renuncia a decir la verdad no puede ocasionar le ningún perjuicio.

Inherente a la declaración preparatoria el Maestro Rivera Silva considera que existen requisitos constitucionales y legales, mismos que se encuentran previstos en nuestra Carta Magna unos, y los otros en los preceptos adjetivos:

Estos requisitos informan obligaciones para el órgano jurisdiccional y son:

I.- Los de la Constitución:

a) Obligación de tiempo.- La obligación se refiere a que el Juez, dentro de las 48 horas siguientes a la consignación, debe tomar la declaración preparatoria, como lo ordena la Fracción III del Artículo 20 Constitucional.

b) Obligación de forma. Consignada en la misma fracción precitada, obligando al Juez a tomar la declaración preparatoria en audiencia pública o sea, en un lugar al que tenga libre acceso el público;

c) Obligación de dar a conocer el cargo.- El Juez, según la fracción citada, tiene obligación de dar a conocer la "naturalaleza" y -- causa de la acusación, a fin de que el indiciado conozca bien el hecho que se le imputa;

[73] Reus D. Emilio: "Ley de Enjuiciamiento Criminal, concordada y anotada" Madrid. Imprenta de la Revista de Legislación, 1883.

d) Obligación de dar a conocer el nombre del acusador.- Esta obligación se refiere a que el Juez debe enterar al detenido, del nombre de la persona que presente la denuncia o la querrela. La obligación no entraña el hecho de dar a conocer el nombre de la persona física que realiza las funciones de Ministerio Público, para el Legislador lo que busca es proporcionarle al indiciado el mayor número de datos relacionados con el delito, con el fin de que pueda defenderse. La finalidad no se alcanza con el hecho de dar a conocer el nombre del Ministerio Público; más el nombre del querrelante o acusador sí le puede servir para su defensa y es, como ya indicamos, a lo que se refiere la obligación en estudio;

e) Obligación de oír en defensa al detenido.- Esta obligación no exige ninguna explicación y se infiere de las palabras "y pueda contestar el cargo" contenidas en la fracción III supra indicada; y

f) Obligación de tomarle en el mismo acto su declaración preparatoria.- Lo anterior se deduce de la frase "rindiendo en este caso -- su declaración preparatoria".

II.- Las del Orden Común:

El artículo 290 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, impone las siguientes obligaciones al Juez, (nos referimos a las que no están comprendidas en la Constitución).

a) Dar a conocer al indiciado el nombre de los testigos que de claran en su contra.- Esta obligación persigue la finalidad de ilustrar al indiciado en todo lo relacionado con el delito y así permitirle su defensa.

b) Dar a conocer al indiciado la garantía de libertad caucional en los casos en que procede, y el procedimiento de obtenerla.

c) Dar a conocer al indiciado el derecho que tiene para defenderse por sí mismo, o para nombrar persona de su confianza que lo defienda, advirtiéndole que si no lo hiciere, el Juez le nombrará un defensor -

de oficio. (74)

Nosotros no compartimos la distinción que hace este autor, por considerar que, lo que se refiere a las obligaciones legales, también están comprendidas en la Constitución y el autor omite interpretar de acuerdo con la intención del Legislador.

En el interrogatorio del inculcado, siempre que esté dispuesto a declarar, la Ley abandona el recto criterio y buen juicio del Juez, -- adoptar la forma y términos que estime convenientes con el objeto de que se esclarezca el delito y las circunstancias en que se concibió. Tan -- luego como conteste los cargos para lo cual se permite que redacte por -- sí mismo su declaración, o en caso de no hacerlo, el Juez la redacta, -- procurando asentarla fielmente y con la mayor exactitud posible, sin -- omitir detalle que pueda servir de cargo o de descargo, debe procederse a interrogarlo.

El interrogatorio puede hacerlo el Juez, si lo estima conveniente, procurando que sus preguntas se dirijan a "verificar la realidad de las pruebas existentes (75) o que tiendan a establecer los pormenores que el inculcado hubiese omitido al rendir su declaración. El Juez no debe hacer preguntas que invadan el campo reservado al Ministerio Público o a la defensa, como directos promotores de la prueba, porque de otro modo equivaldría a colocarlo en la misma situación que guardaba cuando tenía en sus manos la investigación de los delitos y era el Jefe de la Policía Judicial. La misión del Juez es la de mantener el equilibrio el equilibrio en el proceso. De ninguna manera debe convertirse en asesor de cualquiera de las partes. Las leyes procesales vigentes facultan al Ministerio Público y a la defensa para interrogar al inculcado; previenen que cuando éste rinda su declaración preparatoria, debe citárseles -- para que lo interroguen en caso de estimarlo conveniente.

