

Breve curso de

DERECHO PROCESAL PENAL



Martín Aragón Martínez

EDICIÓN • EDICIÓN
4a.

Martín Aragón Martínez

**BREVE CURSO DE
DERECHO
PROCESAL PENAL**

PRIMERA EDICIÓN 1997.
 SEGUNDA EDICIÓN 1998.
 TERCERA EDICIÓN 2000.
 CUARTA EDICIÓN 2003.

BREVE CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL

© DERECHOS RESERVADOS:
 LA PRESENTE OBRA Y LAS CARACTERÍSTICAS
 DE LA MISMA SON PROPIEDAD DEL AUTOR
 MARTÍN ARAGÓN MARTÍNEZ.
 LIBRERÍA, 400, INT. 1, CENTRO.
 OAXACA, OAX., MÉXICO. OCTUBRE DE 2003.

BREVE CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL

ÍNDICE DE CONTENIDO

	PAG.
NOTA A LA CUARTA EDICIÓN	1
NOTA A LA TERCERA EDICIÓN	3
A MANERA DE PREFACIO	5

CAPÍTULO PRIMERO GENERALIDADES ACERCA DEL DERECHO PROCESAL PENAL.

I.1.- NOCIÓN DE PROCESO Y PROCEDIMIENTO	9
I.2.- NECESIDAD DEL PROCESO	11
I.3.- FINES DEL PROCESO	12
I.4.- NOCIÓN DE DERECHO PROCESAL PENAL	13
I.5.- NOCIÓN DE JURISDICCIÓN	15
I.6.- FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO	19
I.6.1.- ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL	19
I.6.2.- ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL	22
I.6.3.- ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL	25
I.6.4.- ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL	30
I.6.5.- ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL	32
I.6.6.- ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL	34
I.6.7.- ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL	37
I.6.8.- ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL	46
I.6.9.- ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL	53
I.6.10.- ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL	57
I.7.- FASES EN QUE SE DIVIDE EL PROCESO PENAL COMUN Y FEDERAL	60

CAPÍTULO SEGUNDO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

II.1.-	NOCIÓN DE AVERIGUACIÓN PREVIA	65
II.2.-	LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD	67
II.3.-	NOCIÓN DE MINISTERIO PÚBLICO	68
II.3.1.-	PRINCIPIOS QUE ATAÑEN AL FUNCIONAMIENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	70
II.3.2.-	DILIGENCIAS QUE PRACTICA EL MINISTERIO PÚBLICO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA	73
II.4.-	LA ACCION	76
II.5.-	LA ACCIÓN PENAL	79
II.5.1.-	CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL	82
II.5.2.-	EXTINCIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL	85
II.6.-	LIBERTAD PREVIA O BAJO CAUCIÓN DEL INDICIADO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA	87
II.7.-	LA GARANTÍA DE LA DEFENSA DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA	89
II.7.-	DETENCIÓN POR ORDEN DEL MINISTERIO PÚBLICO	91

CAPÍTULO TERCERO FASE PREPROCESAL DEL PROCEDIMIENTO PENAL

III.1.-	PLAZO DE DURACIÓN DE LA FASE PREPROCESAL	97
III.2.-	RATIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN DEL INculpADO POR PARTE DEL JUEZ PENAL	99
III.3.-	CUERPO DEL DELITO Y ELEMENTOS DEL TIPO PENAL	102
III.3.1.-	PREÁMBULO	102
III.3.2.-	NOCIÓN DOCTRINARIA DEL CUERPO DEL DELITO	103
III.3.3.-	ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL CUERPO DEL DELITO	107

III.3.4.-	NOCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL CUERPO DEL DELITO	110
III.3.5.-	ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y CUERPO DEL DELITO	115
III.4.-	ORDEN DE APREHENSIÓN	117
III.4.1.-	REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN	119
III.5.-	LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN	134
III.5.1.-	QUE NO SE TRATE DE DELITO GRAVE	137
III.5.2.-	QUE SE GARANTICE EL MONTO ESTIMADO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO PROVENIENTE DEL DELITO COMETIDO	139
III.5.3.-	QUE SE GARANTICE EL PAGO DE LA MULTA	141
III.5.4.-	QUE SE GARANTICE EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PROCESALES QUE SE DERIVEN A CARGO DEL INculpADO EN RAZÓN DEL PROCESO	142
III.5.5.-	NEGATIVA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN	145
III.6.-	LA AUDIENCIA PÚBLICA DE LA DECLARACIÓN PREPARATORIA	147
III.7.-	LA GARANTÍA DE LA DEFENSA DURANTE EL PROCESO PENAL	153
III.7.1.-	LA DEFENSA ADECUADA	156
III.8.-	EL AUTO JUDICIAL QUE RESUELVE DE MANERA PROVISIONAL LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL INculpADO	159
III.8.1.-	CONCEPTO DE AUTO DE FORMAL PRISIÓN	160
III.8.2.-	NATURALEZA JURÍDICA DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN	162
III.8.3.-	REQUISITOS CONSTITUCIONALES DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN	162
III.8.4.-	AMPLIACIÓN DEL TÉRMINO CONSTITUCIONAL DE LAS SETENTA Y DOS HORAS	165
III.8.5.-	EFFECTOS QUE PRODUCE EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN	168

CAPÍTULO CUARTO EL PERÍODO DE INSTRUCCIÓN

IV.1.-	NOCIÓN DE INSTRUCCIÓN	173
IV.2.-	DURACIÓN DEL PERÍODO DE INSTRUCCIÓN	175
IV.3.-	EL PROCESO PENAL SUMARIO	178
IV.4.-	LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN PROCESAL	183
IV.4.1.-	PARTES EN EL PROCESO PENAL	185
IV.5.-	LA PRISIÓN PREVENTIVA	186
IV.6.-	LAS PRUEBAS DURANTE EL PERÍODO DE INSTRUCCIÓN	192
IV.6.1.-	NOCIÓN DE PRUEBA	194
IV.6.2.-	ELEMENTOS DE LA PRUEBA	193
IV.6.3.-	CARGA DE LA PRUEBA	203
IV.6.4.-	VERDAD Y CERTEZA	204
IV.7.-	LAS PRUEBAS EN PARTICULAR	206
IV.7.1.-	LA PRUEBA DOCUMENTAL	206
IV.7.2.-	LA PRUEBA DE INSPECCIÓN OCULAR Y DE RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS	210
IV.7.3.-	DE LOS CATEOS E INSPECCIONES DOMICILIARIAS	217
IV.7.4.-	LA CONFESIÓN	219
IV.7.5.-	JUICIO DE PERITOS	227
IV.7.6.-	DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	232
IV.7.7.-	DE LOS CAREOS	239
IV.7.8.-	LA PRUEBA DE CONFRONTACIÓN	244
IV.7.9.-	LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL	246
IV.7.10.-	LA PRUEBA INDICIARIA	248
IV.8.-	SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA	251
IV.9.-	CIERRE DE INSTRUCCIÓN	253

CAPÍTULO QUINTO EL PERÍODO DEL JUICIO

V.1.-	LAS CONCLUSIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO	260
V.1.1.-	CONCLUSIONES ACUSATORIAS	261
V.1.2.-	CONCLUSIONES NO ACUSATORIAS	262
V.2.-	CONCLUSIONES DEL ACUSADO Y SU DEFENSOR	267
V.3.-	DE LA AUDIENCIA FINAL	264
V.4.-	DE LA SENTENCIA	265
V.4.1.-	VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LA SENTENCIA	267
V.4.2.-	REQUISITOS DE LA SENTENCIA	268
V.4.3.-	ESTRUCTURA FORMAL DE LA SENTENCIA	269
V.4.4.-	SENTENCIA EJECUTORIA	272

CAPÍTULO SEXTO DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

VI.1.-	CONCEPTO DE MEDIOS DE IMPUGNACIÓN	277
VI.1.1.-	CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN	280
VI.2.-	NOCIÓN DE RECURSO	282
VI.2.1.-	REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS	284
VI.3.-	EL RECURSO DE REVOCACIÓN	285
VI.4.-	EL RECURSO DE APELACIÓN	286
VI.4.1.-	EFFECTOS EN QUE PROCEDE EL RECURSO DE APELACIÓN	287
VI.4.2.-	EL PROCEDIMIENTO EN LA APELACIÓN	291
VI.5.-	EL RECURSO DE QUEJA	292

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	295
----------------------------------	-----

NOTA A LA CUARTA EDICIÓN

Sirvan las presentes líneas para agradecer al amable lector por su preferencia por esta obra introductoria acerca del proceso penal Oaxaqueño, pues incuestionablemente ello hace posible esta cuarta edición, que pretende seguir conservando su sencillez con el objetivo de que a sus destinatarios les siga facilitando el suministro de los conocimientos en esta apasionante disciplina del Derecho Procesal Penal.

Esta cuarta edición aparece sin mayores cambios, mas que las adecuaciones necesarias obligadas por el transcurso del tiempo y las reformas y adiciones llevadas a cabo a nuestra norma fundamental y a la ley secundaria en la materia.

Como en la edición anterior, en esta ocasión también consideramos de justicia dejar testimonio de agradecimiento a quienes con sus criticas y sugerencias nos han ayudado a ir corrigiendo errores de ediciones anteriores, conscientes de que ensayos como éste siguen siendo perfectibles y por lo mismo, se pide la comprensión del amable lector por los errores que aún se conservan involuntariamente.

Oaxaca de Juárez, Oax., octubre de 2003

NOTA A LA TERCERA EDICIÓN

Es muy satisfactorio que la presente obra alcance su tercera edición, ello sin duda, se debe a la buena acogida que ha tenido en un sector importante de alumnos de la licenciatura de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca. Enhorabuena por ello, pues la misma fue diseñada pensando en ellas y ellos, pero especialmente a quienes cursan el cuarto año de la carrera, ya que se pensó que podía ser una herramienta útil para la mejor comprensión de la materia de Derecho Procesal Penal que se imparte en ese grado.

También se quiere dejar testimonio de agradecimiento a quienes con sus críticas y sugerencias nos ayudan a mejorar en lo posible éste sencillo trabajo.

En el prefacio de la obra se dijo que se trata de un trabajo incipiente dirigido básicamente a quienes se inician como alumnos en esta difícil profesión de abogado; bajo esa tesitura, el mismo sigue conservando su sencillez con el propósito de que al lector le pueda ser útil en la asimilación de los conocimientos inherentes a la materia relacionado con el proceso penal en nuestro País y Estado.

En esta edición se incluye un apartado relacionado con el debate acerca del *cuerpo del delito* y de los *elementos del tipo penal*, con motivo de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, publicadas en el Diario

Oficial de la Federación del día 8 de marzo de 1999 y que entraron en vigor al día siguiente. De esta manera pues, se trata de tener actualizado el texto pensando en el amable lector.

Oaxaca, Oax., México, septiembre de 2000.

A MANERA DE PREFACIO

El pequeño trabajo que tiene Usted en sus manos, amable lector, es el fruto de una investigación llevada a cabo con la finalidad de proporcionar un material de apoyo didáctico para los alumnos de Derecho Procesal Penal; materia que se cursa en el cuarto año de la carrera de Licenciado en Derecho de nuestra gloriosa Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma “Benito Juárez” de Oaxaca.

Se ha querido aprovechar este trabajo incipiente para hacer un breve análisis del proceso penal desde el punto de vista del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, sin olvidar ni hacer a un lado la doctrina reinante, la cuál ha sido de un apoyo invaluable.

Se parte primeramente de un análisis de los artículos de la Constitución General de la República que dan sustento al proceso penal tanto federal como común. Se hace hincapié en las reformas llevadas a cabo en el año 1993, que le dan un giro inusitado al proceso penal, en las que destacan los artículos 16, 19, 20, y 119, de la propia Carta Fundamental. Este análisis abarca el Capítulo Primero del presente estudio.

Ahora bien y partiendo de lo dispuesto en el artículo 1º, del citado Código de Procedimientos Penales, se consideró necesario estudiar el proceso penal partiendo de la averiguación previa, seguidamente el período preprocesal,

continuando con el de instrucción para finalizar con el de juicio.

No queda más que pedir la benevolencia y la crítica del amable lector para con el presente trabajo, con el objeto de que en un futuro cercano podamos corregir los errores involuntarios en que se hubiere incurrido.

Oaxaca de Juárez, Oax., mayo de 1997.

CAPÍTULO PRIMERO GENERALIDADES ACERCA DEL DERECHO PROCESAL PENAL

**O
B
J
E
T
I
V
O
S**

- El lector entenderá que el proceso penal es el medio más idóneo para resolver los litigios.
- Explicará los fundamentos constitucionales del proceso penal.
- Entenderá y explicará los derechos que tiene el inculpado frente al proceso penal.

CAPÍTULO PRIMERO GENERALIDADES ACERCA DEL DERECHO PROCESAL PENAL

I.1.- NOCIÓN DE PROCESO Y PROCEDIMIENTO

En su acepción más general, la palabra proceso significa un conjunto de fenómenos, de acción o de acontecimientos que se suceden en el tiempo y que mantienen entre sí relaciones de solidaridad o vinculación. Lo que da unidad al conjunto y vinculación a los actos, es precisamente la finalidad que se persigue.⁽¹⁾

En su acepción jurídica más amplia, la palabra proceso comprende a los procesos legislativos, administrativos, judiciales y, entre éstos a los penales, civiles, mercantiles, familiares, militares, etc. Entre los procesos jurídicos tienen gran importancia el proceso jurisdiccional, al extremo que se le considera como el más importante para resolver los litigios ante la imparcialidad de una autoridad que va a aplicar el Derecho a un caso particular y concreto. Proceso es pues, un todo que está formado por un conjunto de actos procesales; en cambio, el procedimiento es el modo o la forma como se va desarrollando el proceso, los trámites a que está sujeto, la manera de substanciarlo,

⁽¹⁾ PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Vigésima primera edición. Editorial Porrúa. México, 1994. Pág. 640.

que puede ser en materia del procedimiento penal, ordinario, sumario, sumarísimo o especial. En ese sentido, el procedimiento está constituido por el conjunto de actos vinculados entre sí por relaciones de causalidad y finalidad, regulados por normas jurídicas y ejecutados por los órganos persecutorio y jurisdiccional en el ejercicio de sus respectivas atribuciones para actualizar sobre el autor o partícipe de un delito la conminación penal establecida en la ley.

CIPRIANO GÓMEZ LARA sostiene que entiende por proceso al conjunto complejo de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo.⁽²⁾

Afirma por su parte GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ, que comúnmente se habla del procedimiento más adecuado para llevar a cabo alguna cosa, o sea, de los actos sucesivos enlazados unos a otros, que es necesario realizar para el logro de un fin específico. Sigue diciendo que el término proceso deriva del vocablo *procedere*, cuya traducción es “caminar adelante”; por ende, primariamente, proceso y procedimiento, son formas o derivados de proceder o caminar adelante. Por esa misma

⁽²⁾ GÓMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. Novena edición. Editorial Harla. México, 1998. Pág. 95.

razón, el procedimiento, puede señalar o ser la forma, el método, de cuya aplicación al objeto, dependerá la mutación de un estado a otro.⁽³⁾

Sin lugar a dudas, el proceso jurisdiccional es, hasta nuestros días, el instrumento más eficaz y acabado que el hombre ha creado para resolver en forma civilizada los litigios por intermediación del juez.

I.2.- NECESIDAD DEL PROCESO.

El artículo 17, de la Constitución General de la República, prohíbe de manera terminante la autotutela, estableciendo a su vez el derecho a la tutela jurisdiccional, es decir, prohíbe en otras palabras, que alguna persona se haga justicia por su propia mano o ejerza violencia para reclamar su derecho, y que por ese motivo establece que el particular tiene derecho a que se le administre justicia por los Tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fije la ley. En este caso, el Estado prohíbe que los particulares solucionen por sí mismos su conflicto, por lo que el propio Estado fiscaliza los procedimientos empleados para la solución de tales conflictos.

La prohibición de hacerse justicia por sí mismo se sustenta en el principio de *nulla poena sine iudicio*, el

⁽³⁾ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Decimosexta edición. Editorial Porrúa. México, 1997. Págs. 67-68.

cuál se encuentra plasmado en nuestra Constitución Federal.

La obligación de seguir un proceso constituye lo que en doctrina se conoce como principio de obligatoriedad del proceso o principio de necesidad del proceso.⁽⁴⁾

I.3.- FINES DEL PROCESO

El fin o los fines del proceso penal conducen a los mismos fines generales del derecho, es decir, alcanzar la justicia, el bien común y la seguridad jurídica.

FLORIAN clasifica a los fines del proceso en generales y específicos. Los generales a su vez pueden ser mediatos o inmediatos, y los específicos se subdividen en investigar la verdad e individualizar la personalidad del justiciable.⁽⁵⁾

El fin general mediato alcanza los fines mismos del Derecho Penal, esto es, prevención y represión del delito; en tanto que el inmediato constituye la aplicación de la norma material del Derecho Penal al caso concreto.

⁽⁴⁾ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial Harla. México, 1990. Pág. 13.

⁽⁵⁾ Citado por SILVA SILVA, Jorge A. Ob. Cit. Pág. 111.

En los fines específicos, FLORIAN destaca dos: La verdad histórica como contrapartida a la verdad ficticia o formal; y la personalidad del delincuente.

No cabe duda que la trascendental finalidad que persigue el proceso penal es la realización del Derecho Penal material, independientemente de la división que se haga de esa finalidad, en virtud de que cuando se realiza una conducta prevista en un tipo penal, se genera una relación jurídica sustancial en el cual se funda la pretensión punitiva del Estado, que es llevada al proceso al momento en que el Ministerio Público ejercita la acción penal. En ese sentido, el proceso penal permite que esa pretensión punitiva se vuelva derecho subjetivo del Estado a castigar si en la sentencia que se llegue a dictar se comprueba la existencia del hecho contenido en dicha pretensión. Como se aprecia, el fin o los fines que persigue el proceso no son ajenos a los propósitos que persigue el Derecho en general, que son procurar el bien común, la justicia y la seguridad del individuo que vive en sociedad.

I.4.- NOCIÓN DE DERECHO PROCESAL PENAL.

MANUEL RIVERA SILVA, sostiene que el Derecho Procesal Penal es el conjunto de actividades realizadas por preceptos previamente establecidos, que tiene por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados

como delito para, en su caso aplicar la sanción correspondiente. ⁽⁶⁾

Por su parte, JORGE ALBERTO SILVA SILVA afirma que el Derecho Procesal Penal es la disciplina de contenido técnico-jurídico, que inserta en su temática el estudio del proceso penal en el marco de la teoría general del proceso. ⁽⁷⁾

Por nuestra parte, diremos que el Derecho Procesal Penal es el conjunto de normas jurídicas del Derecho Público interno relativa a la forma de aplicación de las normas contenidas en el Derecho Penal Sustantivo; luego entonces, el Derecho Procesal Penal es el que nos da la pauta o el camino a seguir para la imposición de las penas y demás medios de lucha contra la criminalidad contenidas en los Códigos Punitivos o en las Leyes Penales especiales. A esta disciplina se le identifica también como Derecho Penal Adjetivo o Derecho Penal Instrumental.

Para ORONoz, el Derecho Procesal Penal es el conjunto de actividades ordenadas por la ley, a efecto de determinar si el hecho imputado al acusado constituye o no delito, y dictar como consecuencia la resolución que corresponda. ⁽⁸⁾

⁽⁶⁾ RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. Vigésima primera edición. Editorial Porrúa. México, 1992. Pág. 5.

⁽⁷⁾ SILVA SILVA, Jorge A. Ob. Cit. Pág. 107.

⁽⁸⁾ ORONoz SANTANA, Carlos M. Manual de Derecho Procesal Penal. Sexta reimpresión. Editorial Limusa. México, 1999. Pag. 26

I.5.- NOCIÓN DE JURISDICCIÓN

En un primer acercamiento, la jurisdicción es una función soberana del Estado, realizada a través de una serie de datos que están proyectados o encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo, según afirma el maestro mexicano CIPRIANO GÓMEZ LARA. ⁽⁹⁾

Por otra parte, CARNELUTTI afirma en relación con la jurisdicción que el Juez sea superior a las partes es una meta que la ley se esfuerza, más o menos sagazmente, sin alcanzar; de todos modos, la alcance o no en realidad, es una necesidad que se considera alcanzada. Este resultado se consigue mediante la atribución al juez de un poder, y hasta de una potestad, que es justo llamar potestad jurisdiccional. Más brevemente se dice también jurisdicción; la palabra “jurisdicción” adquiere así un doble significado en cuanto sirve para indicar tanto la función como el Poder Judicial. Ahora bien, más que un poder simple, la jurisdicción es un haz de poderes cuyo análisis entra en aquél estudio de las relaciones jurídicas procesales; son poderes que se desarrollan en una directiva centrífuga, o sea, del centro a la periferia, si es que ésta imagen geométrica puede ayudar a aclarar la posición respectiva del juez y las partes. ⁽¹⁰⁾

⁽⁹⁾ GÓMEZ LARA, Cipriano. Ob. Cit. Pág. 87.

⁽¹⁰⁾ CARNELUTTI, Franceso. Derecho Procesal Civil y Penal. Traducción y Compilación de Enrique Figueroa Alfanzo. Sin número de edición. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1994. Pág. 58.