(74) Rivera Silva: Ob. Cit. Pág. 128 y 129.

(75) González Bustamante: Ob. Cit. Pág. 235

El interrogatorio que hagan las partes, debe ser verbal; de ninguna manera es aceptable que lleven preparadas las preguntas ni tampoco que las formulen en forma inconducente y caprichosa tal, que lo hagan incurrir en error. El Juez, en todo caso, tiene la potestad de ordenar que los interrogatorios se formulen por su conducto, cuando las necesidades lo requieran o de desechar aquellas preguntas que en su concepto, sean im procedentes. Si la Ley deja en sus manos la misión de cuidar porque los interrogatorios se lleven en forma precisa, con mayor razón es necesario que el Juez reciba en persona las declaraciones de los inculpados; que observe sus giros y en tono de lenguaje que empleen y que no haga sino -- aquellas preguntas precisas y relacionadas con los hechos que averiguan.

El interrogatorio del inculgado, para Florian, es un medio de prueba singularísimo, por cuanto al sujeto en quien recae. En tanto que los testigos están obligados a comparecer ante el Juez y a declarar, -- bajo protesta, sobre los hechos de que tengan conocimiento, sea porque -- los hubiesen presenciado o porque los hubiesen oído referir a otras personas, so pena de ser sancionados penalmente en caso de incumplimiento, el inculgado no tiene la obligación de declarar; puede rehusarse a hablar -- si lo desea y el más absoluto silencio es un derecho suyo: hasta se le -- permite que mienta parcial o totalmente.

La confesión del inculgado no dispensa al juez de practicar todas las diligencias necesarias para convencerse por sí mismo de que la -- confesión rendida por el inculgado es verdadera, y así mismo denota la existencia de un delito.

Para los interrogatorios de los detenidos, indica Casal; hay -- que poseer una táctica especial, la cual requiere, a su vez, una instrucción vastísima un golpe de vista preciso y un conocimiento profundo del carácter de las personas, de su cultura, modo de ser, costumbres, hábitos relaciones, lenguajes, expresión, rasgos fisonómicos, modo de mirar, giros que da la conversación, rodeos, contestaciones ambiguas y capciosas -- muchas veces largas, deslavadas, para dar tiempo a la imaginación a prepararse a la defensa; otras breves, otras monosílabas, otras confusas y ---

otras sistemáticas, en la negativa". De este modo un Juez hábil, experto en el arte de interrogar, conocedor de la psiquis humana, que sepa aprovechar con viveza las respuestas del inculpado; un Juez conciente de la misión que desempeña como instructor del proceso, que no pierda de vista -- que lo que se busca es el conocimiento de la verdad efectiva, podrá obtener un conocimiento de la persona a quien va a juzgar y de las pruebas -- obtenidas, por la observación de los órganos que la han producido.

D. Julio Acero expresa: "queda prohibida la incomunicación en -- el texto constitucional, se ha llegado al extremo contrario al concederle al inculpado el libre contacto con su familia o con sus defensores desde el momento en que es detenido, resultado que se abusa demasiado de tal -- franquicia para preparar engaños premeditados a pruebas falsas; que ni si quiera se consideran legítimos los llamados interrogatorios hábiles, porque se conceptúan como tales, las preguntas capciosas e ininteligibles -- que tiendan a ofuscar la mente del declarante o a hacerlo rebuscadamente caer en contradicciones". [76]

Consideramos que la apreciación que hace este autor, al expresar lo anteriormente señalado, y con todo el respeto que se merece, toma como punto de partida el hecho de llevar a cabo el interrogatorio en calidad de Juez, pero se olvida de que se debe considerar también la posibilidad de que en ocasiones el abogado defensor realiza un interrogatorio, -- con la simple intención de poder allegarse los elementos necesarios que le permitan presentar una defensa efectiva que vaya acorde con las circ -- unstancias de tiempo, en que el inculpado rinde su declaración.

Definitivamente no estamos de acuerdo con esta apreciación, -- pues de hacerlo así, estaríamos consintiendo que estamos conformes con -- las constantes violaciones de nuestras garantías otorgadas en nuestra -- Carta Magna y de igual manera nos pondríamos en una situación sumamente -- difícil, ya que, de aceptar que no es posible concederle al inculpado el libre contacto con su familia o con el defensor desde el momento en que --

[76] Julio Acero: "Procedimiento Penal" Editorial José M. Cajica Jr. S.A., Puebla Pueb. 1956 pág. 105.

es detenido, iríamos en contra de lo que hemos pretendido denotar en el transcurso de este trabajo.