Por otra parte y a decir de JOSE OVALLE FAVELA la palabra jurisdicción proviene del latín *iurisdictio*, que forma parte de la locución *ius dicere*, la cual literalmente significa decir o indicar el derecho. En el lenguaje jurídico actual, la palabra jurisdicción suele ser empleada, según este autor, con diversos significados e invocando a COUTURE refiere las siguientes acepciones:

a). COMO SINÓNIMO DE ÁMBITO TERRITORIAL. Pero esa acepción para el autor en cita es errónea, en virtud de que considera que para emplear con precisión el lenguaje jurídico es necesario distinguir claramente entre la jurisdicción como función propia del juzgador y el lugar, de marcación o ámbito territorial dentro del cual aquél puede ejercer válidamente dicha función.

b). COMO SINÓNIMO DE COMPETENCIA. Que también resulta producto de una confusión ya que la competencia es un concepto que se aplica a todos los órganos del Estado y no solamente al órgano jurisdiccional.

c). COMO CONJUNTO DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES PERTENECIENTES A UN MISMO SISTEMA O CON COMPETENCIA EN LA MISMA MATERIA. Esta es una acepción que se emplea para diferenciar la competencia que tienen determinados órganos que administran justicia, por ejemplo Tribunal

del Trabajo, Tribunales Militares, Tribunales Administrativos y Tribunales Jurisdiccionales y dentro de estos a su vez la competencia Común y Federal.

d). COMO FUNCIÓN PÚBLICA DE HACER JUSTICIA. Conforme al autor que se consulta esta es la acepción que en sentido técnico debe darse a la jurisdicción, ya que es una función pública de los órganos del Estado por cuanto a que ésta es la función que ejerce los órganos del Estado independientes o autónomos, a través del proceso, para conocer de los litigios o las controversias que les planteen las partes y emitir su decisión sobre ellos; así como para, en su caso, ordenar la ejecución de dicha decisión o sentencia.⁽¹¹⁾

Bajo la tesis anterior, MARCO ANTONIO DÍAZ DE LEÓN refiere que la jurisdicción es un poder del Estado que sirve para dirimir los conflictos de intereses o litigios que someten a su decisión las personas físicas o jurídicas y, que resuelve mediante sentencias que admiten la calidad de cosa juzgada. En ese sentido, la actividad jurisdiccional tiene como fin primordial solucionar los conflictos, cancelando a los particulares la facultad de hacerse justicia por sí mismos, ya que la función de administrar justicia es propia del Estado.⁽¹²⁾

⁽¹¹⁾ OVALLE FAVELA, José. Teoría General del Proceso. Quinta edición. Editorial Oxford University Press. México, 2001. Págs. 106-107 y 117.

⁽¹²⁾ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, 1997. Pág. 1255.

En opinión de LEOPOLDO DE LA CRUZ AGÜERO, la jurisdicción es un poder y la facultad de que está Constitucionalmente investido el Estado, para resolver o dirimir conflictos judiciales o administrativos dentro de determinado territorio o demarcación, según la actividad que corresponda desempeñar a la entidad de que se trate, suscitados entre personas físicas o morales, función encomendada a una autoridad denominada órgano jurisdiccional, quien se encuentra investido de la facultad y poder que le otorga el Estado para aplicar la ley adjetivamente mediante un procedimiento en el que se cumplan los principios de audiencia y legalidad y que puede concluir con una sentencia o concertación de las partes. Asimismo, afirma este autor que la función del órgano jurisdiccional puede estar representado por una persona física denominada Juez o Magistrado o bien, por cuerpos colegiados llamados Tribunales. En ese sentido se considera al Juez como la persona física dependiente del Poder Judicial Federal o Estatal en quien el Estado delega el ejercicio de la potestad jurisdiccional de aplicar la ley mediante un procedimiento judicial o administrativo y aplicarla de una manera justa, honesta e imparcial.⁽¹³⁾

Aplicado a nuestra materia, la jurisdicción es la facultad o la potestad que tienen los jueces o magistrados en materia penal, para aplicar la ley al caso concreto sometido a su conocimiento, mediante la instauración

⁽¹³⁾ DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. Procedimiento Penal Mexicano (Teoría, práctica y jurisprudencia) Cuarta edición. Editorial Porrúa. México, 2000. Pág. 60.

del proceso penal que culmine con la sentencia que ponga fin al juicio, ya sea de primera o segunda instancia.

I.6.- FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO.

El Derecho Procesal Penal encuentra su fundamento legal en la Constitución General de la República, concretamente en los artículos 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, y 23.

Debido a la importancia que los preceptos legales citados tienen para nuestro curso, haremos un breve análisis de cada uno de ellos por lo que se refiere únicamente a nuestra disciplina.

I.6.1.- ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar como de igualdad las garantías contenidas en este artículo 13 de la Constitución Federal. Específicamente se consagran cuatro garantías de igualdad mediante la prohibición de leyes privativas, de Tribunales especiales, de otorgamiento de fueros y de pago de emolumentos no señalados en la ley.

Interesa a nuestro propósito las dos primeras prohibiciones señaladas y que brevemente desglosamos de la manera siguiente:

a).- PROHIBICIÓN DE LEYES PRIVATIVAS.

Las leyes privativas son aquellas en donde lo privativo viene de privado, porque se pretende que una ley sea sólo válida para una persona o un grupo determinado de personas. Una ley privativa no debe entenderse como aquella que puede privar al gobernado de un derecho, como tampoco aquella que regula situaciones o relaciones sociales específicas, sino que es aquella que es expedida con el carácter de personal y concreta para ser aplicada a una persona o un grupo de personas determinadas. En este sentido, las leyes deben ser generales, abstractas e impersonales, o sea, que prevean situaciones no referidas a una persona o grupo de persona en particular.

La relación con la garantía de igualdad es el derecho de ser juzgado por las mismas leyes de todos los miembros de la comunidad, igualando a todas las personas frente a la ley, ya que de ser juzgado por leyes privativas se podría colocar a la persona en un plano de desigualdad en favor o en contra, con mayores o menores de derechos u obligaciones que los estatuidos en las leyes para los demás miembros de la sociedad.

La prohibición de leyes privativas representa una limitación a la actuación de los órganos jurisdiccionales que no pueden validamente aplicar leyes privativas y por lógica, para los órganos legislativos que se traduce

en la imposibilidad de no expedir leyes de esta naturaleza.

b).- PROHIBICIÓN DE TRIBUNALES ESPECIALES.

Los Tribunales especiales son aquellos que comúnmente son creados por decreto o resolución administrativa, dotados de jurisdicción concreta y momentánea para juzgar a una persona o grupo de personas determinadas y particularizadas, una vez hecho lo cual desaparece. De esta manera, lo especial está determinado por el medio de su creación, por la finalidad que tiene para conocer solo de casos concretos y su transitoriedad. A diferencia de los Tribunales generales, que son creados mediante la ley, con jurisdicción permanente para conocer de un número indeterminado de casos atendiendo a su competencia en razón de la materia, territorio, cuantía y grado. De esta forma, los Tribunales especiales son contrarios a los Tribunales generales. Estos últimos son los que tienen existencia y validez Constitucional.

La prohibición de ser juzgado por Tribunales especiales se traducen en una garantía de igualdad puesto que estatuye que toda persona debe ser juzgada por los mismos Tribunales creados legalmente para desempeñar esta función. El artículo 13 de la Constitución Federal con esta prohibición pretende igualar a todos los miembros de la sociedad para ser juzgados por los mismos Tribunales.

I.6.2.- ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

El artículo 14 no sólo reconoce y establece un conjunto de derechos, sino que por su generalidad es también base y garantía para hacer efectivos por medio del juicio de amparo, todos los que la Constitución otorga. Es pertinente señalar que una ley tiene efecto retroactivo cuando se aplica a situaciones, hechos o actos que tuvieron lugar con anterioridad al momento en que entró en vigor.

La retroactividad se prohíbe cuando perjudica, es decir, cuando lesiona o viola los derechos de una persona, por lo que a la inversa, si la beneficia, sí puede aplicarse retroactivamente; este criterio obedece a que si bien la ley rige para el futuro, también es cierto que existen casos de excepción en cuyo caso se admite la aplicación retroactiva y por ende, puede regular situaciones pasadas a su vigencia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado criterio jurisprudencial en relación con aplicación retroactiva de la ley en materia penal, cuando ésta sea en beneficio; en la tesis de jurisprudencia bajo el rubro: **RETROACTIVIDAD DE LA LEGISLACION PENAL. DEBE APLICARSE LA LEY QUE RESULTE MAS BENEFICA AL REO**, correspondiente a la novena época del Semanario Judicial de la Federación, Tomo: I, Junio

de 1995, Tesis: V.2o.4 P, Página: 533, cuyo texto es el siguiente:

“Si en el lapso comprendido desde la comisión del ilícito a la fecha de la sentencia reclamada, ocurren diversas reformas al Código Penal aplicable, al encontrarse subjúdice la sentencia que se dictó en el proceso penal materia de juicio de amparo, deben tomarse en consideración, en beneficio del sentenciado quejoso, las prerrogativas previstas en el artículo 14, primer párrafo, Constitucional, a contrario sensu, esto es, que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, lo que implica que si es en beneficio del reo, en materia penal, se debe aplicar la legislación más benigna”.

Por otra parte, ningún habitante permanente o transitorio de la República puede ser privado de la vida, de la libertad, de la propiedad o posesiones y, en fin, de todos y cada uno de sus derechos y prerrogativas consagrados tanto en la Constitución como los otorgados en las demás leyes, decretos y reglamentos, sin que necesariamente se cumpla con las condiciones siguientes:

a).- Que haya juicio, o sea, una controversia sometida a la consideración de un órgano imparcial del Estado, unitario o colegiado, quien la resuelve mediante la aplicación del derecho al dictar la sentencia o resolución definitiva, que pueda llegar a imponerse a los contendientes aún en contra de su voluntad.

b).- Que el juicio se siga ante un Tribunal ya existente, esto es, ante el órgano del Estado previamente establecido que esté facultado para declarar lo que la ley señala en el caso de que se trate.

c).- Que se cumpla estrictamente con el procedimiento, es decir, con las formalidades y trámites previstos para el caso concreto.

d).- Que todo lo anterior se encuentre en leyes vigentes.

Por imperativo de la disposición Constitucional que se comenta, en los juicios del orden penal sólo podrá imponerse una pena si el acto o el hecho del que se juzga se encuentra claramente previsto por la ley como tal, o sea, exactamente igual a la conducta que la ley describe, en cuyo caso la pena con que se castigue al infractor debe ser la que fija la propia ley. En consecuencia, está prohibido aplicar en esta clase de juicios una ley que tenga un caso parecido, similar o más grave, pero que no sea igual o idéntico al que se trata de juzgar, es decir, está prohibido aplicar la ley penal por analogía o mayoría de razón. En esta parte de la disposición legal que se comenta, se encuentran consagrados los principios de exacta aplicación de la ley penal y la de legalidad.

El principio en comento fue plasmado por nuestra Constitución y que ha sido recogido por todos los

pueblos liberales que repudian los regímenes totalitarios, fue fruto de una lucha ardua y difícil que ha tenido que ganar el Derecho Penal a lo largo de muchos años con el firme propósito de humanizar cada vez más a las penas, pero sobre todo por lo que se refiere al proceso de su aplicación e individualización.

I.6.3.- ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

El primer párrafo de este artículo recoge el principio de legalidad de los actos de autoridad, que constituye una de las bases fundamentales de nuestro Estado de Derecho. Este principio es exigible a todos los actos de autoridad que afecte o infrinja alguna molestia en la esfera particular del gobernado. En ese sentido, para emitir el acto de molestia, se deben satisfacer los requisitos siguientes:

a).- **QUE SE EXPRESE POR ESCRITO:** El que sea por escrito el acto de molestia constituye una condición esencial para que pueda haber certeza sobre la existencia del acto y para que el afectado pueda conocer con precisión el contenido y las consecuencias jurídicas de éste. El mandamiento escrito, además, deberá contener el nombre y la firma original o autógrafa de la autoridad que la emite, lo que dará autenticidad al documento respectivo. Respecto al nombre y la firma, existen algunas discrepancias, pues se ha dicho que ambos conceptos

b).- Que el juicio se siga ante un Tribunal ya existente, esto es, ante el órgano del Estado previamente establecido que esté facultado para declarar lo que la ley señala en el caso de que se trate.

c).- Que se cumpla estrictamente con el procedimiento, es decir, con las formalidades y trámites previstos para el caso concreto.

d).- Que todo lo anterior se encuentre en leyes vigentes.

Por imperativo de la disposición Constitucional que se comenta, en los juicios del orden penal sólo podrá imponerse una pena si el acto o el hecho del que se juzga se encuentra claramente previsto por la ley como tal, o sea, exactamente igual a la conducta que la ley describe, en cuyo caso la pena con que se castigue al infractor debe ser la que fija la propia ley. En consecuencia, está prohibido aplicar en esta clase de juicios una ley que tenga un caso parecido, similar o más grave, pero que no sea igual o idéntico al que se trata de juzgar, es decir, está prohibido aplicar la ley penal por analogía o mayoría de razón. En esta parte de la disposición legal que se comenta, se encuentran consagrados los principios de exacta aplicación de la ley penal y la de legalidad.

El principio en comento fue plasmado por nuestra Constitución y que ha sido recogido por todos los

pueblos liberales que repudian los regímenes totalitarios, fue fruto de una lucha ardua y difícil que ha tenido que ganar el Derecho Penal a lo largo de muchos años con el firme propósito de humanizar cada vez más a las penas, pero sobre todo por lo que se refiere al proceso de su aplicación e individualización.

I.6.3.- ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

El primer párrafo de este artículo recoge el principio de legalidad de los actos de autoridad, que constituye una de las bases fundamentales de nuestro Estado de Derecho. Este principio es exigible a todos los actos de autoridad que afecte o infrinja alguna molestia en la esfera particular del gobernado. En ese sentido, para emitir el acto de molestia, se deben satisfacer los requisitos siguientes:

a).- **QUE SE EXPRESE POR ESCRITO:** El que sea por escrito el acto de molestia constituye una condición esencial para que pueda haber certeza sobre la existencia del acto y para que el afectado pueda conocer con precisión el contenido y las consecuencias jurídicas de éste. El mandamiento escrito, además, deberá contener el nombre y la firma original o autógrafa de la autoridad que la emite, lo que dará autenticidad al documento respectivo. Respecto al nombre y la firma, existen algunas discrepancias, pues se ha dicho que ambos conceptos

hacen alusión a lo mismo; por lo que sería preferible hablar de nombre y rúbrica, para diferenciar precisamente el nombre con el rasgo o los rasgos que se suelen utilizar después del nombre.

b).- **QUE PROVENGA DE AUTORIDAD COMPETENTE:** Debe entenderse en este sentido que la autoridad que emite el acto de molestia debe estar plenamente facultada por la ley para dictar tal acto de molestia dirigido a afectar la esfera particular del gobernado; en materia penal por ejemplo, la única autoridad competente para emitir actos de molestia es el Juez Penal, conforme a lo dispuesto en las leyes respectivas; por lo que en ese sentido ninguna otra autoridad tiene facultades para emitir tales actos de molestia. En ese sentido, la competencia es la medida de la jurisdicción, es el segmento de este poder que se otorga como función al Juez o Tribunal.

c).- **QUE SE FUNDE Y MOTIVE LA CAUSA LEGAL DEL PROCEDIMIENTO:** En primer término, fundar impone a la autoridad que emite el acto de molestia la obligación de citar de manera precisa el artículo o los artículos de la ley o las leyes que sean exactamente aplicables a los hechos de que se trata el procedimiento respectivo y la motivación constituye los motivos y razonamientos que dicha autoridad realice para encuadrar los hechos que dieron motivo al procedimiento a las hipótesis legales invocadas.

El segundo párrafo de esta disposición ordena que sólo la autoridad judicial puede librar una orden de aprehensión, siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

a).- Que exista previamente una denuncia o querrela respecto de un hecho que la ley señale como delito y se encuentre sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.

b).- Que la denuncia o querrela se encuentren apoyadas por datos o pruebas que acrediten el *cuerpo del delito* y la probable responsabilidad penal del inculcado.

c).- Que sea por escrito.

d).- Que se encuentre fundado y motivado.

En cuanto a los párrafos cuarto y quinto, la reforma Constitucional de mil novecientos noventa y tres, varió el régimen de la flagrancia y la urgencia, que son los dos supuestos en que procede la detención de un sujeto sin que medie orden judicial de aprehensión. Con claridad se indica ahora que en caso de flagrancia la autoridad inmediata que conozca del caso deberá poner al sujeto con prontitud a disposición del Ministerio Público. Para que haya urgencia se requiere que se trate de delito grave así calificado por la ley; que exista riesgo

fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y de que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial en razón de la hora, circunstancia o lugar. Se dice también que el Ministerio Público debe fundar el mandamiento de detención y expresar los indicios que motiven su proceder, estipulación innecesaria, puesto que por mandato del mismo artículo en comento, todo acto de autoridad que afecta la esfera jurídica del particular debe estar fundado y motivado.

Como medio para la tutela de los derechos básicos del inculpado detenido, el sexto párrafo del artículo 16 incorporó un punto anteriormente tratado por la legislación secundaria: El control judicial sobre la licitud de la detención, es decir, la primera determinación judicial, una vez radicado el asunto o en el mismo acto de radicación, es el examen que debe hacer el Juez respecto de dicha licitud; lo que a su vez significa que si la detención fue de manera arbitraria, se producirá la libertad del inculpado. De este examen resultará que la detención continúe o se produzca la libertad del inculpado. Si ésta sólo obedece a la irregularidad en la captura, no tendrá efecto en cuanto a la pretensión que hace valer el Ministerio Público; en consecuencia, éste podrá solicitar el libramiento de la orden de aprehensión en contra del liberado.

En el párrafo séptimo, este artículo 16, establece dos plazos para la denominada “retención” del sujeto

capturado en flagrancia o urgencia. La retención ordinaria se extiende hasta por cuarenta y ocho horas y la extraordinaria o especial, hasta por noventa y seis horas. Esta última se apoya en la posibilidad de que exista delincuencia organizada, otro concepto que ha quedado sujeto a la determinación de la ley secundaria. La retención es la justificación legal con que cuenta el Ministerio Público para tener privado de su libertad personal a una persona de quien se presume ha cometido un delito, en tanto se integra la averiguación previa. En cambio, la detención es la que se produce cuando se sorprende a la persona en flagrante delito o cuando el propio Ministerio Público actúa en casos urgentes por delito grave. La retención, entonces, es el tiempo en que se prolonga la privación de la libertad personal de un inculpado ante el Ministerio Público, pudiendo ser la retención ordinaria de cuarenta y ocho horas y la extraordinaria de noventa y seis respectivamente.

El octavo párrafo de esta disposición Constitucional regula la procedencia de la orden de cateo, facultando únicamente al Juez para expedirla con las modalidades que al efecto se señalan, que desde luego debe ser a petición expresa del Ministerio Público.

1.6.4.- ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

Esta disposición Constitucional, como ya se dijo con anterioridad, establece una prohibición expresa respecto a la autotutela y como contrapartida establece el derecho a la tutela jurisdiccional. En otras palabras, el precepto legal en consulta prohíbe que el particular se haga justicia por su propia mano, empleando la justicia privada para reclamar sus derechos, como una regla general, cuya única excepción se presenta en los casos de la legítima defensa, aborto terapéutico, entre otras causas excluyentes del delito. Al lado de la prohibición de hacerse justicia por si mismo, la propia ley establece que los órganos del Estado estarán expeditos para impartir justicia en los plazos y términos que establezca la ley secundaria; por lo que en tal sentido si el particular se ve afectado en sus derechos, deberá acudir ante el órgano del Estado competente para que éste dirima la controversia.

Que la justicia sea pronta significa que sea oportuna, pues una justicia tardía no es justicia. Que la justicia sea expedita significa que quienes la impartan sean profesionales en la materia; es decir, prestos y profesionales para la impartición de la justicia. En ese tenor, se establecen varios principios rectores en esta importante materia.

En efecto, la garantía individual o el derecho público subjetivo de acceso a la impartición de justicia, consagra a favor de los gobernados los siguientes principios:

a).- **JUSTICIA PRONTA:** Que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto se establezcan en las leyes;

b).- **JUSTICIA COMPLETA:** Consistente en que la Autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos, cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado;

c).- **JUSTICIA IMPARCIAL:** Que significa que el juzgador emita una resolución, no solo apegada a derecho, sino fundamentalmente, que no dé lugar a que pueda considerarse que existió favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido y;

d).- **JUSTICIA GRATUITA:** Que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobraran a las partes en conflicto

emolumento alguno por la prestación de ese servicio público. Ahora bien, si dicha garantía está encaminada a asegurar que las autoridades encargadas de aplicarla, lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, es claro que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales.

I.6.5.- ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

La Constitución General de la República protege y otorga garantías no sólo a quienes ajustan su conducta a las leyes, sino también a los infractores de ellas, tanto durante el proceso penal como después de éste en el supuesto de una sentencia condenatoria.

Este precepto Constitucional resulta de gran importancia en materia penal ya que establece que sólo por delito que merezca pena privativa de libertad puede haber lugar a la prisión privativa de libertad, entendida ésta como la que restringe la libertad deambulatoria del individuo para ser internado en un lugar exprefeso para esta prisión preventiva.

Asimismo se establece una diferenciación tajante entre la prisión preventiva y la pena de prisión propiamente dicha; entendiéndose a la primera como un

estado de privación de la libertad personal de un individuo y que se fundamenta en un auto de formal prisión y que además tiene una duración temporal, pues comienza con el citado auto de formal prisión y concluye con la sentencia definitiva de Primera Instancia. Ahora bien, la pena de prisión propiamente dicha se presenta cuando el sujeto sentenciado condenatoriamente se encuentra compurgando ya la pena impuesta por el Juez y ejecutada por los órganos dependientes del Poder Ejecutivo.

Como puede apreciarse en el texto Constitucional en comento, se sientan las bases de la Readaptación Social en nuestro País, siendo éstas el trabajo, la capacitación y la educación como medios para lograrla.

En ese sentido, la Readaptación Social pretende que el infractor vuelva a observar el comportamiento que regularmente siguen los integrantes de la sociedad a la que pertenece; por lo que ésta Readaptación Social persigue que el individuo no vuelva a delinquir nuevamente, dándole los elementos necesarios para valorar, regular y orientar su conducta, pero sin privarlo de la capacidad de decisión.

1.6.6.- ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

En el primer párrafo de esta disposición, el Constituyente establece la etapa procedimental llamada por el Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca como preprocesal, la cuál inicia en el momento en que el inculpado es puesto materialmente a disposición del Juez Penal, ya sea que se le hubiere detenido en flagrante delito, detención urgente por delito grave o se le hubiere ejecutado una orden judicial de aprehensión; plazo cuya duración tiene un límite máximo de setenta y dos horas y que debe concluir con la resolución del Juez que resuelve acerca de la situación jurídica del mencionado detenido.

Dentro de las resoluciones que resuelven la situación jurídica del inculpado al fenecer el plazo o término Constitucional, se encuentran el auto de formal prisión a que se refiere este precepto legal; el auto de libertad por falta de elementos para procesar, que es la contraria el auto de formal prisión; el auto de sujeción a proceso, que se va a dictar si la pena prevista para el delito que se trate es alternativa, es decir, que la ley deje al arbitrio del Juez aplicar una pena privativa de libertad o una multa según lo crea conveniente, pero en ningún caso podrá optar por las dos y la regla general es que se opte por la multa, por lo que en tales condiciones no se podrá privar de la libertad al inculpado; la de no sujeción a

proceso, que es la resolución contraria a la de sujeción a proceso; el sobreseimiento de la causa que produce una libertad absoluta y sin reservas y tiene a su vez el efecto de una sentencia absolutoria y; excepcionalmente el Juez Penal podrá decretar auto de tutela pública preventiva cuando el imputado resulte ser un sujeto inimputable por minoría de edad y así se hubiere demostrado dentro del término Constitucional de las setenta y dos horas.

Ahora bien, el carácter ejecutivo del proceso penal, derivado de la prisión preventiva, impone la necesidad de una resolución judicial no definitiva, dictada al principio del litigio, en la cuál el Juez decida si existen elementos suficientes para considerar acreditados el *cuero del delito* y la probable responsabilidad penal del indiciado y, en consecuencia, razonable que se someta a éste a prisión preventiva. Aunque puede darse el caso que el inculpado no sea sometido a prisión preventiva en virtud de encontrarse bajo los efectos del beneficio de la libertad provisional bajo caución; empero, en este sentido, nuestra ley no hace distinción alguna, por lo que de cualquier modo se dictará el auto de formal prisión si éste es procedente, aún cuando dicho inculpado se encuentra en libertad caucional.

El auto de formal prisión constituye una garantía elevada a rango Constitucional en beneficio y protección de los derechos procesales del gobernado que ha sido

privado de su libertad, para que en caso de continuar esta privación de su libertad personal se encuentre apoyada precisamente en una resolución dictada por un Juez Penal competente; resolución que el artículo 19, que se comenta, atribuye las consecuencias siguientes:

a).- Justifica la prisión preventiva. Esta prisión preventiva inicia una vez dictado el auto de formal prisión y concluye hasta cuando se dicta la sentencia definitiva de Primera Instancia, sea ésta absolutoria o condenatoria.

b).- Fija la litis, es decir, señala el delito o los delitos por los cuales se va a seguir el proceso hasta su conclusión.

c).- Suspende las prerrogativas del Ciudadano en contra de quien se dicta el auto de formal prisión, por ejemplo, el derecho a votar y ser votado, asociarse libre y pacíficamente para tomar parte en los asuntos políticos del País, alistarse en el ejército y sus instituciones para la defensa de la República y, ejercer toda clase de negocios relativos al derecho de petición.⁽¹⁴⁾

d).- Determina el inicio del plazo que fija la Constitución Federal para que el Juez penal dicte la sentencia definitiva, es decir, que la sentencia debe ser pronunciada dentro de los cuatro meses siguientes si el delito por el cuál se dicta el auto de formal prisión se encuentra

⁽¹⁴⁾ ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Séptima edición. Editorial Porrúa. México, 1994. Pág. 91.

sancionado con una pena privativa de libertad de hasta dos años y antes de un año si la pena excede del mencionado término.

I.6.7.- ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día veintiuno de septiembre del año dos mil y que entró en vigor seis meses después de esta publicación, se reformó este precepto Constitucional creándose dos apartados identificados como A y B. El primero referido a las garantías que se consagran a favor del inculpado y el segundo de las garantías de la víctima u ofendido. Lo novedoso de esta reforma es lo relativo al párrafo primero y las garantías que se consagran a favor del ofendido, pues en ese primer párrafo se establece ahora en todo proceso del orden penal el inculpado, la víctima o el ofendido tendrán las garantías a que se refieren los apartados de referencia.

Por lo que se refiere al apartado A de este artículo, podemos decir que sigue conservando la redacción que tenía con anterioridad a las reformas que se comentan, por lo que todas y cada una de las diversas fracciones que integran este apartado constituyen otras tantas garantías otorgadas a los individuos acusados de algún delito. Resulta importante destacar que fueron muchos y muy variados los debates que se libraron en el seno

del Congreso Constituyente de Querétaro en torno a este precepto, pues constituye uno de los pilares fundamentales sobre el que descansa el proceso penal en nuestro País.

En cuanto hace a la fracción I, del apartado A, de este artículo, las trascendentales reformas Constitucionales de mil novecientos noventa y tres a éste y otras disposiciones, variaron el régimen de la libertad provisional bajo caución, dejando atrás el cálculo del término medio aritmético de cinco años de prisión como base para obtener este beneficio; se establece ahora que la procedencia de esta libertad provisional del inculcado se encuentra condicionada a los requisitos siguientes:

- a).- Que el delito imputado no se encuentre clasificado como grave en la legislación secundaria.
- b).- Que se garantice el monto estimado de la reparación del daño proveniente del delito y;
- c).- Que se garantice el pago de la multa.

Ahora bien y con motivo de las reformas a la fracción I, de este apartado del artículo que se comenta, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del día tres de julio de mil novecientos noventa y seis, se adicionó un cuarto requisito de procedencia para la obtención del beneficio de la libertad provisional bajo caución, para quedar en los términos siguientes:

d).- Que se garantice el cumplimiento de las obligaciones que se deriven a cargo del inculcado en razón del proceso.

Esta adición de un cuarto requisito para poder gozar de la mencionada libertad obedeció a que varios Códigos Procesales Penales de la República Mexicana, entre ellos el nuestro, establecían ya cuatro requisitos y no tres como primeramente lo reguló la fracción en comento. En efecto, el artículo 269 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca, dispone textualmente:

“Todo inculcado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

- I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño.*
- II.- Que garantice la multa que en su caso pudiera imponerse.*
- III.- Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que, en términos de ley, se deriven a su cargo en razón del proceso y,*
- IV.- Que no se trate de los delitos que por su gravedad están previstos en el artículo 23 Bis A de este Código”.*

La anterior redacción obligó a reformar la Constitución Federal, en virtud de que el cuarto requisito previsto por el citado artículo 269, del Código de Procedimientos Penales del Estado, resultaba inconstitucional.

En lo referente a la fracción II, del apartado A, del artículo 20, de la Constitución General de la República,

conviene recordar que durante largo tiempo fue costumbre la de forzar e incluso atormentar a los acusados de algún delito con el fin de obtener su confesión, la que se consideraba como la "reina" de las pruebas. También se prohibía que el detenido se comunicara con sus familiares o abogados para obtener una declaración que le fuera perjudicial. Contra estas prácticas se alza nuestra Constitución, pues ahora, toda persona privada de su libertad tiene derecho a no declarar si ello le perjudica y puede comunicarse libremente con sus defensores o familiares por cualquier medio; en ese sentido, además, la confesión ha dejado de ser la reina de las pruebas para pasar a ocupar un lugar secundario como prueba indiciaria. Además de que esta confesión ha de realizarse ante la autoridad competente bajo pena de nulidad si se hace ante una autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez y en presencia del defensor; lo que quiere decir que la Policía, llamada ahora Ministerial no está facultada para recibir confesiones como antaño ocurría con la Policía Judicial.

Asimismo, dentro de la fracción III, del apartado A, de este artículo 20, se establece el derecho que tiene el inculcado para que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación ante el Juez Penal, en audiencia pública se le haga saber el nombre de su acusador o de las personas que deponen en su contra y con qué hechos se apoyan a fin de que el propio inculcado esté en la posibilidad de plantear su defensa y

contestar los cargos que se le hacen, rindiendo en ese momento su declaración preparatoria. La declaración preparatoria es el primer acto procesal más y complejo que hace el Juez Penal al inculcado dentro del plazo a que se refiere este dispositivo legal.

La modalidad que se introduce ahora en la fracción IV, del apartado A, del artículo en estudio, es que los careos serán siempre a petición del inculcado, lo que quiere decir que si no lo solicita, no será obligatorio para el Juez agotar dichos careos, aún cuando de las declaraciones vertidas se advierta la existencia de contradicciones. Antes de las reformas Constitucionales de mil novecientos noventa y tres, era una obligación ineludible para el Juez agotar tal procedimiento. Debe advertirse entonces que el careo es un derecho exclusivo del inculcado, en el que no debe ni puede tener intervención el Ministerio Público. Advertimos también que **este** derecho a ser careado que el inculcado tiene, **presenta** ahora una limitación, es decir, cuando la víctima o el ofendido sea menor de edad y se trate de los delitos **de** violación o secuestro, éstos no podrán ser obligados **a** carearse con dicho inculcado, pues ello se eleva a rango **Constitucional** previsto en la fracción V, del apartado **B**, de este propio artículo, que más adelante comentaremos.

En cuanto a la fracción V, del apartado A, se eleva a **rango** de garantía Constitucional la de recibir al

inculpado cuantos testigos quiera presentar, así como auxiliarle para que declaren los que ofrezca y que se encuentren en el lugar del proceso, todo a fin de que pueda defenderse del mejor modo posible.

Aún cuando la fracción VI, dispone que el acusado deberá ser juzgado, ya sea por un jurado popular integrado por ciudadanos que sepan leer y escribir y sean vecinos del lugar, o bien, por un Juez; la verdad es que en la práctica ha caído en desuso en nuestro País el jurado popular, sin embargo, nuestra Carta Fundamental la sigue conservando. En la actualidad, quien legalmente puede juzgar es solamente un Juez Penal.

La fracción VII, otorga a los acusados de algún delito, el derecho a conocer cuantos datos existan en el proceso con el fin de que pueda preparar mejor su defensa.

La fracción VIII, del apartado A, establece una garantía de seguridad jurídica consistente en establecer un plazo para la duración del proceso penal y de esa forma evitar que se prolonguen por tiempo indefinido en perjuicio de los acusados, pues interpretando esta parte relativa, se establece que la sentencia debe ser dictada dentro de los cuatro meses siguientes si el delito por cuál se inició el proceso se encuentra sancionado con una penalidad que no excede de dos años de prisión y si excede de este término, la sentencia entonces deberá ser pronunciada en un plazo que no exceda de un año.

De trascendental importancia resulta la figura del defensor dentro el proceso penal a que se refiere la fracción IX. En efecto, este párrafo alude a la defensa del inculpado por sí mismo, por abogado o por persona de su confianza a fin de que tenga una defensa adecuada. A este respecto cabe destacar que esta defensa adecuada no queda satisfecha cuando ésta se ejerce de manera inadecuada, esto es, con ignorancia, torpeza o ineptitud; pero tampoco parece posible una defensa siempre exitosa, basta pues con que reúna los requisitos del buen desempeño profesional por parte de un perito en la materia.

Ahora bien, la creación del apartado B de este artículo 20 de la Constitución Federal reconoce lo que en la doctrina y en la ley secundaria ya se reconocía a favor de las personas ofendidas o víctimas del delito, lo que ya resultaba urgente que se plasmara en nuestra Carta Fundamental.

En la fracción I de este apartado B se retoma el derecho de la víctima u ofendido respecto de los derechos que tienen y puede disponer dentro del proceso penal, como es el caso de recibir asesoría jurídica por parte personal especializado en la materia, sin embargo no se especifica cómo debe cristalizarse ese derecho, que el Estado está obligado a proporcionar, pero se infiere que puede ser a través de los defensores de oficio o de abogados particulares en su caso, pero sin perder

de vista que esta asesoría jurídica es una obligación del Estado. Así también se establece que esta víctima u ofendido tiene derecho a ser informado de todos y cada uno de los derechos que a su favor la Constitución consagra en su favor y desde luego a ser informado del desarrollo del proceso penal y sus incidencias.

En cuanto a la fracción II de este apartado, se reconoce a nivel Constitucional el derecho a la coadyuvancia que la víctima u ofendido tienen para con el Ministerio Público, por no ser parte en el proceso; prerrogativa que ya la ley secundaria y concretamente el artículo 133, del Código de Procedimientos Penales del Estado regulaba en su favor con anterioridad.

En la fracción III de este propio apartado, se establece el derecho de la víctima u ofendido para recibir atención médica y psicológica de urgencia con motivo de la comisión del delito; servicio que deberá proporcionar el Estado a través de las instituciones especializadas.

La fracción IV, regula la procedencia del pago de la reparación del daño proveniente del delito recalando que el Ministerio Público tiene la obligación ineludible de solicitar dicho pago y se ordena que se establezcan procedimientos ágiles para la ejecución de las sentencias que condenen al pago de la reparación del daño, lo que significa que los procedimientos relativos deberán ser expeditos y sencillos para el ofendido.

Por lo que se refiere a la fracción V de este apartado, se establecen dos limitantes por lo que se refiere al derecho que el inculcado tiene para carearse con las personas que deponen en su contra, en el sentido de que cuando la víctima u ofendido por el delito sea menor de edad en los casos de delitos de violación o secuestro, no podrán ser obligados a carearse con dicho inculcado, estableciéndose de esta manera una especie de seguridad jurídica a favor de estas personas. En efecto, la reforma de dos mil, moderó o restringió la garantía del inculcado para carearse con las personas que deponen en su contra, en virtud de una nueva garantía que se estatuye a favor de la víctima u ofendido.

Finalmente, en la fracción VI se regula el derecho que tiene la víctima o el ofendido para solicitar las medidas y providencias necesarias para su seguridad o auxilio, las que de alguna manera ya se encontraban reguladas en la ley secundaria. En este sentido se puede hablar por ejemplo, de un embargo precautorio, la restitución provisional al ofendido en el goce de sus derechos, etc.

La creación del apartado B del artículo 20, de nuestra Carta Fundamental, creemos que obedece a los nuevos rumbos que actualmente toma en Derecho Procesal Penal en favor de la víctima u ofendido, lo que si bien no es nuevo, porque ya se venía tratando en la doctrina y en la ley secundaria, es plausible que a nivel Constitucional se vayan reconociendo estos derechos.

I.6.8.- ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

El párrafo inicial de este artículo podemos dividirlo en tres partes: La primera que se refiere a la exclusiva facultad de la autoridad judicial para imponer las penas; la segunda que regula las funciones de la Institución del Ministerio Público y; la tercera que se refiere a la competencia de las autoridades administrativas en materia de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos.

En cuanto a la primera parte, la disposición Constitucional en comento establece de manera tajante que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, excluyendo la posibilidad que alguna otra autoridad de distinto carácter realice tan delicada función. Tal precepto proviene casi sin modificaciones de la Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete, la cuál otorgó a los Jueces la facultad de imponer penas por los delitos previamente reconocidos como tales por la ley.

En la segunda parte, de modo exacto define las atribuciones del Ministerio Público, Institución cuyos orígenes se encuentran en Francia y España, y que en México adquirió caracteres propios. En efecto, una de las aportaciones del Constituyente de mil novecientos diecisiete al mundo jurídico, fue la especial estructura que dio a tal organismo.

El principio de exclusividad que el Ministerio Público ejerce sobre la acción penal sufrió una profunda transformación con la reforma introducida en el año de mil novecientos noventa y cuatro, pues esta facultad exclusiva del Ministerio Público se vio restringida al establecerse ahora en párrafo cuarto del artículo 21, en comento que:

“Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley”.

Efectivamente, la reforma en cuestión restringió esta potestad del Ministerio Público, estableciendo ahora un medio de impugnación a favor del ofendido, sin embargo, no aclara cuál debía ser esa vía jurisdiccional la competente para conocer de esa impugnación. Resulta claro que este nuevo giro obedece a la necesidad de prevenir actos de corrupción del Ministerio Público que desembocaban en la impunidad del delincuente. Empero, tal adición resultó desafortunada por la invasión de las esferas competenciales entre dos poderes de distinta naturaleza. Esta adición, trajo como consecuencia criterios contradictorios en la impartición de la Justicia Federal con motivo de la interposición de los juicios de amparo indirecto contra las determinaciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal; concretamente de los Tribunales Colegiados de Circuito en los amparos en revisión, ya que algunos Jueces de Distrito sostuvieron en sus sentencias que era

improcedente el Juicio de Amparo contra tales determinaciones del Ministerio Público; en cambio, otros Jueces del mismo ramo, sentenciaron que si era procedente el juicio de garantías; criterios que obligaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a resolver dichos criterios de contradicción, por lo que el pleno, en sesión privada del día dos de octubre del año dos mil, aprobó por mayoría de votos la tesis de jurisprudencia número 114/2000, resolviendo de esta manera la contradicción de tesis número 18/98LP, sustentadas entre los Tribunales Colegiados de Circuito del Primero y Tercer Circuito respectivamente, cuyo rubro y texto es el siguiente:

“ACCIÓN PENAL. ES PROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO, MIENTRAS NO SE ESTABLEZCA EN LEY LA VÍA JURISDICCIONAL DE IMPUGNACIÓN ORDINARIA, PARA RECLAMAR LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA (ARTÍCULO 21, PÁRRAFO CUARTO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). De la reforma al citado precepto constitucional, que entró en vigor el 1o. de enero de 1995, y de los antecedentes legislativos que le dieron origen, se advierte el reconocimiento en favor del querellante, denunciante, víctima del delito o de los familiares de ésta o del legalmente interesado, del derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, coetáneo del derecho de exigir al Estado la persecución de los delitos, lo que se traduce en el nacimiento de una garantía individual, cuyo respeto no puede considerarse postergado o sujeto a la condición suspensiva de que el legislador ordinario, en los diferentes fueros, emita las disposiciones legales que reglamenten el instrumento para impugnar por

la vía jurisdiccional ordinaria las determinaciones de mérito, puesto que, en principio, ante la vigencia de la disposición constitucional relativa, la protección del derecho garantizado es inmediata, ya que, en tal hipótesis, no se requieren medios materiales o legales diferentes de los existentes para que la autoridad cumpla cabalmente y desde luego, con el mandato constitucional de investigar y perseguir los delitos, siendo obvio que dentro del sistema constitucional mexicano, el medio para controlar directamente el cumplimiento de esas funciones es el juicio de amparo. Por consiguiente, la ausencia de ordenamientos legales que precisen la vía jurisdiccional ordinaria para impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal que pueden ser violatorias de las garantías individuales del ofendido, no impide que tales determinaciones sean reclamadas de modo inmediato y en tanto se expidan las leyes ordinarias, a través del juicio de amparo, dado que al estar regulada la actuación relativa de la representación social por la propia Carta Magna, entre otros de sus preceptos, en los artículos 14 y 16, bien puede y debe examinarse esa actuación en el juicio de garantías, pues arribar a una postura que sobre el particular impida la procedencia de dicho juicio, sería tanto como desconocer la existencia de la mencionada garantía individual y el objetivo y principios que rigen al juicio de amparo, que de acuerdo con lo previsto en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es procedente contra leyes o actos de autoridad que violen garantías individuales. En estas condiciones, debe concluirse que si las determinaciones del aludido representante social sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal pueden implicar la violación de garantías individuales, aquéllas podrán impugnarse mediante el juicio de amparo indirecto, en términos de lo dispuesto en el artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo, por ser esta vía la que revisa la legalidad del proceso indagatorio de la comisión de ilícitos, además de que desatender la norma

constitucional reformada implicaría la inobservancia de los artículos 133 y 136 de la Constitución Federal, siendo que el espíritu del Constituyente Originario se orientó a la prevalencia de los principios de supremacía e inviolabilidad de la Ley Fundamental”.⁽¹⁵⁾

En atención al criterio jurisprudencial transcrito, el artículo 114, fracción VII de la Ley de Amparo, establece ahora que el juicio de amparo es procedente contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o desistimiento de la acción penal; ello a partir de la adición que se hizo a este ordenamiento legal por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día nueve de junio del año dos mil. Ahora bien y como se aprecia, la reforma Constitucional en comento hace referencia también al desistimiento de la acción penal, figura procesal cuyo antecedente no se encuentra en el Derecho Procesal Penal de nuestro País y que hasta ahora no ha sido tampoco regulada por la ley secundaria, y lo más cercano al desistimiento es la revocación de la orden de aprehensión que puede solicitar el Ministerio Público en términos del artículo 235, del Código de Procedimientos Penales del Estado

Por otra parte, resulta importante también comentar las reformas a este artículo 21 de la Constitución Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del día tres de julio de mil novecientos noventa y seis, por lo

⁽¹⁵⁾ Semanario Judicial de la Federación. Novena época. Pleno. Tomo XII, octubre de 2000. Tesis P/J. 114/2000. Pág. 5.

que se refiere a su primer párrafo y que entraron en vigor el día siguiente de su publicación, cuyo tenor es el siguiente:

“ARTICULO 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cuál se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, los que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas”.

De la transcripción anterior, se desprenden dos cuestiones importantes en razón de nuestro estudio; la primera, la variación del vocablo “persecución de los delitos” por el de “investigación de los delitos” que compete al Ministerio Público, que en nada afecta la función persecutoria que de los delitos que compete a tal Institución. La segunda cuestión se refiere al hecho de la desaparición de la Policía Judicial, pues ahora se establece simple y llanamente que una Policía estará bajo la dirección y mando inmediato del Ministerio Público; reforma que a nuestro juicio resulta incompleta porque si bien el nombre de Policía Judicial a menudo creaba confusión en razón de que tal denominación hacía suponer que tal Policía dependía del Poder Judicial, lo cuál no puede ser en virtud de que éste no cuenta con

Policía alguna que esté bajo su mando; por el otro lado, la reforma en cuestión no aclara a qué Policía se hace referencia, pues no cualquier corporación Policiaca puede tener Constitucionalmente competencia para investigar la comisión de hechos delictuosos, por lo que hubiera sido preferible completar la reforma y llamarle Policía Administrativa o Ministerial y no simplemente Policía.

Con el propósito de adecuar a la ley secundaria al marco de la Constitución General de la República, mediante decretos números 166 y 167, publicados en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado, de los días nueve y veintiséis de mayo del año dos mil, se reformaron diversas disposiciones del Código de Procedimientos Penales y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado, incorporándose a su texto la nomenclatura de *Policía Ministerial* como auxiliar del Ministerio Público en la investigación y persecución de los delitos.