Al referirnos a la función del abogado defensor en el procedimiento penal, debemos apoyar y motivar nuestra participación en el mismo--tomando como base primordial los derechos que se conceden en favor tanto del inculcado, como del abogado defensor en nuestra Constitución Política.

Al referirnos al nombramiento del defensor y al derecho que tiene el inculcado de defenderse por sí mismo, si así lo desea, la Teoría --del Derecho Procesal Penal contempla el nombramiento de defensor desde tres puntos de vista, a saber:

- a) Como garantía de orden constitucional.
- b) Como condición obligatoria en el proceso.
- c) Como asesoría técnica de la defensa material que corresponde al acusado.

El Ministerio Público, que lleva la acusación, aprovecha de su capacidad, de experiencia con el apoyo de archivos y de la policía, en tanto que el imputado se ve afectado psíquica y moralmente en su personalidad, por la detención, o el encarcelamiento, por el ejercicio de la acción penal, por sus problemas económicos y requerirá de ayuda y de auxilio para nivelar, en lo posible las armas, dentro de la contienda jurisdiccional.

Sin embargo, no en todas las épocas de la historia se ha pensado de igual manera, ya que el régimen político imperante determina la posibilidad de la defensa o niega ese derecho, a pesar de que va de por medio la libertad individual.

En la antigüedad griega o romana, la defensa constituía un --derecho del imputado, que sabía desde el primer momento, de la acusación formulada en su contra y era colocado en el mismo plano jurídico que el acusador; originalmente actuaba personalmente, pero después, recurrió --

a un orador hábil y experto para que lo asistiera.

Entre los bárbaros, el derecho de defensa mereció escrupuloso - respeto.

En el fuero juzgo el acusado podía actuar personalmente o por medio de mandaderos o personeros, que se convertían en sus representantes o defensores.

En el fuero Real se admite la defensa por "voceros", que aleguen por el acusado.

En el régimen inquisitorial, cuando el acusado pierde su calidad de parte para convertirse en el objeto del proceso, el derecho a la defensa desaparece, o por lo menos queda tan afectado, que se le reduce a límites mínimos.

En Francia, hacia 1498, el Derecho a la Defensa fue suprimido; en 1670 se previno que los acusados habrían de responder por su boca, -- sin la asistencia ni el ministerio de otras personas, y los defensores - fueron excluidos como personajes nefastos y perjudiciales a la investigación de la verdad y a la aplicación de la Ley.

Con la Revolución Francesa, surgen nuevos conceptos, que se - extienden por el mundo, con los que, el derecho a la defensa, se vuelve de aceptación universal y es elevada a la categoría de garantía constitucional, tal y como lo establecen nuestras constituciones de 1857 y de 1917.

¿Cuál es la función del defensor dentro del proceso?

Partiendo de conceptos civilistas, en algún tiempo se consideró que el defensor era el patrono del acusado, pero en la actualidad es algo más que eso. Su función es compleja, pues comprende la asistencia técnica que el acusado requiere, la representación de éste en el proceso, en los recursos, incluyendo el juicio de amparo, su intervención es elemento equilibrante en la contienda jurisdiccional, ya que el Ministerio Público es más fuerte; es un auxiliar del Juez, no porque claudique

de su obligación defensora, sino porque instruye en ocasiones al propio Juez, respecto de la defensa material que hubiese propuesto el acusado -- o en relación a la técnica que él considere procedente.

La misión del defensor no es pues, la de andar sacando criminales de la cárcel mediante defensas fraudulentas, con testigos falsos, peritos comprados, o soborno de funcionarios, porque de universitario, de profesionalista, se convierte en encubridor, cómplice o coparticipant del delito.

Quizá obrando así se obtengan buenos dividendos económicos, pero se vuelve en elemento perjudicial a la sociedad.

El Juez o el Agente del Ministerio Público debe procurar que la designación de defensor pueda y deba ser hecha con anterioridad al momento en que sea tomada al acusado la declaración preparatoria, y que el defensor pueda estar presente en ella, de igual manera se deberá procurar - que el propio acusado, sin la influencia o los malos consejos del defensor, de manera libre y espontánea, declara, revelando la verdad que le convenga exponer y proponiendo la defensa material que sus convicciones íntimas le sugieran.

b) Como condición obligatoria en el proceso.