Finalmente, en la tercera parte del artículo 21 de la Constitución Federal se contiene lo que se conoce como Derecho Penal Administrativo, que regula las conductas cuya ilicitud es menos grave o intensa que la de los delitos, que constituyen en este caso las faltas o infracciones. En ese sentido, si un comportamiento merece reproche, pero no llega a la categoría de delito, nuestro orden jurídico en este aspecto señala otras conse-

cuencias jurídicas distintas de la pena, como son las sanciones civiles o administrativas, aunque semejantes en su naturaleza a las penas del régimen punitivo ordinario, pero mucho menos rigurosas que éstas. Estas sanciones administrativas se impondrán precisamente por las contravenciones a los ordenamientos precisamente administrativos.

I.6.9.- ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

El primer párrafo de este artículo se encontraba ya en las primeras Constituciones de México, como consecuencia de un vivo deseo de que se prohibiera la aplicación de penas tan graves e hirientes para la personalidad humana como la mutilación, o sea, la amputación o corte de algún miembro del cuerpo humano; las infamantes o las humillantes que atacan el honor; las marcas hechas en el cuerpo del condenado, frecuentemente con hierro candente; los azotes ejectionados con látigos por el verdugo; los palos y los tormentos de cualquier especie; la multa excesiva, la confiscación de bienes o adjudicación de ellos en favor del Estado, procedimientos que lesionaban de modo fundamental el patrimonio del delincuente, y cualesquiera otras que se consideran inusitadas o trascendentales, es decir, aquellas penas que trascienden a los familiares o seres queridos del autor del delito y aquellas que han caído en desuso. En la actualidad, las principales Constitu-

ciones del mundo, entre ellas de nuestro País, prohíben de manera tajante la aplicación de esta clase de penas o sanciones. En ese sentido entonces este primer párrafo, prohíbe en primer término la aplicación de penas que importen un maltrato ejercido sobre el cuerpo y que indefectiblemente causan un dolor. En cuanto a la multa, cantidad de dinero que el condenado ha de pagar al Estado por concepto de pena, no queda vedada si no es excesiva, como efecto de un juicio de valor sobre su magnitud, pues la imposición de la multa debe ceñirse exactamente a lo que establezca la ley al caso concreto, en caso contrario la misma será excesiva.

En cuanto al párrafo segundo de la disposición Constitucional que se comenta, fue reformada por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día tres de julio de mil novecientos noventa y seis, quedando de la manera siguiente:

“No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no se acredita la legítima procedencia de dichos bienes”.

La novedad que se introduce consiste en no considerar como confiscación el decomiso que haga la autoridad judicial a un sentenciado respecto de los bienes de su propiedad en los casos de delincuencia organizada, como en aquellos casos cuando no se acredite plenamente la propiedad de dichos bienes o su legítima procedencia.

Precisemos en este apartado lo que entendemos por decomiso y confiscación. Por un lado, el decomiso es una pena y se refiere a la privación de los bienes de uso prohibido, nocivas o peligrosas, en perjuicio del delincuente o de un tercero; es una pena de perdimiento de la cosa en que se coloca a la persona que comercie con géneros prohibidos. Es una pena accesoria de privación o pérdida de los instrumentos o efectos del delito en perjuicio del delincuente o terceros y en beneficio del Estado. Se afirma, entonces, que el decomiso se presenta o se da contra los objetos o bienes de uso ilícito y se realiza a favor del Estado. La confiscación, por otra parte, proviene del vocablo latino *confiscatio*, que significa acción de confiscar. La confiscación es la adjudicación que se hace al Estado, Tesoro Público o fisco de los bienes de propiedad privada, generalmente pertenecientes a algún reo.⁽¹⁶⁾

Se afirma que la confiscación consiste en la pérdida o privación de bienes de uso lícito, que se da en perjuicio

⁽¹⁶⁾ GUIZA ALDAY, Francisco Javier. Diccionario Jurídico de Legislación y Jurisprudencia. Ángel editor. México, 1999. Pág. 172.

del delincuente a favor del Estado o de terceros, para el pago de responsabilidad civil, de impuestos o de simple adjudicación al Estado, con las modalidades que la ley al respecto señale.

Ahora bien, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día ocho de marzo de mil novecientos noventa, en vigor al día siguiente, se adicionó un tercer párrafo a este artículo y el tercero pasó a ser el cuarto párrafo. En la adición se establece que no se considerará confiscación, la aplicación en favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. También se prevé que la autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de delitos de delincuencia organizada. Finalmente, se dispone que no serán aplicados en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de algún delito, cuando éstos se hubieran transferido a terceros que acrediten ser poseedores o adquirentes de buena fe.

El cuarto párrafo del artículo 22, de la Constitución General de la República; prohíbe casi en idénticos términos que en la Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete la aplicación de la pena de muerte para los perseguidos políticos, principio comúnmente aceptado por todas las Constituciones liberales del mundo moderno después de la Revolución Francesa.

Empero, la propia Constitución del País reserva la aplicación de la mal llamada pena de muerte especialmente a los delitos considerados más graves como el homicidio calificado y a los delitos del orden militar; afortunadamente, ningún Estado del País la regula ya en sus respectivos Códigos Penales, habiendo caído en desuso desde hace varias décadas. No tenemos noticia, por otro lado, que esta pena de muerte se hubiere aplicado en la historia reciente dentro de la disciplina castrense de nuestras fuerzas armadas, en virtud de que la misma se sigue conservando en el Código de Justicia Militar. Conviene expresar en esta parte que la pena de muerte no es en realidad una pena, puesto que no cumple con los requisitos para ser tal; por lo que se hace necesaria su desaparición total y definitiva de este precepto constitucional que resulta contradictoria con los postulados actuales de un Estado de derecho como el nuestro.

I.6.10. ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

La disposición contenida en la primera parte de este artículo tiende a evitar que se prolonguen indefinidamente los juicios de carácter penal, prohibiendo que tengan más de tres instancias. En obediencia a esta norma fundamental, las leyes secundarias sólo prevén la existencia de dos instancias. ZAMORA PIERCE, señala que la instancia es un procedimiento, es decir, un

conjunto de actos procesales, que se inicia en el momento en que se ejercita la acción penal y que concluye cuando el órgano jurisdiccional pronuncia la resolución que decide la cuestión planteada en la litis por el Ministerio Público y el sujeto activo del delito.⁽¹⁷⁾ La instancia es pues, la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso penal, que va desde la iniciación o promoción del juicio hasta el dictado de la primera sentencia definitiva o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre el mismo se pronuncie. De esta manera se habla de sentencia de Primera o Segunda Instancia.

Esa resolución o sentencia definitiva dictada por el Juez Penal, es el acto culminatorio de la instancia procesal y que puede ser impugnado mediante alguno de los recursos que la propia ley establece ante otro órgano judicial superior, dando lugar al inicio de la Segunda Instancia, en la que la sentencia recurrida puede ser confirmada, modificada, revocada o bien ordenarse la reposición del procedimiento por violaciones directas a la Constitución que se hubieren cometido durante la Primera Instancia. El recurso o medio de impugnación que abre la Segunda Instancia, es generalmente el recurso de apelación.

En la última parte de este mismo artículo, quedó plasmado otro de los objetivos que se propuso el Dere-

cho Penal Liberal; el de prohibir que alguien pudiese ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que se le hubiere absuelto o condenado en la Primera Instancia. Esta norma otorga seguridad jurídica al gobernado, en el sentido de que una vez pronunciada la sentencia -absolutoria o condenatoria-, no podrá darse marcha atrás y comenzar un nuevo juicio sobre los mismos hechos.

Como una consecuencia lógica de lo anterior, la Constitución Federal, deroga una costumbre que estuvo vigente en épocas pasadas: La de absolver de la instancia, esto es, la de dictar una sentencia absolutoria para el procesado, que permitía la posibilidad de iniciar nuevo juicio en su contra por los mismos hechos, si aparecían posteriormente más datos que lo incriminaran.

Mediante la anterior prohibición, nuestra Carta Fundamental recoge el principio *NON BIS IN IDEM*, que se traduce en que fenecido un juicio por sentencia ejecutoria, no podrá intentarse de nuevo la acción criminal por el mismo delito y contra la misma persona, ya sea que el fallo lo haya absuelto o condenado. Finalmente, sería conveniente que el texto Constitucional en esta parte relativa hiciera referencia a que: "...nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos..." en lugar de decir por el mismo delito; pues a decir de RICARDO GUZMÁN WOLFFER, no ha faltado quien argumentando una interpretación literal de la

⁽¹⁷⁾ ZAMORA PIERCE, Jesús. Ob. Cit. Pág. 355.

Constitución haya pedido que no se les juzgue por un segundo o tercer robo cometido por un reincidente, cuando que el evidente espíritu del constituyente es evitar que los mismos hechos se sancionen doblemente; no así evitar que el delincuente reincidente o habitual sea castigado.⁽¹⁸⁾

I.7.- FASES EN QUE SE DIVIDE EL PROCESO PENAL COMÚN Y FEDERAL

Conforme al artículo 1º, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, el proceso penal comprende cuatro periodos o fases:

a).- El de averiguación previa a la consignación a los Tribunales, que comprende las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal.

b).- El preprocesal, que comprende las diligencias practicadas ante los Tribunales con el fin de que éstos resuelvan la situación jurídica de los imputados.

c).- El de instrucción, que comprende las diligencias practicadas ante los Tribunales con el fin de averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en que

⁽¹⁸⁾ GUZMAN WOLFFER, Ricardo. Las Garantías Constitucionales y su repercusión en el Proceso Penal Federal. Segunda edición. Editorial Porrúa. México, 2000. Págs. 137-138.

hubieren sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad penal de los imputados.

d).- El de juicio, durante el cuál el Ministerio Público precisa su acusación y el acusado su defensa ante los Tribunales y éstos valoran las pruebas y pronuncian sentencia definitiva.

Ahora bien y conforme al artículo 1º, del Código Federal de Procedimientos Penales, estipula que tal ordenamiento comprende los procedimientos siguientes:

I.- El de averiguación previa a la consignación a los Tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal.

II.- El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar.

III.- El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los Tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste.

IV.- El de Primera Instancia, durante el cuál el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el Tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva.

V.- El de Segunda Instancia ante el Tribunal de apelación, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos.

VI.- El de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los Tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicables y;

VII.- Los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

En atención a lo anterior y tomando en consideración que el proceso penal federal es de excepción, nuestro curso versará sobre el estudio de las cuatro fases previstas por el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, que es de competencia del fuero común y que a su vez constituye la regla general; sin apartarnos desde luego, de los lineamientos generales trazados por nuestra Carta Fundamental y la doctrina reinante por lo que se refiere a nuestra disciplina.

CAPÍTULO SEGUNDO

DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

- O
B
J
E
T
I
V
O
S**
- El lector sabrá explicar el contenido de la Averiguación Previa.
 - Entenderá las diligencias que practica el Ministerio Público durante la Averiguación Previa.
 - Explicará a la acción penal y sus características.
 - Entenderá el derecho a la defensa y a las excepciones a la orden de aprehensión.

CAPÍTULO SEGUNDO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

II.1.- NOCIÓN DE AVERIGUACIÓN PREVIA

La averiguación previa es el procedimiento que integra la actividad del Ministerio Público, actuando éste como autoridad administrativa y que culmina con la determinación de consignación o de no ejercicio de la acción penal. Esta averiguación previa se inicia con la presentación de una denuncia o querrela y forma parte integrante del proceso penal. Dentro de la averiguación previa, el Ministerio Público aplica la ley a casos individuales por medio de actos meramente administrativos, a través de los cuales agota su actividad como autoridad administrativa, cualquiera que sea el resultado final, es decir, que se determine o no el ejercicio de la acción penal.⁽¹⁹⁾ Dentro de este procedimiento, el Ministerio Público investiga los hechos probablemente delictuosos y recaba los medios necesarios para acreditar la probable responsabilidad penal del inculpado; en ese sentido, el objeto de la averiguación previa es precisamente investigar los hechos probablemente delictuosos y su finalidad lo constituye la acreditación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad penal del inculpado. La investigación de la existencia del delito se dará hasta el periodo de instrucción.

⁽¹⁹⁾ HERNANDEZ LOPEZ, Aarón. Manual de Procedimientos Penales. Editorial Pac. México, 1991. Pág. 22.

La averiguación previa puede integrarse con detenido y sin detenido.

La integración de la averiguación previa con detenido tiene un plazo de cuarenta y ocho horas, que puede duplicarse en aquellos casos de delincuencia organizada, en términos del párrafo séptimo, del artículo 16, de la Constitución Federal, en relación con el diverso artículo 23 BIS B, del Código de Procedimientos Penales del Estado.

En efecto, el segundo dispositivo legal invocado en su segundo párrafo estatuye que habrá delincuencia organizada en aquellos casos en que tres o más personas se organizan bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantes lucrativos alguno de los delitos previstos en el artículo 23 BIS A, calificados como delitos graves; por lo que la duplicidad de este plazo estará bajo la estricta responsabilidad del funcionario del Ministerio Público y tiene la finalidad que dentro del mismo integre debidamente la averiguación previa.

Sin detenido, la averiguación previa debe integrarse en un plazo no mayor de noventa días conforme a lo dispuesto por el artículo 65, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Oaxaca. Indudablemente en la práctica cotidiana de las agencias del Ministerio Público no se cumple con aquella dispo-

sición legal, no obstante que el plazo concedido es lo suficientemente amplio para la debida integración de la indagatoria Ministerial. Este plazo hasta antes del veintinueve de marzo del dos mil, era de treinta días hábiles, los que se ampliaron a noventa con motivo de la reforma a este mismo artículo en aquella fecha.

II.2.- LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

Los requisitos de procedibilidad son las condiciones mínimas que deben satisfacerse previamente, una vez que se ha cometido el delito, a fin de que el Ministerio Público esté en la posibilidad de iniciar válidamente la averiguación previa. Como requisitos de procedibilidad, el segundo párrafo del artículo 16, de la Constitución General de la República, señala a la denuncia y a la querrela.

La denuncia es la noticia que de palabra o por escrito hace el ofendido o la víctima del delito al Ministerio Público; es decir, es la *notitia criminis* que se emplea en aquellos casos de delitos perseguibles de oficio. Esta denuncia puede ser por cualquier medio o por escrito; por lo que una vez que el Ministerio Público tenga conocimiento que se ha cometido un delito de esta naturaleza, debe de inmediato iniciar la indagatoria Ministerial correspondiente. En esta clase de delitos se dice que se afectan intereses de la sociedad.

En cuanto a la querrela, ésta se va a emplear en aquellos delitos que sólo dañan o afectan a intereses privados o particulares; por lo que sólo los ofendidos o sus representantes legítimos pueden querellarse ante el Ministerio Público para el inicio de la averiguación previa. En esta clase de delitos, conocidos también como de querrela, se puede otorgar el perdón del ofendido, con lo que cesan los efectos de la acción penal.

Son perseguibles por querrela necesaria todos aquellos delitos en los que expresamente así lo disponga la ley; por lo que por exclusión, en donde la ley no prevenga que sean perseguibles por querrela, serán delitos perseguibles de oficio. La mayoría de los delitos son perseguibles de oficio, ya que el radio de acción de los de querrela es mucho menor que los primeros.

II.3.- NOCIÓN DE MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público es una Institución de carácter público dependiente del Poder Ejecutivo, cuyo fin es investigar y perseguir los delitos y que representa la pretensión punitiva del Estado. Es además, una Institución de buena fe que representa a la sociedad y que se rige conforme a ciertos principios y ciñe su actuación dentro del marco establecido por la Constitución General del País.

Aún cuando existe unidad y la Institución del Ministerio Público es única, en sus respectivos ámbitos de competencia, existe un Ministerio Público del orden común y uno del orden federal. El primero está representado por el Procurador General de Justicia de cada una de las Entidades Federativas que conforman la Federación. El segundo está representado por el Procurador General de la República.

Dentro de la justicia penal, al Ministerio Público incumbe dos actividades fundamentales: La averiguación previa y el ejercicio de la acción penal.

Existen numerosos antecedentes históricos del moderno Ministerio Público. Tienen ese carácter todos los órganos del Poder Público que surgieron con la misión de investigar los delitos y promover la sanción de éstos ante los Tribunales. Frecuentemente se afirma que el Ministerio Público contemporáneo aparece durante la Revolución Francesa y en la Legislación Napoleónica y que de ahí proviene el nombre actual de la Institución, a partir de la designación "*Ministere Public*".⁽²⁰⁾

Por lo que respecta a nuestro País, los tratadistas suelen indicar que el Ministerio Público tiene diversas raíces. En ellas se localiza al promotor fiscal de la colonia y que el calificativo de fiscal procede de la época

⁽²⁰⁾ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Sistema Penal Mexicano. Fondo de Cultura Económica. México, 1993. Pág. 105.

en que estos funcionarios debían cuidar los intereses del soberano. El moderno Ministerio Público Mexicano ya no tiene esa competencia, pero tiene raíces típicamente Mexicanas.

El Ministerio Público tuvo una importancia relativamente secundaria antes de mil novecientos diecisiete, pues no apareció en la Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete, sino hasta en las reformas llevadas a cabo en el año de mil novecientos. En cambio, en la Constitución de mil novecientos diecisiete, adquiere una notable relevancia y a partir de entonces empieza una constante evolución de esta importante Institución que continua hasta nuestros días, con características muy propias de nuestro País, a tal grado que se le considera como una Institución *sui géneris*.

II.3.1.- PRINCIPIOS QUE ATAÑEN AL FUNCIONAMIENTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La mayoría de los doctrinarios en nuestra disciplina coinciden en señalar que existen varios principios que atañen al funcionamiento de esta importante Institución encargada de investigar y perseguir los delitos. Estos principios se resumen en los siguientes:

a).- **PRINCIPIO DE UNIDAD O JERARQUIA:** Este principio trata de explicar que las personas que integran

la Institución, no son más que la prolongación del titular de la misma, motivo por el cuál reciben y acatan órdenes de éste, porque la acción y el mando en esta materia es de competencia exclusiva del Procurador. Por esa misma razón, los Agentes del Ministerio Público son sólo la prolongación del titular, pues la representación es única. No hay muchos Ministerios Públicos, sino sólo uno. Hay sí, muchos Agentes del Ministerio Público, pero una sola Institución. ⁽²¹⁾ En efecto, el Ministerio Público constituye una unidad en el sentido de que todas las personas físicas que componen la Institución se consideran como miembros de un solo cuerpo, bajo una sola dirección.

b).- **PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD:** Consiste en que cada uno de los funcionarios representantes de la Institución del Ministerio Público, en cualquier asunto en que intervengan, no lo hacen a título personal o a nombre propio, sino que actúan en nombre de la Institución que representan. Además esta unidad significa que todos los funcionarios que trabajan en la misma Institución tienen las mismas facultades y funciones y están investidos del mismo poder, por lo que cuenta es la función y no la persona física que lo desempeña. Por otra parte, si se llegare a cambiar a un funcionario del Ministerio Público, el que llegue a sustituirlo tendrá las mismas atribuciones y la función seguirá siendo la misma; lo que a su vez significa que ante cualquier

⁽²¹⁾ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Ob. Cit. Pág. 167.

Tribunal y por cualquier oficial que la ejercite, el Ministerio Público representa siempre a una sola y misma persona en instancia: La sociedad o el Estado.

En función de lo anterior, el Ministerio Público representa a la persona moral que es la sociedad, como si todos sus miembros obraran colectivamente. A la pluralidad de miembros corresponde la indivisibilidad de los institutos: unidad en la diversidad.⁽²²⁾

c).- PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA: Este principio consiste en que el Ministerio Público tiene una total independencia frente al Poder Ejecutivo, Judicial o de cualquier otro órgano de autoridad respecto a la función persecutoria que de los delitos le asigna la Constitución Política del País en su artículo 21; independencia que se hace extensiva respecto al ejercicio de la acción penal. Ello significa que para ejercitar o no la acción penal no depende de ninguna autoridad judicial o administrativa. Anteriormente en nuestro País, el Ministerio Público carecía de esta independencia, ya que se encontraba subordinado al Tribunal, quien poseía la función de Policía Judicial y con ella disponía del actuar del Ministerio Público. En la actualidad, la independencia del Ministerio Público frente al Poder Judicial es tangible.⁽²³⁾ No escapa a nuestra atención el hecho de

⁽²²⁾ CASTRO y CASTRO, Juventino V. El Ministerio Público en México. Undécima edición Editorial Porrúa. México, 1999. Pág. 57.

⁽²³⁾ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Ob. Cit. Pág. 167.

que el Procurador, tanto General de la República como el de las Entidades Federativas sean nombrados por el Poder Ejecutivo Federal o Estatal, ello de ninguna manera afecta su independencia en relación con la función persecutoria de los delitos.

d).- PRINCIPIO DE IMPRESCINDIBILIDAD: Este principio hace referencia a la imposibilidad de reemplazar o permutar a la Institución del Ministerio Público por otra Institución diversa. En México y debido a la exclusividad que en el ejercicio de la acción penal tiene el Ministerio Público, resultaría difícil prescindir de esta Institución, pues de ser así no habría quien persiguiera los delitos y que a su vez ejercitara la acción penal.