Definitivamente consideramos que la defensa es obligatoria, aún en contra de la voluntad del acusado. Esto da lugar a que en la teoría -- del procedimiento penal se haya elaborado el principio de la "obligatoriedad en la defensa"

En la actualidad no es concebible un proceso sin defensa técnica, aún en el supuesto de que el detenido se niegue a hacer el nombramiento -- de defensor, por muchas razones; porque es necesario reintegrar la personalidad moral y psíquica del inculcado, debilitada con la detención, con el encarcelamiento y el ejercicio de la acción penal, porque es necesario -- equilibrar fuerzas, y además es necesario que procesalmente el acusado ten-

ga un representante legal que actúe a pesar y en contra de la voluntad -- del imputado, interponiendo recursos, repreguntando testigos o haciendo valer situaciones que le sean favorables.

De esta manera la defensa no es solamente un derecho para el -- acusado, sino una obligación procesal; el Juez, en el momento en que advierta que el procesado carece de defensor, sea porque el nombrado hubiere abandonado la defensa o por cualquiera otra causa, se verá precisado -- a tomar las providencias pertinentes, para proveer de defensor al reo.

c) Como asesoría técnica de la defensa material que corresponde de al acusado.

La doctrina en el procedimiento penal, obliga a distinguir entre la de defensa material y la defensa técnica.

La defensa material corresponde propiamente al acusado, quien -- tendrá que confesar su participación en el delito, o negarla; explicar -- las circunstancias en que haya participado, justificar su actividad, exponiendo las razones a los motivos que lo hayan inducido a delinquir, -- o expresando el lugar diverso en que se hubiere encontrado. Todo ello -- cae dentro del dominio del sentido común y excepción hecha de los imbéciles, idiotas o de quienes padezcan debilidades mentales, todas, cualquiera que sea su grado de cultura, podrán confesar, negar o encontrar justificación a su conducta, sin necesidad de consejos de un técnico, que no servirá sino para distorsionar la verdad que a todos interesa, sea porque se deformen los acontecimientos, se oculten circunstancias importantes o por que se inventen otras.

La defensa técnica es otra cosa. El acusado, por regla general tiene un conocimiento completo y preciso de los hechos que motivan al proceso, pero tiene también un desconocimiento total de la situación legal -- que lo rodea, puesto que no está, en principio, capacitado para entender la naturaleza de la acusación, ni para apreciar el derecho aplicable en su beneficio, ni el procedimiento a seguir para conseguir su absolución --

o la disminución de la pena. Suplir esas deficiencias en el acusado, es principalmente el objeto y la justificación de la defensa técnica.

En el procedimiento penal, a diferencia de lo que ocurre en el civil, no hay excepciones, ni perentorias, ni dilatorias, pero sí una infinidad de circunstancias que pueden y deben ser aprovechadas en beneficio de los inculcados: insatisfacción de algún requisito de procedibilidad; falta de algún elemento configurativo del delito; acción penal defectuosa o ilegalmente ejercitada; comprobación insuficiente del cuerpo del delito; concurrencia de circunstancias excluyentes de responsabilidad o simplemente atenuantes; defectos en las pruebas de cargo, ya sean testimoniales o periciales; defectos u omisiones en el auto de formal prisión, combatir las conclusiones del Ministerio Público e interponer recursos, incidentes o competencias.

Usar de estos medios de defensa legal, que están fuera de los alcances de los inculcados, es la función del defensor. Pero cuando éste alejándose de su misión, de la ética profesional y personal, pretende invadir el terreno de la defensa material, aconsejando a su cliente la deformación de la verdad mediante el ocultamiento de hechos o circunstancias importantes o inventando otras valiéndose de testigos falsos, o de peritos comprados para distorsionar la verdad histórica que a todos interesa descubrir, deforman también su función y se colocan en el medio de las defensas fraudulentas, de la labor antisocial y de la participación en el delito. La autodefensa postulada por el constituyente, es explicable como un deseo de protección hacia el acusado, pero irrealizable en la práctica, salvo que el reo se encuentre gozando de libertad, puesto que por la pérdida de ésta, se verá impedido para activar el proceso y hacer las gestiones que continuamente hay que realizar ante empleados y funcionarios en diversos edificios y hasta ante autoridades distintas de la Judicial.

La defensa "por persona o personas de su confianza" si no son letradas como vulgarmente se dice, puede ocasionar defensas deficientes precisamente por no ser expertas en el empleo de los medios legales de de

fensa.

Las exigencias que algunos Jueces pretenden para que las personas iletradas sean asesoradas por abogados titulados, carecen de fundamento legal y de respaldo Constitucional.

2.- NECESIDAD DE AMPLIAR EL TERMINO CONSTITUCIONAL.

El término de 24 horas a que se refiere la fracción XVIII del Artículo 107 Constitucional, no establece teórica, ni prácticamente un límite a las detenciones que practica el Ministerio Público durante la Averiguación Previa.