II.3.2.- DILIGENCIAS QUE PRACTICA EL MINISTERIO PÚBLICO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Dentro de la averiguación previa, el Ministerio Público realiza diversas y variadas diligencias tendientes a la demostración del *cuerpo del delito* y de la probable responsabilidad penal de la persona o personas en contra de quienes se instruye esta averiguación previa, como base para el posterior ejercicio de la acción penal; entre otras diligencias, se practican las siguientes:

a).- Recibe denuncias o querrelas de hechos determinados que la Ley señala como delito.

b).- Inicia la averiguación previa y la registra en el libro de control que se lleva en cada oficina ministerial.

c).- Da aviso a su superior jerárquico del inicio de la averiguación previa.

d).- Realiza levantamientos de cadáver.

e).- Pide intervención a peritos que en el caso se requieran y solicita de éstos sus dictámenes correspondientes.

f).- Certifica y da fe de lesiones.

g).- Recibe la declaración de los testigos presenciales de los hechos que investiga.

h).- Realiza diligencias de inspección ocular y de reconstrucción de hechos.

i).- Solicita la comparecencia de personas que tengan relación con los hechos que se investigan o les resulta cita, pudiendo utilizar los medios de apremio.

j).- Puede ordenar bajo su estricta responsabilidad si se cumple con los requisitos de ley, la detención del indiciado cuando se trate de caso urgente por delito grave.

k).- Gira oficios de investigación a la Policía Ministerial.

l).- Determina el ejercicio de la acción penal si se encuentra acreditado el *cuerpo del delito* y la probable responsabilidad penal del indiciado, y se abstiene de tal actividad cuando no se satisfacen los requisitos del artículo 16, de la Constitución Federal.

ll).- Elabora pliego consignatorio al Juez Penal competente con o sin detenido.

m).- Cuando la consignación se realiza con detenido, solicita del Juez Penal ratifique la detención y decreta la detención judicial del indiciado; asimismo, solicita que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a dicha consignación, tome la declaración preparatoria del propio indiciado con nombramiento de defensor y dentro de las siguientes setenta y dos horas resuelva sobre la situación jurídica en que deba quedar.

n).- Cuando la consignación se realiza sin detenido, solicita del Juez Penal el libramiento de la orden de aprehensión correspondiente; pidiendo además que se le dé la intervención que legalmente le corresponda como parte dentro del proceso.

ñ).- Pone a disposición del Juez Penal los objetos o instrumentos del delito si los hubiere.

II.4.- LA ACCIÓN

En términos generales y desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, la acción es un derecho procesal, es un derecho a la jurisdicción y ésta es de carácter procesal, distinto del derecho material. La jurisdicción a su vez, no puede existir si no están frente al Juez dos partes.

La acción es un Derecho Público y el acceso a la jurisdicción se da a través de la acción. La acción es una sola y el contenido de la misma se va a definir por medio del derecho material del que se trate, es decir, el derecho material nos va a indicar la clase de acción que se va a ejercitar en el caso concreto, por ejemplo, si se tratare del Derecho Civil como derecho material, la acción a ejercitar será de carácter procesal civil; si se tratare del Derecho Penal, la que se va a ejercitar será precisamente la acción penal.

La acción es un Derecho Público en virtud de que la prestación que se obtiene es una función de naturaleza pública. La acción es también subjetiva porque emana de una norma jurídica.

La acción es un derecho, pero también entraña una obligación al igual que la jurisdicción; por lo que en ese sentido todo derecho entraña una obligación.

En otras palabras, la acción es la facultad o el Derecho Público Subjetivo que las personas tienen para promover la actividad jurisdiccional con el fin de que, una vez realizados los actos procesales correspondientes, emita una sentencia sobre una pretensión litigiosa. Esta facultad o derecho se tiene con independencia de que la parte que lo ejerza tenga o no razón; de que sea fundada o no su pretensión. Aun en los casos en que el juzgador dicte una sentencia desestimatoria de la pretensión de la parte actora, ésta ejerció su derecho de acción, pues promovió el juicio y la actividad del órgano jurisdiccional, llevó a cabo los actos procesales que le correspondían y, finalmente, obtuvo una sentencia sobre una pretensión litigiosa, aunque dicha resolución haya sido adversa a sus intereses.⁽²⁴⁾

MARCO ANTONIO DÍAZ DE LEÓN refiere que la acción es un derecho a la jurisdicción, es un Derecho Público Subjetivo de todo gobernado, por medio del cual puede exigir del obligado-Estado, la prestación del servicio judicial. Es la acción también un poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir al órgano jurisdiccional para reclamarle que resuelva la pretensión planteada a través de un juicio que culmine con una sentencia. Este autor sigue diciendo que lo anterior hace destacar dos circunstancias: la primera de que el Juez para iniciar un proceso de manera previa y necesaria debe ser requerido para ello mediante el ejercicio de la

acción. La segunda, de que los gobernados no pueden hacerse justicia de propia mano, es decir, el derecho de venganza privada que tenían les ha sido cancelado por el Estado, otorgándoles otro en substitución, que es el derecho de acción por el cual pueden acudir ante el Juez para que éste, en forma de proceso les haga justicia y les resuelva sus litigios.⁽²⁵⁾

Por su parte JOSE BECERRA BAUTISTA con acierto admite que el Estado tiene primordial interés en hacer justicia, en dar a cada quien lo suyo, en reconocer los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los sujetos en litigio; por lo que mediante el derecho de acción, dichos sujetos provocan el ejercicio de la función jurisdiccional, para conseguir la satisfacción del interés jurídico protegido por el legislador en su favor en la norma jurídica abstracta. De ello se desprende que existe la potestad del Estado de hacer justicia, de actuar la voluntad concreta de la ley y por el otro lado, una potestad del particular de exigir justicia al Estado. Por tanto, solo cuando existen estas dos potestades puede instaurarse y desarrollarse un proceso.⁽²⁶⁾

Para HUMBERTO BRISEÑO SIERRA, la acción es el concepto elemental del derecho procesal, no sólo porque como instancia es estructuralmente individuali-

zable, sino porque la institución procesal se integra con acciones. Su estudio es, por lo mismo, el más importante análisis de esta ciencia.⁽²⁷⁾

II.5.- LA ACCIÓN PENAL

La acción penal es de naturaleza procesal cuyo ejercicio incumbe al Ministerio Público y por lo mismo se afirma que es la única institución que tiene exclusividad y no monopolio sobre el ejercicio de esta acción.

Ahora bien, EUGENIO FLORIAN define a la acción penal como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de Derecho Penal. Paralelamente la acción penal consiste en la actividad que se despliega con tal fin. La acción domina y da carácter a todo el proceso: lo inicia y lo hace avanzar hasta su meta que es la sentencia.⁽²⁸⁾

Esta acción penal está claramente delimitada en el artículo 21 de la Constitución Federal y es única en su género, por lo que tampoco hay que confundirla con la acción civil que también tiene una connotación distinta. Para ejercer esta obligación Constitucional, el Ministerio Público cuenta con una etapa procedimental llamada de averiguación previa, dentro de la cuál ejerce su actividad

⁽²⁵⁾ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 46.

⁽²⁶⁾ BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México. Decimoséptima edición. Editorial Porrúa. México, 2000. Pág. 2.

⁽²⁷⁾ BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal. Segunda edición. Editorial Harla. México, 1995. Pág. 465.

⁽²⁸⁾ Citado por CASTRO y CASTRO, Juventino V. Ob. Cit. Pág. 45.

como autoridad administrativa soberana en defensa de los intereses de la colectividad en contra de quienes lesionan los intereses de sus integrantes para posteriormente ejercitar esta misma acción penal ante el órgano jurisdiccional en cumplimiento del *ius puniendi* que tiene el Estado para conminar los delitos.

La acción penal, como ya se dijo, consiste en provocar la actividad del órgano jurisdiccional para que éste aplique el Derecho Penal a un caso particular y concreto. Este ejercicio de la acción penal se da cuando el Ministerio Público consigna la averiguación previa al Juez Penal competente, previa la satisfacción de los requisitos exigidos por el artículo 16, de la Constitución Federal, es decir, que se encuentren debidamente acreditado o probado el *cuerpo del delito* que se trate y se encuentre también probada la presunta responsabilidad penal del indiciado.

La acción penal adquiere relevancia a través de su ejercicio y este a su vez es la facultad de promover la actividad jurisdiccional para alcanzar una decisión sobre la controversia que es planteada. El Ministerio Público es la única Institución que está legitimada para requerir la apertura de un proceso penal, por la misma razón se ha sostenido que es la única que tiene exclusividad sobre el ejercicio de esta acción penal. No compartimos el criterio de que el Ministerio Público ejerza monopolio, puesto que esta actividad se encuentra vedada en la

Constitución General de la República, concretamente en su artículo 28, en donde se prohíbe la práctica de los monopolios.

En la historia del procedimiento penal, en la ley y en la práctica de otros países, existen diversos métodos para promover la actividad jurisdiccional, es decir, hay diferentes sistemas de ejercicio de la acción penal. Por ejemplo, ha existido una acción popular, lo que significa que cualquier persona puede acudir al Tribunal para solicitar el enjuiciamiento de quien se presume que ha cometido un delito. En otros casos, existe una acción particular o privada, lo que quiere decir que la víctima del delito u otra persona vinculada con ésta, puede actuar ante el Tribunal como promotores del proceso y acusadores de quien cometió el delito. En México, son desconocidos estos dos sistemas, ya que el único que puede provocar la actividad jurisdiccional es el Ministerio Público.

Ahora bien y una vez ejercitada la acción penal, se abre el proceso judicial, el Ministerio Público que hasta ese momento había figurado como autoridad, pasa a ocupar la condición de parte y, parte es quien pide algo en contra de otra persona. En el proceso penal, el Ministerio Público es generalmente parte acusadora, pues es quien pide sanción en contra del inculcado, imputado, procesado o acusado.

Al momento de ejercitar la acción penal, el Ministerio Público consigna la averiguación previa que integró que supone acreditado el *cuerpo del delito* y la probable responsabilidad penal del inculpado, provocando la actividad jurisdiccional con la frase sacramental: "Ejercito la acción penal que compete al Ministerio Público y demandó el pago de la reparación del daño proveniente del delito". Asimismo, en esta consignación –cuando sea con detenido– pedirá se ratifique y en su caso se decrete la detención judicial del inculpado y se continúe con la secuela normal del procedimiento. Pero cuando la consignación se realiza sin detenido el Ministerio Público, pedirá entonces el libramiento de la orden de aprehensión o de comparecencia en su caso en contra del inculpado.

II.5.1.- CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL

La acción penal presenta las características siguientes:

a).- **ES PÚBLICA:** La acción penal es pública, porque tiende a satisfacer un interés público o colectivo, porque pertenece a la sociedad a quien defiende y protege, porque son públicos su fin y su objeto, porque es público el derecho que la rige y porque público es también el órgano que la ejercita.⁽²⁹⁾ Se afirma también que la acción penal es pública porque se dirige a hacer valer el

⁽²⁹⁾ PÉREZ PALMA, Rafael. Guía de Derecho Procesal Penal. Tercera edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. Tijuana, B.C., México, 1991. Pág.34.

Derecho Público del Estado, que se materializa mediante la aplicación de la pena en la persona de quien ha cometido un delito señalado como tal en la ley.

b).- **ES ÚNICA:** La acción penal es única porque abarca a todos los delitos cometidos por el sujeto activo, que no hubieren sido juzgados, es decir, comprende todos los delitos constitutivos de concurso real o ideal. Esta acción penal representa el derecho de la sociedad para pedir el castigo de aquellos que con el delito rompen la paz y la tranquilidad social y es única porque sólo hay una acción penal para todos los delitos, salvo el caso de delitos de distinto fuero o competencia.

c).- **ES INDIVISIBLE:** Es indivisible porque su ejercicio recae en contra de todos los participantes que intervinieron en el evento delictuoso, sean autores o partícipes. En ese sentido, no se puede perseguir sólo a uno o alguno de los presuntos responsables. Esta característica de indivisible de la acción penal obedece a un principio de utilidad práctica y social por la necesidad de perseguir a todos los sujetos que hubieren intervenido en la comisión del hecho delictuoso, salvo el caso en que ocurra alguna causa de exclusión del delito referida a alguno de ellos.

d).- **ES INTRASCENDENTE:** La acción penal es intrascendente en acatamiento al dogma de la personalidad de las penas, consagrado en el artículo 22 de la

Constitución Federal; esto quiere decir que la acción penal sólo debe ejercitarse en contra de la persona o personas que hubieren cometido el delito, pero no puede trascender a los familiares o seres queridos del sujeto activo del delito.

e).- **NO ES DISCRECIONAL:** Significa que la acción penal no está sujeta a que discrecionalmente el Ministerio Público la ejercite o no, ya que si se encuentran acreditado el *cuerpo del delito* de que se trate y probada la presunta responsabilidad penal del indiciado, no está facultado para abstenerse de su ejercicio, ni por razones de carácter político o administrativo, ni por cuestiones de conveniencia, ni de otra índole. Esta acción penal no es propiedad del Ministerio Público, sino de la sociedad, por tanto no puede disponer de ella a su antojo o capricho. Si el Ministerio Público sin justa causa legal se abstiene del ejercicio de la acción penal, la nueva redacción del tercer párrafo del artículo 21, de la Constitución Federal, dispone que tal negativa puede ser combatida por vía jurisdiccional en los términos y condiciones que establezca la ley, siendo la única vía factible, como ya se indicó con anterioridad, el juicio de Amparo Indirecto, en términos de la fracción VII, del artículo 114, de la Ley de Amparo.

f).- **ES RETRACTABLE:** La acción penal es retractable en virtud de que una vez ejercitada ante el órgano jurisdiccional, el Ministerio Público puede desistirse de

ella, pero únicamente en los casos que expresamente lo autorice la ley y sin que ello signifique que el sujeto activo quede liberado de la obligación de reparar el daño ocasionado por el delito. En este punto, la doctrina en esta materia se ha dividido, pues existen autores que sostienen que el Ministerio Público no puede desistirse de la acción penal porque no le pertenece, como si se tratara de un derecho patrimonial de carácter privado, en ese sentido se pronuncia MARTINEZ GARNELO⁽³⁰⁾. Sin embargo, reconoce que en la practica sin motivación y expresión legal alguna, el Ministerio Público se desiste de esta acción penal. En efecto, no existe fundamento legal alguno ni en la legislación penal Federal ni en la Estatal que faculte a este funcionario a actuar de esta manera, por lo que en acatamiento al principio de legalidad, no debe operar el desistimiento de la acción penal.

II.5.2.- EXTINCIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Una vez deducida la acción penal, sus efectos jurídicos se prolongan hasta la sentencia definitiva que al efecto llegue a dictar el Juez Penal y solamente puede extinguirse o suspenderse en los casos expresamente previstos en la ley. La extinción de la acción penal afecta al contenido de ésta, ya sea porque carezca de objeto o

⁽³⁰⁾ MARTINEZ GARNELO, Jesús. La Investigación Ministerial Previa. Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 2000. Pág. 301.

bien porque desaparezca una condición de perseguibilidad. Asimismo, la extinción de la acción penal se presenta y obedece a condiciones de política criminal.

Por otra parte, la suspensión de la acción penal tiene el efecto precisamente de suspender esta acción penal, suspensión que se prolonga por un tiempo en el espacio una vez que ha sido ejercitada, por lo que puede reanudarse nuevamente una vez que cesen los efectos de la suspensión.

Dentro de las causas de extinción de la acción tenemos a las siguientes:

- a).- La muerte del sujeto activo del delito;
- b).- El perdón del ofendido en los casos de los delitos perseguibles por querrela necesaria;
- c).- Que el sujeto activo hubiere sido juzgado respecto de los mismos hechos con anterioridad, en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 23, de la Constitución Federal;
- d).- La amnistía: Constituye una especie de olvido del delito por parte del Estado respecto de determinados delitos, en cuyo caso, todos aquellos que hubieren cometido un delito serán considerados como si no lo hubiesen cometido.

e).- La prescripción y;

f).- El sobreseimiento.⁽³¹⁾ Es una resolución que declara sin materia el juicio y produce los efectos de una sentencia condenatoria.

Dentro de las causas de suspensión de la acción penal encontramos las siguientes:

- a).- La falta de querrela en los casos que la requieran;
- b).- La sustracción del inculpado a la acción de la justicia y;
- c).- La perturbación mental del procesado durante la tramitación del proceso.

II.6.- LIBERTAD PREVIA O BAJO CAUCIÓN DEL INDICIADO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

La parte final del artículo 272, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, antes de su reforma del día tres de junio de mil novecientos noventa y cinco, disponía respecto a la libertad caucional durante la averiguación previa lo siguiente:

⁽³¹⁾ FRANCO VILLA, José. El Ministerio Público Federal. Editorial Porrúa. México, 1995. Pág. 125.

"...El Ministerio Público podrá conceder el beneficio de la libertad caucional a los detenidos que estén a su disposición, sólo cuando se trate de delitos culposos cometidos con motivo del tránsito de vehículos".

Pero a raíz de las reformas a nuestra norma fundamental en mil novecientos noventa y tres, concretamente al artículo 20, se establece ahora que la libertad caucional procede desde la averiguación previa, siempre que no se trate de los delitos clasificados como graves en la ley secundaria y se satisfagan los demás requisitos que expresamente se señalan. Ello se desprende precisamente del texto del penúltimo párrafo del ahora apartado A, del citado artículo 20 Constitucional, que preceptúa:

"Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos, y con los requisitos y límites que las leyes establezcan..."

En acatamiento al citado mandato Constitucional, la ley secundaria regula ya la procedencia de la libertad caucional durante la averiguación previa, como también y desde luego, durante el proceso judicial, limitándola a ciertos requisitos. En efecto, el artículo 269, del citado Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca, dispone que todo inculcado tendrá derecho, durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad bajo caución, siempre que el delito por el cuál se encuentra acusado no sea grave, además

de que garantice el monto estimado de la reparación del daño proveniente del delito, garantice el pago de la multa y caucione el cumplimiento de las obligaciones procesales que se deriven a su cargo en razón del proceso. En ese orden de ideas, se amplía la cobertura del beneficio de esta libertad provisional bajo caución desde la integración de la averiguación previa en todos aquellos casos en que se cumpla con las condiciones que previamente exige la ley.

II.7.- LA GARANTÍA DE LA DEFENSA DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Cuando la averiguación previa se inicia con detenido, ya sea porque esta detención se hubiere dado en flagrante delito o porque el Ministerio Público la hubiere ordenado en caso urgente por delito grave, la persona privada de su libertad personal tiene derecho a nombrar a un defensor a efecto de que éste le brinde la asesoría y asistencia jurídica necesaria. Con anterioridad a las reformas Constitucionales de mil novecientos noventa y tres y aún cuando la fracción IX, del artículo 20, disponía que el acusado tenía derecho a nombrar defensor desde el momento en que era aprehendido; lo cierto es que en la práctica difícilmente se cumplía con esa formalidad esencial del procedimiento, pues los defensores tenían que ser nombrados y ejercer su profesión a ultranza de los funcionarios que practicaban las primeras diligencias, ya que formalmente no tenían intervención dentro de la indagatoria ministerial.

Actualmente, el derecho a la defensa durante la tramitación de la averiguación previa es una realidad tangible para el indiciado que se encuentra señalado como autor de la comisión de un delito, ya que de las reformas del citado año a la fracción IX y la adición de un penúltimo párrafo, al artículo 20, de la Constitución Federal, han favorecido a que en la ley secundaria se brinde una mayor protección al indiciado desde la averiguación previa, para las personas privadas de su libertad personal, y aún para aquellas que no estándolo pidan intervención dentro del citado procedimiento. Aunado a lo anterior, la fracción II, del artículo 20, del propio ordenamiento legal, dispone que cuando se produzca la confesión del inculpado, ésta no tendrá validez ni fuerza probatoria alguna si no se hace ante el Ministerio Público o el Juez y en presencia del defensor; lo que refuerza aún más el derecho a la defensa durante la primera fase del procedimiento penal. Sin embargo, es necesario reconocer que subsisten vicios que anulan la defensa del inculpado, cuando por ejemplo se le designa al defensor de oficio sin que este esté presente o cuando la declaración ministerial es recibida en altas horas de la noche con el firme propósito de anular su defensa; vicios que se hace necesario combatir para que la defensa del inculpado se cumpla con la debida prontitud en acatamiento a la norma fundamental que se comenta.

II.8.- DETENCIÓN POR ORDEN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La facultad del Ministerio Público para ordenar la detención del indiciado en casos urgentes, fue introducida en el párrafo quinto del artículo 16, con motivo de la reforma Constitucional de mil novecientos noventa y tres. Cabe aclarar que en el texto original de la Constitución de mil novecientos diecisiete, también se encontraba prevista la detención en casos urgentes, pero decretada genéricamente por la autoridad administrativa, cuando no hubiere en el lugar ninguna autoridad judicial y se tratara de los delitos perseguibles de oficio.

En la práctica, el propósito del Constituyente de sujetar la privación de la libertad personal por la comisión de un delito al cumplimiento de órdenes judiciales de aprehensión, no se pudo alcanzar en alguna medida razonable, porque los agentes del Ministerio Público, los entonces agentes de la policía judicial y otras autoridades siguieron llevando a cabo detenciones arbitrarias; pero lo más grave de esta situación es que la Jurisprudencia de los Tribunales Federales consideró válidas las declaraciones de los detenidos y válidos también los demás actos procesales con estos vicios, no obstante la anticonstitucionalidad de las detenciones.

En buena medida, la nueva redacción del párrafo quinto del artículo 16, de la Constitución Federal responde

a estas reflexiones, pues ahora para que el Ministerio Público esté en la aptitud de ordenar la detención de una persona durante la integración de la averiguación previa, requiere que se satisfagan las condiciones siguientes:

- a).- Que se trate de delito grave así calificado por la ley;
- b).- Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia;
- c).- Que por razón de la hora, lugar u otra circunstancia, el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar el libramiento de la orden de aprehensión y;
- d).- Que se encuentre acreditado el *cuerpo del delito* y probada la presunta responsabilidad penal del inculpado.

De lo anterior tenemos que la orden de detención que dicte el Ministerio Público sólo se justifica cuando se cumplen con las condiciones antes señaladas y, una vez cumplimentada la misma por parte de la Policía Ministerial, deberá consignarlo sin demora ante el Juez Penal competente, pues es claro que no existe motivo legal alguno para retenerlo por más tiempo del estrictamente necesario. Esta orden de detención al igual que la fla-

grancia, constituye una excepción a la orden de aprehensión.

Resulta obvio que dentro de la expresión “cualquier otra circunstancia” sólo pueden quedar incluidas circunstancias relativas a la hora y al lugar, pero no circunstancias tales como el hecho de que no se tenga acreditado el *cuerpo del delito*, que no exista la denuncia o la querrela, etc., ya que la detención ordenada por el Ministerio Público sólo tiene por objeto evitar que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia cuando se encuentren satisfechas las condiciones enumeradas, pero de ninguna manera debe utilizarse esta detención para continuar o completar la averiguación previa, pues es claro que esa no es su finalidad.

CAPÍTULO TERCERO

FASE PREPROCESAL DEL PROCEDIMIENTO PENAL

- O
B
J
E
T
I
V
O
S**
- El lector sabrá explicar las diferentes resoluciones que se dicán al concluir el plazo Constitucional de las setenta y dos horas.
 - Podrá entender y explicar al cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal.
 - Explicará los requisitos y consecuencias del auto de formal prisión.
 - Explicará el derecho que el inculpado tiene respecto a la defensa adecuada.

CAPITULO TERCERO

FASE PREPROCESAL DEL PROCEDIMIENTO PENAL

III.1.- PLAZO DE DURACIÓN DE LA FASE PREPROCESAL

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1º, fracción II, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca, la fase preprocesal comprende las diligencias practicadas ante los Tribunales con el fin de que éstos resuelvan la situación jurídica de los imputados; diligencias que dan inicio con la consignación que de la averiguación previa hace el Ministerio Público al Juez Penal ejercitando la acción penal para provocar la actividad jurisdiccional, o bien cuando se ha ejecutado una orden de aprehensión y el inculcado es puesto a disposición del Juez Penal que lo reclama. El plazo de duración de esta fase preprocesal es de setenta y dos horas, que se empieza a contar a partir del momento en que el detenido es puesto materialmente a disposición del Juez y éste le decreta su detención judicial. Este plazo a su vez puede ser ampliado en el caso de que el inculcado o su defensor lo soliciten para desahogar pruebas, pero su ampliación no queda al arbitrio del Juez, sólo opera a petición del activo o su defensor. Al término de este plazo, el Juez debe resolver sobre la situación jurídica en que deba quedar el inculcado; pudiendo dictar auto de formal prisión, au-

to de libertad por falta de elementos para procesar, auto de sujeción a proceso, auto de no sujeción a proceso, auto de sobreseimiento que produce una libertad absoluta y los efectos de una sentencia absolutoria o bien, auto de tutela pública preventiva.

En esta fase, ha concluido la averiguación previa y el Ministerio Público al considerar que se encuentra acreditado el *cuerpo del delito* y la probable responsabilidad penal del inculpado ha ejercitado la acción penal, solicitando la apertura del proceso penal. Terminó la etapa en la cual el Ministerio Público actúa como autoridad sobre el inculpado y comienza la etapa decisiva, en que ambos -Ministerio Público e inculpado- figurarán como partes y estarán subordinados a una autoridad judicial que resolverá sobre la pretensión del Ministerio Público y la defensa del inculpado.

El primer acto judicial en el proceso es la radicación de la causa, que se conoce también como auto de inicio, auto cabeza de proceso, auto de incoacción, auto de detención judicial, entre otras denominaciones. Con este acuerdo del Juez Penal se abre el proceso judicial, se sujeta a las partes y se encausan las actividades inherentes a esta fase.

Ahora bien, cuando la consignación de la averiguación previa se hace sin detenido, en términos del artículo 221, del Código de Procedimientos Penales del Estado,

el Juez Penal primeramente y antes de radicar dicha averiguación previa, debe abrir expediente dentro de las veinticuatro horas siguientes si se tratare de los delitos calificados como graves y dentro de los tres días siguientes si no lo fueran, con el objeto de determinar si libra o no la orden de aprehensión o de comparecencia en su caso.

Estos dos períodos no forman parte ni de la averiguación previa ni de la fase preprocesal; pues éste último empieza a partir de la radicación. Por lo que si el Juez Penal decide librar la orden de aprehensión o de comparecencia solicitada, hasta entonces radicará la causa y mandará formar el expediente penal respectivo; pero si decide no librar dicha orden, no radica la causa y como consecuencia de ello puede regresar la averiguación previa al Ministerio Público para el trámite correspondiente. Bajo el supuesto de que se hubiere librado la orden de aprehensión, en tanto se ejecuta ésta, el proceso se suspende en su fase preprocesal en virtud de faltar uno de los sujetos de la relación procesal, la que se reanuda una vez lograda la captura del inculpado.

III.2.- RATIFICACION DE LA DETENCION DEL INCULPADO POR PARTE DEL JUEZ PENAL

Al igual que cuando se trata de delito flagrante, en los casos de urgencia, el Juez Penal que reciba la consig-

nación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.⁽³²⁾

Cuando se trate entonces de una averiguación previa consignada con detenido, el Juez debe analizar si efectivamente el inculpado fue privado de su libertad en flagrante delito, al efecto deberá examinar las constancias de autos para determinar la legalidad de la privación de la libertad, como medio de control de legalidad, para que la violación, en caso de existir, no quede consumada irreparablemente; lo mismo debe acontecer respecto a la detención ordenada por el Ministerio Público en casos de urgencia, en cuya hipótesis, para ratificar la detención del inculpado, el Juez debe analizar si se cumplieron con los requisitos que establece el quinto párrafo del artículo 16, de la Constitución Federal, es decir, si se justificó que se estaba en presencia de las hipótesis de delito grave y ante el riesgo fundado de que el indiciado se hubiere podido sustraerse de la acción de la justicia. También deberá examinar cuál fue la causa por la cuál el Ministerio Público no pudo ocurrir ante la autoridad judicial a pedirle su intervención para el libramiento de la orden de aprehensión. Además, como todo acto de autoridad, se debe examinar si se fundaron y motivaron las causas que originaron el proceder del órgano de investigación.

⁽³²⁾ OVALLE FAVELA, José. Garantías Constitucionales del Proceso. Editorial Mc Graw-Hill. México, 1995. Pág. 216.

Así las cosas, al ratificar la detención, el Juez Penal debe cerciorarse y examinar si se justifica la privación de la libertad personal del inculpado por orden del Ministerio Público o si fue sorprendido en flagrante delito. Al ratificar esta detención, al mismo tiempo el Juez Penal decreta la detención judicial del inculpado, para justificar que esta privación de la libertad continúe hasta en tanto se resuelve la situación jurídica en que debe quedar el propio inculpado. Esta detención judicial se va a decretar una vez que se reciba la comunicación del reclusorio en el sentido de que el inculpado ingresó a disposición del juzgado, precisando la hora y es a partir de ese momento cuando comienza a correr el término de las setenta y dos horas para que el Juez resuelva sobre la situación jurídica en que deba quedar. En el mismo auto, el Juez ordena girar comunicación al Director del Reclusorio para que haga comparecer al inculpado, con las seguridades debidas y bajo su más estricta responsabilidad en el día y hora que se señale dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes para tomarle su declaración preparatoria con citación del Ministerio Público.

III.3.- CUERPO DEL DELITO Y ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

III.3.1.- PREÁMBULO

Las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del día ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, introducen de nueva cuenta el vocablo *cuero del delito* que había sido sustituido en la reforma Constitucional de mil novecientos noventa y tres.

Los cambios en la nomenclatura *cuero del delito* por elementos del tipo penal y viceversa han traído a la discusión diversas teorías que tratan de explicar el fenómeno de la comprobación del hecho delictuoso cuando este ha sido cometido y deja el mundo fáctico de la norma jurídico-penal para entrar a la realidad tangible; por lo que para que pueda ser atribuible al hombre o a la mujer, debe demostrarse fehacientemente su existencia material. Ello sin duda, representa de nueva cuenta un profundo cambio en nuestro sistema procesal penal en el ámbito local y federal.

Por esa razón haremos una breve reseña de tales conceptos para tratar de desentrañar su contenido.

III.3.2. NOCIÓN DOCTRINARIA DEL CUERPO DEL DELITO

Afirma FRAMARINO DEI MALATESTA que el *cuero del delito* no puede significar sino todo lo que representa la exteriorización material y la aparición física del delito. Pero la exteriorización y la aparición física del delito no pueden consistir sino en lo que estando inmediatamente unido a la consumación del delito, traza, por decirlo así, su figura física. De la misma manera sostiene este autor que no todas las materialidades pueden constituir *cuero del delito* sino solo aquellas que están unidas de modo inmediato a la consumación criminosa.

Según FRAMARINO DEI MALATESTA, la figura física del delito está constituida por las materialidades permanentes que se relacionan de modo inmediato con la consumación criminosa, y como esta unión inmediata puede ocurrir por relación de causa y efecto, síguese de ello que es *cuero del delito* todo aquello que consiste en la materialidad del medio inmediato o, del efecto inmediato del delito. Finaliza diciendo que el *cuero del delito* consiste en los medios materiales inmediatos y en los efectos materiales inmediatos de la consumación del delito, en cuanto son permanentes, ya sea accidentalmente, ya sea por razones inherentes a la esencia de hecho del delito.⁽³³⁾

⁽³³⁾ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las Pruebas en Materia Criminal. Cuarta edición. Editorial Temis. Bogotá-Colombia, 1997. Págs. 409-411.

Por su parte JULIO ACERO refiere que la palabra cuerpo envuelve la idea de una sustancia u objeto físico, de un todo formado por la reunión de diversas partes materiales enlazadas entre sí, más o menos estrechamente.⁽³⁴⁾ Este mismo autor sigue diciendo que el *cuerpo del delito* es el conjunto de los elementos materiales que forman parte de toda infracción o si se quiere insistir en identificarlo con ella, aclaremos cuando menos que es el delito mismo pero considerado en su aspecto meramente material de “hecho violatorio”, de acto u omisión previstos por la ley; prescindiendo de los elementos morales que hayan ocurrido en tal acto y que son parte también de la infracción pero sólo para constituir la responsabilidad, no el *cuerpo del delito*.⁽³⁵⁾

JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE, afirma por su parte que el *cuerpo del delito* está integrado por los elementos materiales aun cuando en algunos delitos no se dan estos elementos.⁽³⁶⁾ Sigue diciendo que el *cuerpo del delito* en el procedimiento penal está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales que se contienen en la definición. Erróneamente se ha entendido por *cuerpo del delito*, el instrumento con que el delito se ha cometido o el que ha servido al delincuente

⁽³⁴⁾ ACERO, Julio. El Procedimiento Penal Mexicano. S/E. Editorial Ediciones Especiales del Norte. Sin lugar ni fecha de edición. Pág. 95.

⁽³⁵⁾ ACERO, Julio. Ob. Cit. Pág. 95.

⁽³⁶⁾ Citado por ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio. Cuerpo del Delito o Elementos del Tipo. Causalismo y Finalismo. Segunda edición. O. G. S. Editores S. A. de C. V. México, 1999. Pág. 40.

para su perpetración, o las señales, huellas o vestigios que el delito dejó, como lo sería el cadáver del que fue asesinado, el arma con que se le hirió, la tenencia en poder del ladrón de la cosa robada, el quebrantamiento de sellos, etcétera, que no son otra cosa que los efectos resolutivos del delito o los signos de haberse cometido. La vaguedad en la manera con que se usa este término, nos lleva a confundir el *cuerpo del delito* con el efecto que produjo el hecho criminoso. El *cuerpo del delito* no está constituido por las lesiones, el puñal o pistola, o el objeto robado, sino por la existencia material, la realidad misma del delito: de este modo, comprobar el *cuerpo del delito* es comprobar su materialidad.⁽³⁷⁾

Hasta nuestros días no existe uniformidad de criterios para designar al *cuerpo del delito* o aclarar su contenido. Lo cierto de todo ello es que el *cuerpo del delito* debe ser entendido como el conjunto de los elementos que integran la descripción fáctica contenida en el tipo penal; correspondiente. De ahí que para comprobar el *cuerpo del delito* se requerirá acreditar plenamente todos y cada uno de los elementos que constituyen la materialidad del hecho descrito en la ley penal. En otras palabras, el *cuerpo del delito* es una construcción procesal que tiene su precedente inmediato en la parte especial de la parte sustantiva del Derecho Penal.

⁽³⁷⁾ Citado por DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. El Término Constitucional y la Probable Responsabilidad Penal. Los Elementos del Tipo Penal, Jurisprudencia y Práctica. Editorial Porrúa. México, 1999. Pág. 41.

Por nuestra parte, diremos que por *cuerpo del delito* entendemos al conjunto de elementos que integran la descripción del tipo penal respectivo y conforme a las exigencias de dicha figura en cada caso en concreto.

Por otra parte, se ha afirmado que no es válido hablar de *cuerpo del delito*, ya que independientemente de que es una construcción añeja que no corresponde a las expectativas actuales del proceso penal, las leyes penales no prescriben delitos, sino conductas contenidas en tipos penales; de ahí que lo que existe en los Códigos Penales sean tipos penales precisamente, pero no delitos. Por lo que la noción *cuerpo del delito* no corresponde a lo que se quiere dar a entender en la norma penal. Aceptar que las normas penales preceptúan delitos equivale a sostener que el legislador crea delitos, lo que resulta inaceptable por que entonces el legislador sería un delincuente. Por lo que lo correcto es sostener y afirmar que los tipos son creados por el legislador y el delito se actualiza cuando existe adecuación de la conducta del delincuente al tipo penal respectivo.

Concluyamos esta parte reafirmando que el *cuerpo del delito* es una construcción procesal que hace referencia a la forma de acreditación del delito cometido.

III.3.3.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL CUERPO DEL DELITO

Introducida originalmente en el artículo 44 del estatuto orgánico provisional de la República Mexicana del quince de mayo de mil ochocientos cincuenta y seis, la expresión "*cuerpo del delito*" había sido objeto de un extendido debate en la doctrina mexicana, que se había iniciado a partir del concepto sostenido por la Suprema Corte, la cual, siguiendo las ideas de ORTOLAN lo identificaba como el "Conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente en la ley penal".⁽³⁸⁾

La doctrina de había orientado por considerar que el cuerpo del delito se componía de todos los elementos que, en cada caso, integran el tipo, tanto los objetivos o materiales como los subjetivos y los normativos. Y esta concepción encontró sólido fundamento en las reformas de mil novecientos ochenta y tres a los Códigos de Procedimientos Penales al afirmarse que: "el *cuerpo del delito* se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal." Ello en términos del artículo 168 del

⁽³⁸⁾ OVALLE FAVELA, José. Et. Al. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada. Tomo I. Decimacuarta edición. Ediciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Editorial Porrúa. México, 1999. Pág. 173.

Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.⁽³⁹⁾

El *cuero del delito* era hasta antes de la reforma Constitucional del día tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres a los artículos 14, 16, 19 y 20, un concepto que se venía utilizando desde tiempo ancestral para referirse a la comprobación del delito. Con frecuencia se había asociado tal vocablo como creación de la teoría causalista del Derecho Penal, lo que resulta inexacto ya que tal concepto existía ya desde el Derecho Romano como *CORPUS DELICTI*, cuyo contenido se identifica todavía con el que hoy se le asigna.

Ahora bien, a partir de las referidas reformas se introduce el concepto finalista de elementos del tipo penal en substitución del *cuero del delito*, lo que originó un giro inusitado dentro del proceso penal mexicano, lo que a su vez impactó fuertemente entre un sector importante de la doctrina, en la ley y en la práctica. No obstante que la teoría finalista es una doctrina que desde el año de mil novecientos treinta y uno es divulgada en Alemania por parte de HANS WELZEL; sin embargo en nuestro País era una teoría poco conocida y divulgada; razón por la cual provocó asombro en muchos que ahora la ley hablara de elementos del tipo penal en lugar de

cuero del delito. A lo largo de varios años, el concepto finalista de elementos del tipo penal demostró ser un instrumento garantista y eficaz en favor del gobernado, pues a diferencia del *cuero del delito* exigía mayores requisitos para acreditar la existencia del delito y la probable responsabilidad penal del indiciado; tal circunstancia provocó inconformidad, sobre todo, entre las Procuradurías Generales de Justicia de las Entidades Federativas y de la propia Procuraduría General de la República que culminaron por solicitar al Congreso de la Unión una nueva reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, ya que la construcción elementos del tipo penal les exigía –según ellos– demasiados requisitos para acreditar el delito y solicitar de aprehensión en contra del inculpado. Lo que a su vez provocaba impunidad y consecuentemente el incremento de la criminalidad en forma alarmante, según se sostuvo en la iniciativa de reformas en cuestión.

Por tal motivo y respondiendo a las presiones ejercidas por las Procuradurías Estatales y la General de la República, el Ejecutivo Federal presentó el diez de diciembre de mil novecientos noventa y siete ante el Congreso de la Unión una iniciativa de reformas a los artículos 16, 19, 20 y 22 de la Constitución Federal en virtud de que las Instituciones de procuración e impartición de justicia encontraban serios obstáculos para hacer frente al fenómeno de la delincuencia, ya que los elementos del tipo penal exigían tanto al Ministerio

⁽³⁹⁾ OVALLE FAVELLA, José. Ob. Cit. pag. 173.

Público como al Juez demasiados requisitos para acreditar la existencia del delito y la probable responsabilidad del indiciado para el ejercicio de la acción penal, para librar una orden de aprehensión o para dictar un auto de formal prisión.

Debido a lo delicado del asunto y probablemente por que se advertía el retroceso que representaba el paquete de reformas, tuvo que pasar más de un año para que las mismas fueran aprobadas con diversas modificaciones por parte de la Cámara de Senadores y posteriormente por la de Diputados, siendo hasta el ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve que se publica en el Diario Oficial de la Federación el decreto que reforma el segundo párrafo del artículo 16 y primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Federal en donde se introduce de nueva cuenta un profundo cambio en nuestro sistema procesal penal al volver a reimplantar a nivel de nuestra Constitución la arcaica noción de *cuero del delito*, lo que constituye para nosotros un retroceso en perjuicio del gobernado y concretamente de quien se encuentra acusado de la comisión de un hecho catalogado como delictuoso.

III.3.4.- NOCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL CUERPO DEL DELITO

Con las reformas Constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del día ocho de marzo

de mil novecientos noventa y nueve y que entraron en vigor al día siguiente de su publicación, los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal cambiaron su redacción e introduciéndose en su parte relativa los elementos siguientes:

“ARTICULO 16...

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acreditan el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”.

“ARTICULO 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán; el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.”

El *cuero del delito* a lo largo de la historia ha sido entendido de muy diversas maneras, tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente hablando y no es novedoso que en la actualidad no exista un consenso sobre lo que deba entenderse por tal. Hasta la fecha se han emitido diversas opiniones y criterios para tratar de esclarecer este concepto, sin embargo todavía no se logra un criterio unificado. Un sector importante de la doc-

trina se inclina por sostener que el nuevo concepto sustentado por nuestra Constitución es propio de un Estado de derecho autoritario puesto que se han creado las condiciones legales para violar los Derechos Humanos de los gobernados y que tal criterio constituye un retroceso.

En efecto, el *cuero del delito* constituye un retroceso en virtud de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la entrada en vigor de las mencionadas reformas empezó a desempolvar las viejas tesis de jurisprudencia relativas al *cuero del delito* que habían pasado de moda y que ahora cobran vigor al parecer con mayor fuerza; entre las que destacan las siguientes:

“Por cuerpo delito, debe entenderse el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito”.⁽⁴⁰⁾

*“Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”.
Quinta época.⁽⁴¹⁾*

Por otra parte y por lo que se refiere al Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, me-

⁽⁴⁰⁾ JUS SEMPER. Revista Trimestral del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado. Número 24, Abril-Junio. Oaxaca, México, 1999. Pág. 51.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem.*

dante decreto número 166, publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de fecha veintiséis de mayo del año dos mil, se reformaron diversas disposiciones legales entre las que destacan los artículos 24 y 25 relativos al *cuero del delito*.

En efecto, el referido artículo 25, preceptúa ahora que:

“El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos objetivos o externos y normativos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la Ley de la materia y los siguientes elementos:

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión;

II.- La lesión o en su caso, la puesta en peligro del bien jurídico protegido;

Además de los elementos objetivos, deberán acreditarse cuando así sea necesario:

III.- La calidad específica de los sujetos activo y pasivo;

IV.- El resultado material y su atribuibilidad a la acción u omisión;

V.- El objeto material;

VI.- Los medios utilizados;

VII.- Las circunstancias del lugar, tiempo y ocasión y;

VIII.- Cualquier otra circunstancia objetiva que la ley prevea...”

La transcripción anterior permite apreciar que aún cuando el legislador oaxaqueño introduce algunas modificaciones en relación a las exigencias para acreditar el *cuero del delito*, se trata de la misma situación que prevé el Código Federal de Procedimientos Penales, pues la doctrina penal reinante ha resuelto con algunas

complicaciones lo que se debe de comprender dentro de los elementos materiales u objetivos del *cuero del delito*, como más adelante se demostrará, y se ha coincidido en que tales elementos reciben tal nombre porque se pueden apreciar a través de los sentidos; por lo que consideramos intrascendente las modificaciones que se hacen al respecto.

En efecto, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales establece ahora en su segundo párrafo lo siguiente:

“Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en el caso que la descripción típica lo requiera”.

De lo anterior tenemos que el legislador federal al reformar este dispositivo lo único que hizo fue remitirse al concepto de *cuero del delito* que había acuñado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis de jurisprudencia pasadas de moda.

Por lo que se refiere a los elementos normativos, podemos decir que son juicios de valor que realiza el juez y que pueden ser de dos clases:

a).- **VALORACIÓN JURIDICA:** Esta supone una valoración concreta y específica situación de hecho, pero también comprende una valoración que opera en virtud de criterios contenidos en otras normas jurídicas. Por

ejemplo en el delito de robo el elemento normativo lo serán el bien mueble y el hecho de que se disponga de la cosa sin derecho y sin consentimiento de la persona que deba otorgarlo con arreglo a la ley; de igual forma en los delitos electorales, el vocablo votar en un elemento normativo al igual que la credencial de elector.

b).- **VALORACION CULTURAL:** Estas son valoraciones que realiza el juez en función de ciertos usos, valores o costumbres que son obligatorios en un lugar y tiempo determinado y que tienen relación con el comportamiento humano dentro de una sociedad. En efecto, la valoración cultural requiere de una especial apreciación por parte del Juez por lo que se refiere a ciertos usos, costumbres o comportamientos que se dan dentro de una comunidad determinada, que valora o desvalora ciertas circunstancias o hechos.