Dicho término se constituye teóricamente y no pone un límite -- porque es buena técnica jurídica, no es aplicable a la Averiguación -- -- Previa.

No constituye un límite, porque aún suponiendo que fuera aplicable a las Averiguaciones Previas, el término es tan insuficiente y de tal modo tan corto, que por fuerza tiene que ser violado en la inmensa mayoría de los casos y una vez que la autoridad se ha resuelto violarlo, -- transcurridas las primeras 24 horas, se entra francamente en el terreno de la pura arbitrariedad y del capricho, ya sin cortapisas de ninguna especie.

Para violar el término, las autoridades se escudan en el principio de que nadie está obligado a lo imposible de cumplir con una norma, -- cuando el incumplimiento depende de fuerza mayor, causa de justificación del incumplimiento que está reconocida tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Penal; se considera que es causa de justificación "contravenir lo dispuesto en una Ley Penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo". Siempre y en todos los casos las autoridades se han protegido de la violación de este término, alegan de que se vieron -- obligados a traspassarlo por una causa de fuerza mayor, por un impedimento insuperable, por la imposibilidad física de concluir las investigaciones dentro del plazo citado.

Se trata de quitarles a las autoridades todo motivo de excusa -- o si se quiere, el pretexto de que se han venido agarrando para violar y pisotear constantemente el término en cuestión, prolongando las detenciones a su capricho.

Por otra parte, los abogados defensores jamás hemos podido exigir, en forma serie y fundada, que se respete el término, porque sabemos que es impracticable.

En cambio, si el término fuera un poco mayor, entonces sí estaríamos en posibilidad de exigir el cumplimiento y su respeto, poniendo en obra aquella imprescindible tarea que Von Thering ha llamado "La Lucha por el Derecho" o sea por el esfuerzo constante de los particulares para exigir del Estado el cumplimiento y el respeto de la ley, bien sea cuando la violación provenga de otros particulares, o bien del Estado mismo.

Así pues, este término es impracticable, pero sucede que una vez que el Ministerio Público se resuelve a violarlo o lo viola casi siempre, la detención se prolonga sin tasa ni medida al arbitrio de la Autoridad Administrativa.

Lo que se pretende es que haya un límite a las detenciones, y que las autoridades que lo violen sean consignadas penalmente, pero para que se pueda exigir el estricto apego a este término máximo de la detención, es indispensable que el mismo sea factible y razonable, pues de otra manera las autoridades siempre se excusarán diciendo que tuvieron detenida a una persona por más de 24 horas, por causa de fuerza mayor, y lo que se busca es acabar de una vez por todas, con estas excusas que ponen la libertad de las personas al capricho de las autoridades, -- pues insistimos que siendo imposible respetar el término de 24 horas, -- el resultado final, es que todas las detenciones, una vez sobrepasado el límite, quedan sujetas al capricho. Sucede aquí algo semejante a lo -- que pasa con ciertos decretos que fijan precios tope a ciertos artículos de primera necesidad, pero que siendo impracticables por su extraordinaria cortadía el resultado que se produce es la creación de un mercado negro en el que cada productor o cada intermediario, vende al precio que quiera y puede. Queremos acabar con el mercado negro de la Libertad humana y por eso estamos pidiendo que se fije a las detenciones un tope que sea razonable y por tanto exigible, en bien de la propia autoridad --

y en bien de los derechos del hombre.

Es necesario distinguir el concepto de vigencia en el Derecho - del concepto de positividad, o sea que no es lo mismo derecho vigente que derecho positivo.

Por Derecho Vigente dentro de nuestro Sistema Constitucional -- debe entenderse aquel que ha sido promulgado legalmente; aquellas normas aprobadas por el Congreso de la Unión o por las Cámaras de los Estados, y sancionados por el Presidente de la República o por Gobernadores de los - Estados, y publicadas en sus respectivos Diarios Oficiales.

Pero no todo derecho vigente es derecho positivo, porque para - que la Norma Jurídica adquiera el carácter de positividad, es indispensable que Ésta tenga cierto *mínimum* de aplicación o de acatamiento.

Una norma jurídica que no se cumpla nunca, podrá ser derecho -- formalmente pero no materialmente y no constituye verdadero derecho en -- el sentido más exigente del término, porque no rige cosa alguna; la materialidad del derecho consiste, en otras notas, en cierta aptitud para regir la vida social.

Una norma que pregone un ideal irrealizable, no constituye verdadero derecho, como no lo es aquella otra que por ser contraria a una -- Ley natural, es de realización físicamente imposible.