III.3.5.- ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y CUERPO DEL DELITO

Sin duda alguna, la construcción elementos del tipo penal que se debe a la teoría finalista de HANS WELZEL ofrece mayores garantías a favor del gobernado acusado de la comisión de un hecho catalogado como delito, al exigir a la autoridad persecutora del delito y al propio juzgador mayores requisitos para tener por acreditada la existencia del delito y de la probable responsabilidad penal del inculpado.

En efecto el esquema de los elementos del tipo penal resultan más exigentes que el esquema del *cuerpo del delito* para acreditar la existencia del delito y de la probable responsabilidad penal del inculpado; razón por la cual se sostiene que es más garantista y técnico el primero y que tal situación dificultó al Ministerio Público para acreditar la existencia de tales requisitos y es la principal razón del retroceso consistente en volver al *cuerpo del delito* con las reformas llevadas a cabo a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal. Por lo que indudablemente, la teoría finalista apegada más a la legalidad, trató siempre de obligar tanto al Ministerio Público como al Juez a poner mayor atención y cuidado para estar en condiciones de afectar la esfera particular del gobernado, con sobrada razón cuando se trata de privarle de su libertad personal. Estas son las razones que nos obligan a concluir en esta parte sosteniendo que las reformas llevadas a cabo a nuestra Constitución Federal en sus artículos 16 y 19, que entraron en vigor del nueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve, constituyen un retroceso y causan graves perjuicios en contra de quien se encuentra acusado de la comisión de un hecho catalogado como delito en la ley.

Ahora bien, la construcción *cuerpo del delito* nace de ideas naturalistas de carácter positivistas, en donde se considera que lo material es lo importante. Por esa razón, el *cuerpo del delito* corresponde a cuestiones de naturaleza material, objetiva o fenomenológica. En cambio, el *tipo penal*

es el conjunto de elementos que resultan necesarios para la protección de intereses jurídicos. No escapa a nuestra atención que en la actualidad, algunos Jueces de Distrito, y magistrados y hasta Ministros de la Corte, están volviendo a la teoría finalista del Derecho Penal para resolver los asuntos en materia penal, baste mencionar la importancia que ahora se está dando a la teoría de la imputación objetiva, tanto en los delitos culposos como dolosos.

III.4.- ORDEN DE APREHENSIÓN

La orden de aprehensión es una resolución dictada por el Juez Penal para justificar la privación de la libertad de una persona de quien se presume ha cometido un delito que la ley sanciona con pena privativa de libertad. Esta orden de aprehensión se libra una vez que el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal, quien a su vez es el encargado de ejecutarla por conducto de la Policía Ministerial o de la fuerza pública que tenga bajo su mando.

El prestigiado jurista ZAMORA PIERCE, respecto a la orden de aprehensión, afirma que un Estado respetuoso de los Derechos Humanos debe proteger la libertad física de todos los individuos y restringirla únicamente en los casos establecidos previa y limitativamente en la ley, mediante las formalidades que ella establece.⁽⁴²⁾

⁽⁴²⁾ ZAMORA PIERCE, Jesús. Ob. Cit. Pág. 12.

El principio fundamental que consagra el segundo párrafo, del artículo 16, de la Constitución Federal, constituye una regla general consistente en que de todas las autoridades del Estado Mexicano, únicamente los Jueces tienen facultades para dictar órdenes para privar de la libertad a una persona; luego entonces, ninguna otra autoridad, llámese militar o civil, federal o local, tienen semejantes facultades. Empero esta regla general que establece que sólo los Jueces tienen competencia para librar órdenes de aprehensión como supuesto básico para privar de la libertad a un gobernado, presenta dos excepciones: La flagrancia y la detención urgente por delito grave.

En el primer caso, cualquier persona puede detener al autor de determinado delito en el momento mismo de estarlo ejecutando y; la detención urgente por delito grave, sólo el Ministerio Público puede dictar tal determinación bajo su más estricta responsabilidad, previa la satisfacción de los requisitos que ya con anterioridad se señalaron.

Ahora bien y aún cuando la única facultada para ordenar una aprehensión es la autoridad judicial, ésta no puede hacerlo de manera arbitraria; pues sólo debe dictar tal orden cuando se encuentran reunidos los requisitos que enumera la Constitución y abstenerse de hacerlo cuando falta alguno de tales requisitos.

III.4.1.- REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN

Como todo acto de molestia dirigida al gobernado, la orden de aprehensión para ser dictada por el Juez Penal, debe reunir los requisitos que al efecto señala el segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución Federal, que son los siguientes:

a).- QUE PRECEDA DENUNCIA O QUERRELLA:

En el texto original y aún en el reformado en mil novecientos noventa y tres del artículo 16, de nuestra Carta Fundamental, se exige que para dictar una orden de aprehensión preceda denuncia o querrela. En estricto sentido, sólo se conocen como medios para la iniciación del procedimiento penal a la denuncia y a la querrela, y cualquiera de las dos es indispensable para que se pueda dictar una orden de aprehensión. En cuanto a la acusación como requisito de procedibilidad, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día tres de febrero de mil novecientos noventa y nueve, se reformó este precepto Constitucional y entre otras novedades desaparece este requisito pasado de moda

La denuncia es un acto mediante el cuál cualquier persona, haya o no resentido los efectos del delito, hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que pueden constituir un delito. La función del denunciante se limita a dar parte a la autoridad investiga-

dora de la comisión de tales hechos; pero una vez presentada, será dicha autoridad la encargada de cumplir sus funciones de investigar y, en su caso, de ejercitar la acción penal, sin que la voluntad del denunciante tenga legalmente relevancia alguna para suspender ni para poner término al procedimiento iniciado o al proceso promovido.⁽⁴³⁾ Se afirma que la denuncia se va a emplear en todos aquellos delitos perseguibles de oficio, y son perseguibles de oficio todos los previstos en las leyes penales, con la excepción que la propia ley determina.

La querrela, al igual que la denuncia, también consiste en hacer del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que pueden constituir algún delito; pero a diferencia de la denuncia, la querrela sólo puede ser presentada por la persona ofendida o su representante legítimo y debe contener la expresión de voluntad de esta persona ofendida por el delito quien ha resentido sus efectos con el fin de que se pueda sancionar al o los responsables. Asimismo, a diferencia del denunciante, el querellante conserva un poder dispositivo sobre la averiguación previa y el proceso penal, pues su perdón extingue la pretensión punitiva y la acción penal, con tal de que este perdón se otorgue antes de que se pronuncie sentencia definitiva y el inculpado no se oponga a su otorgamiento.⁽⁴⁴⁾

⁽⁴³⁾ OVALLE FAVELA, José. Garantías Constitucionales del Proceso. Ob. Cit. Pág. 206.

⁽⁴⁴⁾ Ibidem. Pag. 216.

En cuanto a la querrela, el artículo 6º, del Código de Procedimientos Penales del Estado, textualmente dispone:

“Es necesaria la querrela del ofendido, solamente en los casos en que así lo determina el Código Penal o la ley aplicable”.

De donde se infiere que en forma limitativa, ley sustantiva determina los casos específicos en donde procede la querrela, caso contrario, deberá entenderse que se trata de un delito perseguible de oficio.

b).- QUE LA DENUNCIA O QUERRELLA SE REFIERA A UN HECHO DETERMINADO QUE LA LEY SEÑALE COMO DELITO, SANCIONADO CUANDO MENOS CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: El nuevo párrafo segundo del artículo 16, de la Constitución Federal mantiene la exigencia de que la orden de aprehensión sea dictada por la autoridad judicial y la de que exista previa denuncia o querrela, pero enseguida, abandonando la antigua expresión de que se trate de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, habla ahora de “un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad...” En el texto reformado se precisa, por una parte, que el hecho debe ser señalado por la ley como delito, en acatamiento al principio de legalidad *nulla poena sine tipo* y por la otra, se sustituye la expresión “pena corporal” por la de “pena privativa de libertad” que a nuestro juicio resulta más

apropiado. El hecho de que ahora se indique que tal conducta sea sancionada cuando menos con pena privativa de libertad significa que cuando el delito esté sancionado con una pena alternativa, no podrá librarse orden de aprehensión, pues la que procede en tales casos es la orden de comparecencia. De la misma manera, significa que tampoco podrá librarse orden de aprehensión cuando la pena sea más grave que la de prisión, como la pena de muerte, que todavía se contempla en el párrafo cuarto del artículo 22, de la propia Constitución Federal.

c).- **QUE EXISTAN DATOS QUE ACREDITEN EL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD PENAL DEL INDICIADO:** Para fundar una orden de aprehensión, no basta que exista una denuncia o una querrela que se refiere a un hecho determinado que la ley señale como delito y sancionado cuando menos con pena privativa de libertad; pues las afirmaciones del denunciante o querellante deben estar apoyadas por pruebas, a las que la Constitución se refiere, pues exige que existan datos que acrediten el *cuero del delito* y la probable responsabilidad penal de indiciado. En tales condiciones la nueva redacción del artículo 24, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, reformado por decreto número 166, publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado del día veintiséis de mayo de dos mil, establece ahora que:

“ARTÍCULO 24.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos están acreditados en autos.”

Por su parte, el artículo 168, del Código Federal de Procedimientos Penales, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve y que entró en vigor al día siguiente de su publicación, prevé en su primer párrafo la misma disposición contenida en el artículo 24, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, pero en su segundo párrafo refiere que:

“Por cuerpo del delito se entiende al conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera”.

Ya en un apartado anterior se hizo referencia al concepto de *cuero del delito* y el trato que la doctrina y la jurisprudencia han dado a esta añeja concepción para acreditar la existencia del delito; sin embargo y en atención a la importancia que tiene para nuestro curso, haremos en este apartado un pequeño análisis acerca de los elementos objetivos o externos del cuerpo del delito y a la probable responsabilidad penal.

ELEMENTOS OBJETIVOS O EXTERNOS DEL CUERPO DEL DELITO

En primer lugar y cuando la ley hace referencia a tales elementos, se está refiriendo a aquellos sucesos o hechos que pueden ser apreciados o percibidos por medios de los sentidos y, abandonando el esquema de los elementos del tipo penal, la ley olvida a los elementos subjetivos, los cuales se van a estudiar hasta en la probable responsabilidad penal. Sin embargo, dentro del esquema del cuerpo del delito, también existen elementos subjetivos, pero distintos del dolo y la culpa, y en ese sentido encontramos en algunos tipos penales a las intenciones, los deseos, los propósitos, etc.

En efecto, existen muchos delitos que pueden ser apreciados a través de los sentidos y la descripción del suceso conforma un medio de prueba que refuerza la existencia material del *cuerpo del delito*. Cuando se trata de delitos de carácter material, por su efecto como pudieran ser los que atentan contra la vida y la integridad corporal o contra la libertad o el normal desarrollo psico-sexual, resulta más fácil la comprobación del *cuerpo del delito*, sin embargo hay tipos penales cuya descripción no exige resultado material o hay delitos de omisión en que tampoco se requiere de un resultado específico, como en el caso de la omisión de socorro, en cuyo supuesto es más complejo el procedimiento para acreditar la existencia del *cuerpo del delito*.⁽⁴⁵⁾

⁽⁴⁵⁾ ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. Cuerpo del Delito y Tipo Penal. Ángel editores. México, 2000. Pág. 41.

Comprobar el *cuerpo del delito* no es otra cosa que acreditar fehacientemente por parte del Ministerio Público, la existencia de los hechos que se subsumen en el tipo penal respectivo, así como sus elementos constitutivos. Conforme a la concepción cuerpo del delito, el Ministerio Público deberá invariablemente acreditar los elementos objetivos necesarios y en su caso contingentes que a continuación se detallan.

Como elementos objetivos necesarios, el Ministerio Público deberá acreditar:

- a).- La existencia de la conducta (acción u omisión).
- b).- La lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en la norma penal.

Como elementos objetivos contingentes o eventuales, la ley exige que se acrediten los siguientes:

- a).- La calidad específica de los sujetos activo y pasivo. Se trata de una especial consideración respecto de ambos sujetos que pueden ser cualidad y/o número.
- b).- El resultado material y su atribuibilidad a la acción u omisión. Por lo que se refiere al resultado material, algunos delitos requieren su acreditación y son aquellos en donde dicho resultado es apreciable a través de los sentidos porque producen un daño efectivo y

directo al bien jurídico protegido. En cuanto hace a la atribuibilidad de la acción u omisión, se refiere al nexo o ligamen que debe existir entre la conducta desplegada y el resultado que sobreviene; pero básicamente en esta parte de nuestro Código, el legislador retomó postulados de la teoría de la imputación objetiva que es una corriente de la teoría finalista del Derecho Penal. En ese sentido la imputación objetiva describe aquél juicio por el cual determinado hecho aparece como obra de un sujeto; por lo que la imputación no es más que el intento de delimitar los hechos propios de los acontecimientos accidentales, por lo que cuando se señala que alguien es causante de un determinado hecho, se está afirmando que este acontecimiento es su propia obra, su propia voluntad y no un suceso accidental. En ese plano la voluntad se realiza en el hecho, mediante la capacidad de fijarse propósitos y de dirigir el proceso causal hacia un determinado objetivo, por lo mismo la voluntad domina los acontecimientos de la naturaleza y los transforma en sus propios hechos.

- c).- El objeto material.
- d).- Los medios utilizados.
- e).- Las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión.
- f).- Cualquier otra circunstancia objetiva que la ley prevea.

PROBABLE RESPONSABILIDAD PENAL

Por lo que se refiere a la probable responsabilidad penal del indiciado, indudablemente el proceso penal se sustenta en la acreditación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad penal, pues ambos conceptos son básicos. CARLOS FRANCO SODI refiere que habrá indicios de responsabilidad y, por tanto responsabilidad presunta cuando existan hechos o circunstancias accesorias al delito y que permitan suponer fundadamente que la persona de que se trata ha tomado participación en la comisión del delito, ya concibiéndolo, preparándolo o ejecutándolo, ya prestando su cooperación de cualquier especie por acuerdo previo o posterior, o ya induciendo a algunos a cometerlo.⁽⁴⁶⁾

Por nuestra parte, consideramos que existe probable responsabilidad penal cuando existe correspondencia entre la descripción legal contenida en el tipo penal respectivo y la conducta positiva o negativa desplegada por la persona a quien se atribuye la comisión del hecho delictuoso. Lo anterior significa que para que exista probable responsabilidad penal, debe existir adecuación de la conducta al tipo penal respectivo, como presupuesto básico para poder considerar a una persona indiciariamente responsable de la comisión de un hecho catalogado como delito en la ley.

⁽⁴⁶⁾ Citado por GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Octava edición. Editorial Porrúa. México. 1999. Pág. 316.

En otras palabras, la probable o presunta responsabilidad penal constituye, sin lugar a dudas, un juicio de atribución provisional que realiza el Ministerio Público al momento de determinar el ejercicio de la acción penal o la que realiza el Juez al momento en que dicta el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. El juicio de atribución definitiva la realiza el Juez en el momento en que pronuncia la sentencia definitiva, la cuál ha de ser condenatoria.

La probable responsabilidad penal es pues, el conjunto de elementos que permiten identificar a un sujeto como posible autor de la conducta delictiva, siempre que se demuestre su ubicación en el lugar de los hechos y las referencias en el modo u ocasión en la ejecución de la conducta.

Ahora bien, el último párrafo del artículo 25, del Código de Procedimientos Penales del Estado, para tener por acreditada la probable responsabilidad del indiciado exige la satisfacción de los requisitos siguientes:

1.- La forma de intervención de él o los sujetos. Aquí necesariamente nos remitiremos al contenido del artículo 11, del Código Penal del Estado, es decir, a la autoría y participación.

2.- La conducta dolosa o culposa.

3.- Ausencia de alguna causa de justificación, es decir, si no se actualiza alguna de las hipótesis previstas en el artículo 14, del propio Código Penal del Estado. Que en este caso pudieran actualizarse, en teoría, la legítima defensa, el consentimiento del ofendido, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

4.- Ausencia de alguna causa de inculpabilidad. Bajo esta perspectiva, pueden actualizarse el error de tipo o de prohibición, la minoría de edad penal, la no exigibilidad de otra conducta y las eximentes putativas.

d).- QUE SEA DICTADA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE Y A PEDIMENTO DEL MINISTERIO PUBLICO: Significa que el Juez Penal de oficio no puede librar una orden de aprehensión sin que previamente se lo solicite el Ministerio Público, ya que éste es el único que tiene exclusividad sobre el ejercicio de la acción penal; consecuentemente es la única Institución que puede provocar la actividad jurisdiccional; por lo que el Tribunal no puede librar dicha orden si no se ha formulado previamente ese pedimento. La solicitud de libramiento de una orden de aprehensión la realiza el Ministerio Público al consignar una averiguación previa sin detenido ante el Juez, o bien, que habiendo consignado tal averiguación previa con detenido, exista una o más personas que hubieren participado en los hechos delictuosos cuya captura no

se dio. Esta facultad y obligación que tiene el Ministerio Público para solicitar el libramiento de la orden de aprehensión ante la autoridad judicial se encuentra prevista en nuestra norma fundamental y reglamentada en la ley secundaria, concretamente en el artículo 12, fracción II, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, que textualmente dispone:

“En el ejercicio de la acción penal incumbe al Ministerio Público: II.- Solicitar órdenes de comparecencia y de aprehensión”.

Acerca de la autoridad competente para librar la orden de aprehensión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido criterio de contradicción de tesis bajo la jurisprudencia número 26/99, correspondiente a la novena época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, sustentada por la Primera Sala, Tomo IX, Mayo de 1999, tesis 1a./J. 26/99, en la página número 267, cuyo rubro y texto es del tenor siguiente:

“ORDEN DE APREHENSIÓN. DEBE PROVENIR DE AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE. El artículo 16, segundo párrafo constitucional, establece respecto de la orden de aprehensión, entre otros requisitos, que debe ser emitida por autoridad judicial; a su vez, el primer párrafo del citado precepto constitucional, garantiza la protección de la persona, al exigir que todo acto que implique una afectación a ésta, debe provenir de autoridad competente, es decir, aquella que esté facultada legalmente para emitir el acto de que se trate. Por ello, si la orden de aprehensión es un acto que afecta a la persona, pues tiene por efecto restringir de manera provisional su libertad

personal o ambulatoria, con el objeto de sujetarla a un proceso penal, el juzgador que la emita, también debe ser legalmente competente para conocer del proceso penal que en su caso llegare a instruirse por el o los delitos por los que la libra, atendiéndose desde luego, a los criterios para fijar la competencia esto es, por territorio, materia, cuantía o conexidad”.

e).- **QUE CONSTE POR ESCRITO FUNDADO Y MOTIVADO:** Durante siglos, el capricho del gobernante fue la medida de las molestias causadas a los particulares. En otras épocas, bastaba la simple orden verbal de una autoridad para perturbar e incluso encarcelar a las personas, sin existir ningún motivo fundado. Los atentados a la familia, las violaciones de domicilios, las agresiones a las posesiones sin haber causa legítima, se sucedieron por mucho tiempo. Con el fin de evitar el abuso del Poder Público, la Constitución Mexicana de mil novecientos diecisiete ratificó algunas de las disposiciones establecidas en las anteriores e introdujo otras que pueden considerarse verdaderos triunfos de la Revolución Mexicana. Que la orden de aprehensión como acto de molestia dirigida al gobernado para privarle de su libertad conste por escrito en que se funden y motiven las causas de tal acto de molestia, es consecuencia de la garantía consignada en la primera parte del artículo 16, así como las bases que establece el artículo 14, de la Constitución Federal, pues son las bases sobre las que descansa el procedimiento judicial protector de los derechos del hombre. Es absoluta la prohibición de ocasionar molestias a las personas, a sus familias, papeles, posesiones, si no es con una orden

escrita, fundada y motivada en una disposición legal y expedida por una autoridad que de acuerdo con una ley tenga facultades para realizar tales actos.

Así las cosas, la orden de aprehensión como acto de autoridad debe de contenerse en escrito y ser firmada por el titular del juzgado y su secretario, lo cuál permitirá examinar si está formulada por autoridad judicial competente, en estricto acatamiento al principio de seguridad jurídica que brinda al particular certeza y le da la posibilidad de defenderse. Si no es formulada por escrito, la orden de aprehensión será inconstitucional.

También, es inconstitucional la orden de aprehensión dictada por un Juez incompetente por razón del territorio o fuero, aún cuando se trate de un Juez Penal; en tales circunstancias el agraviado puede solicitar el Amparo y Protección de la Justicia Federal en contra de tal mandamiento, protección que deberá otorgarle el Juez de Amparo siempre y cuando no se hubiere dado cumplimiento a la referida orden de aprehensión, pues si ha sido ejecutada, habrá un cambio de situación jurídica del quejoso.

Por lo que se refiere a la garantía de fundamentación de la orden de aprehensión, MANCILLA OVANDO afirma que fundar es el acto de señalar la denominación correcta de la ley y el artículo que faculta al Juez para dictar la orden de aprehensión.⁽⁴⁷⁾

⁽⁴⁷⁾ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. Estudio Constitucional del Proceso. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, 1990. Pág. 115.

El citado autor sigue diciendo que motivar es señalar en el acto de autoridad qué pruebas y razonamientos llevan a la convicción al juzgador a tener por acreditada la existencia del delito y la probable responsabilidad penal. Motivar es la descripción del por qué se aplica la ley al caso concreto. Para que el Juez determine que la conducta material está tipificada como delito, requiere estudiar las pruebas y valorarlas, pues ello le permitirá resolver que está en presencia de un acto constitutivo de delito.⁽⁴⁸⁾

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con los requisitos fundamentación y motivación, ha sentado la jurisprudencia número 613, correspondiente a la séptima época, del Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo II, Parte, Apéndice de 1995, Página 381, cuyo rubro y texto es el siguiente:

ORDEN DE APREHENSION, FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE LA. Toda orden de aprehensión debe reunir los requisitos de fundamentación y motivación, sin que baste que el juez natural haga una referencia vaga de que tuvo a la vista los elementos existentes en la averiguación, para estimar que se reunieron los requisitos prevenidos en el artículo 16 constitucional, sino que es preciso que la orden misma exprese los motivos en que se funda; es decir, no basta para tener por reunido tal requisito que el juez diga en su resolución que ha tenido presentes los elementos de los cuales se infieran los

⁽⁴⁸⁾ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Ob. Cit. Pág. 115.

hechos denunciados, sino que es preciso que en la propia orden se analice el contenido de esos elementos y se expresen las razones en que se apoye, para concluir que se llenaron los requisitos del precepto constitucional invocado, pues de no hacerlo, la orden de aprehensión viola esa disposición.