No vamos acorde con una tesis que sostiene "que sólo existe -- el derecho que efectivamente se cumple en una determinada sociedad y una-cierta época [77] pero es evidente que para que las normas jurídicas tengan el carácter de tales, se requiere que gocen de facticidad, de alguna aplicación en la vida y que rijan efectivamente ésta en una cierta medida; de otra manera no son verdadero derecho, en el sentido integral de - la palabra.

[77] Eduardo García Maynes "Introducción al Estudio del Derecho".

Primera Edición, Pág. 53, Editorial Porrúa, S.A., México 1947.

Desde este punto de vista, desconocemos actualmente si en alguna ocasión el artículo 107 fracción XVIII de la Constitución, registra al gún caso de aplicación, desde que fue promulgada.

Dicho precepto establece que "También será consignado a la auto ridad o agente de ella el que realizada una aprehensión no pusiera al dete nido a disposición de un Juez, dentro de las 24 horas siguientes"

Así pues, si bien se mira, lo que el precepto impone no es un término sino según nuestro criterio una sanción, por lo que consideramos que este precepto legal no se ha aplicado jamás, y por lo tanto carece de positividad. Esta sola consideración sería bastante para intentar su re forma, adecuándola a la realidad.

Partiendo de la base de que en realidad, el término de 24 horas anteriormente señalado no rige para las averiguaciones previas, considerando en nuestro caso de abogados defensores la necesidad de que se ponga un freno a la arbitrariedad del Poder Público y al capricho de los funcio narios que tienen a su cargo la investigación de los delitos; creemos de vital importancia que exista una reglamentación que regule el tiempo que se debe utilizar para el logro de una investigación y como consecuencia - el tiempo que una persona puede estar detenida para tal efecto.

Si consideramos que la averiguación previa en sí misma es anti-constitucional y que todo el proceso de la búsqueda de la verdad histórica, debe centrarse desde el primer momento alrededor del Juez, a través - de un procedimiento puramente acusatorio; si el Ministerio Público no -- puede actuar por sí y ante sí, en carácter de autoridad, y sólo debe ofre cer las pruebas al Juez, para que éste las mande desahogar, entonces se - hace necesario ampliar el término de 72 horas a que se refiere el artículo 19 Constitucional, pues en la inmensa mayoría de los casos, dicho término resultará insuficiente para que el Juez pueda allegarse a través de las partes, los datos necesarios para tener por comprobado el cuerpo del delito en forma plena y la presunta responsabilidad del inculcado.

Lo anterior resulta tanto más cierto, si se considera que el -- Juez tendría que desahogar todas las pruebas y practicar todas las dili-- gencias, conforme a las reglas del Código de Procedimientos Penales, ci-- tando a las partes con la debida oportnidad y en todo caso al defensor, -- notificándoles las resoluciones que se dicten para que puedan hacer valer los recursos que estimen convenientes, y en tales circunstancias, repeti-- mos, el término de 72 horas, máximo si se cuenta de momento a momento, re sultará insuficiente para la práctica de una investigación conducente a -- dejar satisfechos los requisitos del artículo 19 de la Constitución.

Debemos aceptar que en la actualidad nuestro Procedimiento Pe-- nal e inicia con un período inquisitorial llamado Averiguación Previa, de formas inquisitoriales moderadas si se quiere, y ante la imposibilidad de suprimir el hecho, es preferible encontrarlo y regularlo conforme a nor-- mas legales inspiradas en un criterio realista; siendo la necesidad más -- urgente la de poner un término a las detenciones que practica el Ministe-- rio Público, por conducto de la Policía Judicial bajo su mando, que en la mayoría de las veces llegan a prolongarse por espacio de muchos días, sin que existga un precepto legal que regule semejantes.

30. AMPLIACION DEL TERMINO CONSTITUCIONAL.

La fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución establece que: "También será consignada a la autoridad o Agente de ella el que realizada una aprehensión no pusiera al detenido a disposición del Juez, dentro de las 24 horas siguientes".

"Si la detención se verificara fuera del lugar en que reside el Juez, al término mencionado se agregará el suficiente para recorrer la -- distancia que hubiere entre dicho lugar y el en que se efectuó la detención".

Existen dos situaciones según nuestro concepto donde dicho precepto que se acaba de transcribir puede ser aplicable:

Primero.- Cuando la aprehensión se haya realizado en cumplimiento de una orden judicial, en términos de lo dispuesto pro el artículo 16 de la Constitución; en este caso, el precepto es absolutamente "justiciero, viable, apegado a la realidad y de todo punto de vista conveniente, pues no sería justificable en ningún caso y por ningún motivo que realiza una aprehensión en cumplimiento de un mandato judicial, no fuera el detenido puesto a disposición del Juez" (78) inmediatamente, a más tardar en un término de 24 horas, salvo el caso que la detención se hubiera realizado fuera del lugar en que reside el Juez, en cuyo caso al término mencionado deberá agregarse el suficiente para recorrer la distancia, o si se quiere, el traslado del reo.

Segundo.- Para cuando la detención se ha realizado, no en cumplimiento de una orden judicial, sino en el caso de "delito flagrante" o un "caso urgente", en los términos del artículo 16 Constitucional, resultaría aplicable dicho término de 24 horas, pero siendo realistas vemos -- que necesariamente es indispensable practicar una investigación previa pa

[78] Francesco Carnelutti "Las Miserias del Proceso Penal"
Traducción de Santiago Sentis Melendo.- Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1959, Pág. 77.

ra poder consignar los hechos juntamente con el detenido a la autoridad judicial, por lo que el término de 24 horas, es insuficiente, impracticable, ilusorio, e imposible de satisfacerse en la realidad, lo cual ha dado en la práctica, como resultado, la violación sistemática de dicho precepto.

Debemos considerar que las leyes no se pueden dividir en progresistas o retrasadas, sólo desde el punto de vista de los ideales que las inspiran, división que podría tacharse de demagógica, sino que las leyes deben dividirse o clasificarse en adecuadas e inadecuadas, útiles e inútiles, o sea leyes que efectivamente contribuyen a la realización de dichos fines.

Siendo la Sociedad la principal interesada en que se investiguen los delitos y que a su vez se repriman los hechos delictuosos cometidos y siendo requisito necesario para el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, el que previamente se practique una investigación cuyo objeto es satisfacer las exigencias del artículo 16 - - Constitucional, o sea, la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indiciado, es imposible practicar una investigación que satisfaga dichos conceptos en un término de 24 horas y en consecuencia, dicho término es contrario a la necesidad pública que se pretende.

Otra razón importante para considerar la ampliación del multicitado término, es que en la práctica ha venido siendo violado constantemente, de manera sistemática, por las Procuradurías de toda la Repúbli--ca, con lo cual se provoca un grave escándalo público, y que sea por desgracia la misma autoridad encargada de la observancia de las leyes, - -- quien viole un precepto fundamental de las mismas, de rango constitucional, sentándose con ello el precedente funesto de que la autoridad si -- puede violar la ley y en cambio a los particulares no se les permite ha--cerlo, lo cual es positivamente monstruoso, pues, repetimos una vez más--la función de la autoridad es justamente la de vigilar y proveer al exacto cumplimiento de la Ley.

La reiterada violación del multicitado precepto en que por necesidades prácticas incurren las procuradurías o bien las Agencias del Ministerio Público en toda la República, determina que todas las investigaciones o averiguaciones previas en que el detenido queda en estado de tal por más de 24 horas, resultan viciadas en su misma base, en muchas ocasiones afectadas de nulidad y sean con frecuencia además causa de impunidad de los delitos, todo lo cual no contribuye al bienestar público, sino que se traduce en un daño social; en consecuencia, para ajustar la ley a la realidad y a las necesidades y exigencias de la persecución de los delitos, del que es encargado y responsable frente a la sociedad, el Ministerio Público, se considera necesario ampliar el término de 24 horas -- a que se refiere la fracción XVIII del Artículo 107 Constitucional.

Para apoyar nuestra apreciación sentimos que es menester dar algunos casos que justifiquen lo expresado con anterioridad y que nos permita, utilizando la lógica y las circunstancias de tiempo, comprender el -- porqué de nuestro análisis.

Citemos el tan conocido caso de "flagrante delito", se podrá decir que no haya necesidad de practicar averiguación de ninguna especie. -- Esto es falso, porque en primer lugar en muchas ocasiones, no siempre se trata de una sola persona, sino de varias, como en el caso de la banda criminal, fenómeno muy común en nuestra época actual, o en los casos de complicidad simple, en los que intervienen, 4, 5 ó más personas, entonces se hace necesario deslindar el grado y medida de la responsabilidad de todos y cada uno de los detenidos, así como recibir declaraciones de testigos, practicar careos, realizar inspecciones oculares, y toda una serie de pruebas que no se reducen a la mera confesión del reo, y que no es posible agotar en el término de 24 horas.

Esto se demuestra en casos tan sencillos como el de una persona que es aprehendida en el acto de cometer un homicidio, pero se hace necesario antes de consignar los hechos, identificar el cadáver, y a veces es menester esperar más de un día para que comparezcan o sean presentados -- los parientes del occiso, quienes deben hacer la identificación correspondiente.

Igual ocurre en otro caso muy común, como lo es, el accidente - de tránsito, en que una o varias personas protagonistas del caso no pueden rendir declaración de inmediato, por la gravedad de las lesiones sufridas, y es necesario esperar más de 24 horas para que puedan declarar. Declaración que es indispensable para que los peritos puedan rendir su -- dictamen sobre las causas y responsabilidad del accidente; en estos casos la detención se prolonga forzosamente por más de 24 horas.

Es por ello que consideramos que nuestra sugerencia obedece a una doble exigencia; por una parte proteger la libertad humana, poniendo un límite a las detenciones, ahí donde acutalmente no hay límite alguno, y por otra parte darle al Ministerio Público un término razonable -- para que pueda cumplir con su función social. Que aunadas tienen la virtud de satisfacer simultáneamente los derechos legítimos de la persona humana y las exigencias imperativas de la Sociedad.

Toda vez que consideramos haber terminado nuestro breve estudio, mismo que sería imposible abarcar en unas cuantas páginas. por su -basta amplitud, intentamos analizar de una manera muy propia, la función del abogado defensor en el procedimiento penal, su trascendencia social, jurídica y humana, así como los límites fijados por la misma Ley, hemos querido demarcar el campo donde se mueve el Abogado Defensor, su actuación en el procedimiento penal, las obligaciones que contrae para con su defensa, así como de una forma panorámica estudiar algunas instituciones del Estado que van directamente relacionadas con el objeto de nuestro estudio, es por ello que independientemente de la certeza con que ubicamos nuestros puntos de vista, hacemos las siguientes:

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

- PRIMERA La intervención del Abogado Defensor en el procedimiento penal resulta indispensable para lograr una recta administración de justicia, y como consecuencia velar porque sean respetadas -- nuestras garantías individuales.
- SEGUNDA La principal función del Abogado Defensor, es evitar que un -- inocente sea injustamente atropellado por el Estado, su actuación principal consiste en ser un moderador siempre apegado a la moral y al derecho.
- TERCERA Se propone un reglamento en el Código de Procedimientos Penales donde se obligue a los Defensores de oficio informar sobre el - desempeño de su cargo, esto con la simple intención de que se - logre una defensa efectiva, para quienes por alguna circunstancia están en esa situación en calidad de indiciados.
- CUARTA En todo procedimiento penal hay partes, los resultados de justicia o de injusticia, depende de los derechos que se les conceden a las partes y de su actuación en las diversas etapas del - mismo.

- QUINTA Parte en el procedimiento Penal, es quien defiende un interés propio y los representantes de quienes no pueden defenderlo - por sí mismo.
- SEXTA Desde que se inicia una Averiguación Previa con detenido, el Abogado Defensor se encuentra en una gran desventaja, puesto que no se le permite tener contacto con el inculcado, para poder ir preparando un sistema de defensa que le permita ir acorde con la secuela del procedimiento.
- Sería de gran utilidad que se le permitiera al Abogado Defensor tener conocimiento de los resultados de la investigación - que es lo que realmente se pretende en la fase denominada Averiguación Previa.
- SEPTIMA Es evidente que la función persecutoria de los delitos y de - sus posibles autores, se convierte en una corruptela contraria a los principios constitucionales que protegen la libertad - personal de los individuos, ya que se incurre en constantes - violaciones, a los Artículos 16 y 21 de nuestra Constitución General de la República.
- OCTAVA Si el Constituyente de Querétaro, hubiera tenido idea de que - andando el tiempo sería creado este período de Procedimiento - Penal llamado Averiguación Previa, y si hubiera sabido el sin número de detenciones que se realizan durante dicha averigua - ción, hubiera establecido un término razonable, sobre el tiem po que una persona debe estar detenida, sujeta a una investi - gación.
- NOVENA Se propone que al momento en que un inculcado rinde su decla - ración preparatoria esté asistido por el abogado defensor pa - ra poder darse cuenta en qué términos la rinde, con esto, jus tificamos que goza de la garantía constitucional que le permi te nombrar defensor desde el momento en que es detenido.

DECIMA Es absolutamente necesario crear una norma legal que ponga límite a las detenciones arbitrarias y caprichosas con frecuencia prolongadas durante muchos días, que el Ministerio Público realice durante la Averiguación Previa.

ONCEAVA La ampliación del término de 24 horas a que se refiere la fracción XVIII del Artículo 107 Constitucional, y que aquí se propone, debe entenderse que es única y exclusivamente en beneficio del Ministerio Público Federal o Local, cuando éste, en el ejercicio de las facultades que le concede el Artículo 16 de la Constitución, detiene a una persona y tiene necesidad de practicar una Averiguación Previa, antes de consignar los hechos a un Juez.