III.5.- LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

Uno de los bienes más preciados del hombre, después de la vida, es la libertad. Privar de la libertad a un individuo por considerarlo presunto responsable de la comisión de un delito, implica también privarle de otros bienes como consecuencia del primero, en virtud de que el privarle de su libertad deambulatoria, también se le priva de su trabajo, de su familia y sus seres queridos. Con justa razón, las legislaciones penales de todos los tiempos han justificado el derecho a la libertad que los justiciables tienen para obtenerla, fundándola desde muy diversas perspectivas y con los más variados requisitos.

Ahora bien, con las reformas Constitucionales de mil novecientos noventa y tres, del día tres de julio de mil novecientos noventa y seis y del veintiuno de septiembre del año dos mil, la fracción I, del apartado A, del artículo 20, de la Constitución General de la República, regula ahora el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución en los términos siguientes:

“ART. 20.- En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculcado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el Juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al Juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad. El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y monto de la caución, el Juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculcado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculcado. La ley determinará los casos graves en los cuales el Juez podrá revocar la libertad provisional”.

Como se aprecia, la garantía de la libertad provisional bajo caución aparece cuando el inculcado se encuentra ante el Juez Penal, puesto que nuestra norma fundamental expresa que será éste quien fije el monto de la caución, sin olvidar desde luego que el inculcado también tiene derecho a solicitar esta libertad provisional desde

la averiguación previa, como ya quedó asentado en el apartado respectivo. Pero tomando en consideración que en esta parte de nuestro curso nos interesa la procedencia de esta libertad provisional ante el Juez Penal, haremos una breve referencia a cada uno de los cuatro requisitos de procedencia de este beneficio.

Independientemente de su regulación en la Constitución Política del País, nuestra ley secundaria reglamenta este beneficio a favor de todo inculpado; en efecto, el artículo 269, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, establece casi los mismos requisitos de procedencia de la libertad provisional bajo caución a que hace referencia la Constitución Federal, lo criticable es que esta disposición legal se encuentre incluida dentro del capítulo relativo a los incidentes, cuestión que nos parece absurda, porque contraviene a lo dispuesto en la Carta Magna, si se toma en consideración que los incidentes se van a substanciar con vista a las partes por un término determinado y en los que hay que aportar pruebas si procede y en donde a su vez el Juez Penal tiene que dictar un auto o una sentencia interlocutoria.

La Constitución Federal, por su parte, no previene que la libertad provisional bajo caución tenga que substanciar por medio de un incidente, sino que establece que inmediatamente que lo solicite, el inculpado deberá ser puesto en libertad si cumple con los

requisitos que se señalan; al establecer que sea inmediatamente, entendemos que quiso decir el Constituyente que solicitar y conceder una libertad de esta naturaleza no admite demora alguna. Por esa razón, la regulación de este beneficio debe incluirse en un capítulo distinto al de los Incidentes, pues está demostrando que en la práctica los Jueces no estilan substanciar incidentes para conceder una libertad provisional bajo caución, por lo que resulta obsoleto e inútil que se encuentre regulado como tal.

Los requisitos de procedencia de esta libertad provisional bajo caución se limitan a los siguientes:

III.5.1.- QUE NO SE TRATE DE DELITO GRAVE

A partir del cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, fecha en que entró en vigor la fracción del artículo 20, de la Constitución Federal, después de un año de *vacatio legis*, se dejó a la ley secundaria, es decir, a los Códigos de Procedimientos Penales, tanto común como federal, regular los delitos que se considerarían como graves para efectos de que los Agentes del Ministerio Público y Jueces Penales no concedieran el beneficio de la libertad provisional bajo caución, pues con la nueva redacción de la fracción en comento, desaparece la condicionante del término aritmético de cinco años de la pena del delito cometido, incluyendo las modalidades para el otorgamiento de tal beneficio.

Atento a lo anterior, la ley secundaria tuvo que ser adecuada para estar acorde con las nuevas modalidades introducidas. Por tal motivo, fue reformado el artículo 194, del Código Federal de Procedimientos Penales, al igual que el artículo 23 BIS A, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca; de la misma manera sufrirían transformaciones los restantes Códigos Adjetivos Penales de las Entidades Federativas que conforman la Federación. Hoy en día pues, si el delito por el cuál se acusa a la persona se encuentra clasificado como grave, el Ministerio Público o el Juez deberán negarle el beneficio de la libertad provisional bajo caución para el caso de que lo solicite.

Entendemos que la elevación a graves de determinados delitos obedece al impacto que causa su producción, pero también al hecho de la importancia del bien jurídico protegido en la norma jurídico penal. Con anterioridad al criterio de los delitos graves, el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución estaba supeditado al hecho de que la punibilidad prevista para el tipo penal correspondiente no fuera superior al termino medio aritmético de cinco años de prisión.

III.5.2.- QUE SE GARANTICE EL MONTO ESTIMADO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO PROVENIENTE DEL DELITO COMETIDO

Al señalarse ahora como uno de los requisitos de procedencia de la libertad provisional bajo caución, el hecho de que se garantice el pago de los daños y perjuicios ocasionados con el delito, indiscutiblemente es con la finalidad de brindar una mayor protección al ofendido, quien había permanecido relegado u olvidado por mucho tiempo por lo que se refiere a la reparación del daño. Afortunadamente, esta nueva exigencia pretende reivindicar al titular del bien jurídico tutelado o quien le suceda en sus derechos en el pago o restitución de la cosa dañada con motivo del delito cometido, sin olvidar los perjuicios ocasionados con la conducta delictuosa.

El pago de la reparación del daño y perjuicios ocasionados comprende, según el artículo 35, del Código Penal del Estado de Oaxaca, la restitución de la cosa obtenida por la comisión del delito o el pago del precio de la misma; la indemnización del daño material y moral, incluyendo el pago de los tratamientos curativos, que como consecuencia del delito sean necesarios y; el resarcimiento de los perjuicios ocasionados. Los daños comprenden tanto a la destrucción como al deterioro que sufra la cosa o el bien jurídico tutelado. Los perjuicios comprenden a la no percepción de ganancias lícitas, es

decir, los ingresos no percibidos con motivo de la comisión del delito.

En tratándose de los delitos de homicidio y lesiones, el artículo 29, del Código Penal del Estado, establece la fórmula mediante la cual se puede hacer el cálculo correspondiente cuando no existan pruebas específicas para ello. En efecto, la indemnización por el delito de homicidio será la cantidad que resulte de multiplicar setecientos noventa días del salario vigente al momento de la comisión del delito por tres, o bien por dos, según sea el caso; el factor se multiplicará por tres cuando la persona fallecida contribuya económicamente al sustento familiar y por dos, cuando sea menor de edad o no tenga dependientes económicos a su cargo. Por lo que se refiere a los delitos de carácter patrimonial, la garantía sobre la reparación del daño se fijará sobre la base del criterio de los peritos, conforme al valor económico o pecuniario de la cosa. Pero la dificultad se presenta en aquellos delitos en donde no existe forma de cuantificar tal monto, en aquellos delitos que ocasionan sólo un daño moral o psicológico y, aún cuando la última parte del segundo párrafo de la fracción I, del apartado A, del artículo 20 Constitucional que se comenta hace mención a la reparación del daño moral, hasta nuestros días no existe una fórmula de conversión del daño moral a una cuantificación de carácter monetario. Por lo que en los casos de los delitos que ocasionan daño moral, el Juez no estará obligado a fijar el monto estimado de dicha

reparación del daño, por lo que deberá atender a los demás requisitos de procedencia de este beneficio.

El hecho de que el inculpado garantice el pago de la reparación del daño ocasionado con motivo del delito cometido, brinda certeza al ofendido en el sentido de que si al final se pronuncia una sentencia condenatoria, estará asegurado tal pago o resarcimiento.

III.5.3.- QUE SE GARANTICE EL PAGO DE LA MULTA

La Constitución Federal al referirse a la multa lo hace aludiendo a la sanción pecuniaria, olvidando que esta sanción pecuniaria comprende tanto a la reparación del daño como a la multa. Ahora bien y conforme al artículo 23, del citado Código Penal para el Estado de Oaxaca, la multa es el pago que se hace al Estado de una suma de dinero que se fijará en días multa y, que el día multa equivale al salario mínimo general vigente en el lugar y momento de la comisión del delito y no podrá exceder de setecientos treinta días.

Atendiendo al principio de legalidad contenido en el párrafo tercero del artículo 14, de la Constitución Federal, el Juez sólo podrá exigir garantía para el pago de la multa cuando el delito por el cuál se ejercitó la acción penal tenga señalado de manera expresa tal pena. Lo que significa que si el delito imputado no tiene señalado

como pena a la multa, el Juez estará impedido para imponerla. Recordemos que tanto a nivel del Derecho Penal común como del federal, existen delitos que sólo tienen señalada como pena la privativa de libertad, prescindiendo de la multa.

III.5.4.- QUE SE GARANTICE EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PROCESALES QUE SE DERIVEN A CARGO DEL INculpADO EN RAZÓN DEL PROCESO

El rubro que corresponde a la garantía para el cumplimiento de las obligaciones procesales que se deriven a cargo del inculcado en razón del proceso, obedece al fin primordial de asegurar la presencia del propio inculcado durante la tramitación de su proceso, que es lo que le confiere razón y sentido. En otras palabras, esta garantía servirá para que el inculcado, una vez obtenida su libertad caucional, no se sustraiga a la acción de la justicia y cumpla con las demás obligaciones procesales que ha contraído en razón del proceso; como el hecho de presentarse ante el Tribunal que conozca de su caso a firmar sus presentaciones en forma periódica en que se le indique; presentarse para la práctica de diligencias cuantas veces sea requerido para ello; comunicar los cambios de domicilio que tuviere y no ausentarse del lugar del juicio sin autorización del Juez de la causa. Tales obligaciones procesales deben constar en el expediente, a los que en la práctica también se les identifica

como prevenciones y que se encuentran reguladas en el artículo 282, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca.

El incumplimiento de estas obligaciones procesales va a acarrear como consecuencia que se revoque la libertad provisional bajo caución y se ordene la reaprehensión del procesado y la garantía exhibida por este concepto deberá hacerse efectiva en favor del fondo para la administración de justicia dependiente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca. Esta libertad, como su nombre lo indica, es provisional, ya que dura mientras dura la tramitación del proceso, culminando con la sentencia definitiva que al efecto llegue a dictar el Juez, independientemente de que sea absolutoria o condenatoria tal sentencia.

La propia reforma Constitucional que se comenta establece que el monto y la forma de la caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado y en circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución. Por asequible entendemos que el monto de la caución que se fije debe ser accesible y que pueda conseguirse o alcanzarse por parte del inculcado; lamentablemente, en la práctica de los Tribunales vemos con tristeza que las cauciones que ahora señalan los Jueces Penales son exorbitantes y no tienen nada de asequibles; pareciera ser que en ese sentido se han mal interpretado el espíritu de las

reformas Constitucionales de mil novecientos noventa y tres.

Hay que aclarar sin embargo, que la disminución del monto de la caución sólo es aplicable con relación a la garantía fijada para el cumplimiento de las obligaciones procesales, en cuanto a que éste se fija conforme al criterio del juzgador, pero consideramos que esta disminución no operaría por lo que se refiere a la reparación del daño y la multa, ya que estos dos últimos conceptos se encuentran regulados por la ley y por lo mismo deben quedar plenamente garantizados para poder obtener el beneficio de la libertad caucional.

Finalmente y por lo que se refiere a las formas de la caución, diremos que tradicionalmente se han señalado tres formas:

a).- El depósito personal de dinero en efectivo por sí o por medio de un tercero. Cuando un tercero realiza el depósito del dinero ante el Juez, la ley dispone que tendrá el carácter de fiador.

b).- Por medio de fianza o póliza que expiden las compañías afianzadoras debidamente autorizadas por la ley, previa la satisfacción de ciertos requisitos.

c).- Por medio de una hipoteca, que es un gravamen sobre un bien inmueble. Las cauciones hipotecarias están fuera de uso.

De las anteriores formas, la más usual es la que corresponde al depósito personal en efectivo, debido a la facilidad de su exhibición, que puede hacerse en el momento mismo que se está solicitando el beneficio, sin necesidad de substanciar incidente.

III.5.5.- NEGATIVA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

Las reformas a la fracción I, del artículo 20, de la Constitución Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del día tres de julio de mil novecientos noventa y seis, introdujeron una nueva figura procesal novedosa, pero desafortunada a nuestro parecer; la negativa de la libertad provisional bajo caución por parte del Juez Penal cuando medie petición expresa del Ministerio Público. En efecto, la nueva redacción de la fracción que se comenta fue adicionada con una parte relativa que reza:

“...En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el Juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al Juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad”.

De la transcripción anterior se advierte que el Juez Penal podrá negar el beneficio de la libertad caucional

a petición del Ministerio Público; en primer término cuando el inculcado hubiere sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave en la ley secundaria, y desde luego exista prueba fehaciente de ello. En segundo lugar la negativa deberá fundarse en elementos probatorios que hagan presumir que la conducta del inculcado pueda representar algún peligro para el ofendido o la sociedad. Entendemos que esto último acontece cuando el inculcado de referencia cuenta con antecedentes de conducta y criminalidad negativos que demuestran su peligrosidad. Decíamos que es desafortunada la reforma, pues sin la existencia de una sentencia previa, se está prejuzgando a una persona para negarle el beneficio de su libertad caucional, con lo que también se hace nugatorio el principio de presunción de la inocencia del gobernado frente al poder público. En la práctica se tiene noticia que se encuentra operando esta medida en perjuicio de los justiciables que tienen derecho al beneficio de referencia.

Se considera, además que la conducta precedente hace referencia a la reincidencia y habitualidad del inculcado. En ese sentido, la reincidencia se presenta cuando un sujeto delinque por segunda vez, siempre que hubiere sido sentenciado condenatoriamente por el primer delito y que además que no hubiere transcurrido un tiempo igual al de la prescripción de la pena, contados a partir del cumplimiento de la pena o el indulto, en su caso. La

reincidencia puede ser de dos clases: La genérica que se presenta cuando el agente delinque por segunda vez cometiendo un delito de distinta naturaleza al primero; por ejemplo violación y robo. La reincidencia específica, que se presenta cuando el agente delinque por segunda vez cometiendo un delito de la misma naturaleza que el anterior; por ejemplo delitos contra la salud.

Por otra parte, se conoce como habitualidad a la repetición de hechos delictivos, es decir, a la persistencia en el delito. Se concibe como habitual a aquel sujeto que comete varios delitos de la misma especie, inclinación viciosa o pasión, dentro de un periodo que no exceda de diez años, según el artículo 71, del Código Penal del Estado.

III.6.- LA AUDIENCIA PUBLICA DE LA DECLARACIÓN PREPARATORIA

La declaración preparatoria del inculcado es uno de los primeros actos procesales de la mayor importancia que se realiza ante el Juez Penal dentro del periodo preprocesal del procedimiento penal, pues en esta diligencia, el inculcado puede rebatir los cargos y rechazar con toda oportunidad la imputación que se le hace.

La fracción III, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República consagra garantías de naturaleza procesal en favor del gobernado que se

encuentra acusado de la comisión de un delito, estableciendo la existencia de una audiencia pública en la que se consignan obligaciones de hacer que debe cumplir el juzgador dentro del proceso penal. En efecto, dicha disposición Constitucional brinda certeza jurídica al hombre y le da la oportunidad de la defensa dentro del juicio. Con las reformas Constitucionales de mil novecientos noventa y tres, tal disposición legal expresa:

“ART. 20.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. . . .

. . .

. . .

III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria”.

Afirma MANCILLA OVANDO⁽⁴⁹⁾ que de la anterior transcripción emanan obligaciones expresas para el Juez Penal, que deben ser satisfechas en esta audiencia pública de la declaración preparatoria. Tales obligaciones son las siguientes:

a).- Le dará a conocer al inculpado el nombre de la persona o personas que deponen en su contra, quienes

⁽⁴⁹⁾ MANCILLA OVANDO. Jorge Alberto. Ob. Cit. Pág. 130.

formularon una denuncia o una querrela señalándolo como presunto responsable de la comisión de un hecho señalado en la ley como delito. Lo que significa que hará del conocimiento del inculpado que el Ministerio Público ha ejercitado acción penal en su contra, sustentado en una denuncia o querrela y si ésta se encuentra corroborada por algún medio de prueba.

b).- Le brindará conocimiento de la naturaleza y causa de la acusación que se le hace, a fin de que conozca el hecho punible que se le atribuye y esté en la aptitud de formular su defensa. Por naturaleza de la acusación debemos entender el delito por el cuál se le consignó ante la autoridad judicial. Lo que a su vez significa que le explicará por cuál delito fue consignado, señalando las atenuantes o agravantes que concurren en la conducta. Le precisará además, con qué pruebas se acredita la existencia del delito y de la conducta, debiéndose indicar en qué artículo de la ley se cataloga como delito el hecho que se le imputa.

c).- En todo momento, le deberá mostrar el expediente y le permitirá el acceso para el estudio de las constancias, a él o a su abogado, para que el propio inculpado pueda preparar su defensa.

d).- Satisfechas las obligaciones anteriores, el Juez deberá permitir al inculpado rendir su declaración preparatoria si lo quiere hacer; recordemos que en términos

de la fracción II, del mismo artículo 20, de la Constitución Federal, entre otras prohibiciones, dispone que el inculpado no podrá ser obligado a declarar. Ahora bien y respecto a la exhortación que en la práctica procesal se estila hacer al inculpado, el maestro PEREZ PALMA sostiene que es una vieja práctica que existe en los Tribunales que consiste en obligar de alguna forma al inculpado para que confiese su delito, haciéndole creer que la confesión será una circunstancia que disminuirá la pena que en su caso se le llegue a imponer; independientemente de que eso no es rigurosamente cierto, una exhortación así concebida, no es más que una forma de coacción moral, prohibida por la propia Constitución. Consecuentemente, tal práctica debe ser abolida para dejar al inculpado en la más absoluta libertad a que declare en la forma que mejor le convenga o quiera hacerlo.⁽⁵⁰⁾

En esta audiencia pública, el inculpado podrá oponer las excepciones y defensas que estime convenientes. Como excepciones se podrán invocar a la prescripción de la acción penal y a la existencia de una causa de exclusión del delito y, como defensas podrá alegar y demostrar que no es el autor de los hechos que se le imputan o que la conducta no está tipificada como delito en la ley. En esta misma audiencia, el inculpado podrá ofrecer toda clase de pruebas para demostrar la validez

⁽⁵⁰⁾ PÉREZ PALMA, Rafael. Ob. Cit. Pág. 349.

de sus argumentos y, el juzgador deberá admitirlas y ordenar su desahogo si son de las permitidas, dentro del plazo en que él debe resolver sobre la situación jurídica del propio inculpado, cuando la naturaleza de dichas pruebas lo permitan, con el objeto de no hacer nugatorio el derecho a la defensa.

e).- La declaración preparatoria del inculpado deberá celebrarse en audiencia pública dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes contados a partir del momento en que es puesto materialmente a disposición del Juez Penal. Por consiguiente, está prohibido que esta audiencia se celebre en secreto o en ausencia de quienes quieran o deban estar presentes, siempre que no se altere el orden o se ponga en peligro la seguridad del juzgado. Así pues, ninguna actuación podrá mantenerse secreta para el inculpado, ya que éste y su defensor, tienen acceso a todas y cada una de las constancias que integran el expediente; consecuentemente, pueden leerlas, tomar notas, solicitar copias, etc.

f).- La diligencia de la declaración preparatoria debe comenzar por las generales del inculpado, incluyendo los apodosos o sobrenombres que tuviere, el grupo étnico indígena al cuál pertenece en su caso, y si habla y entiende bien el idioma castellano, para los efectos de la designación de un traductor o intérprete. Asimismo, deberá proporcionar el inculpado sus demás circunstancias personales, sobre las que deberá allegarse

mayores datos el Juez durante la instrucción por imperativo de la ley.

g).- Satisfecho lo anterior, se procederá al nombramiento de defensor, haciéndole saber al inculpado el derecho que la propia Constitución le concede para defenderse por sí mismo si lo desea, aunque esto último difícilmente podría conseguir una adecuada defensa que ahora exige la citada fracción IX, del artículo 20, de nuestra norma fundamental.

Con el ejercicio de la acción penal se inicia formalmente el proceso penal; cuando el inculpado ha sido privado de su libertad personal se desarrollarán las demás etapas procedimentales, y será en la audiencia pública de la declaración preparatoria cuando el propio inculpado conteste los cargos al hacer valer el derecho de defensa. Así pues, es en esta audiencia en donde el inculpado podrá formular su defensa por sí o por conducto de su apoderado legal, oponiendo resistencia a la pretensión punitiva del Ministerio Público; por lo que precisada la acción penal y contestado el cargo por parte del propio inculpado, se integra materialmente el litigio en el juicio o proceso penal; con lo que a su vez se brinda al Juez los elementos de prueba que le permitirán resolver sobre la situación jurídica provisional del inculpado dentro del término Constitucional de las setenta y dos horas, o bien para determinar en la sentencia definitiva si se ha probado o no su responsabilidad

penal en la comisión de los hechos delictuosos imputados.⁽⁵¹⁾

III.7.- LA GARANTIA DE LA DEFENSA DURANTE EL PROCESO PENAL.

La nueva redacción de la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Constitución Federal, introducida a raíz de las reformas de mil novecientos noventa y tres, preceptúa ahora que:

“IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consagra esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el Juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera”.

De lo anterior resulta que la garantía de la defensa constituye no sólo un derecho sino también una figura indispensable en el proceso penal, y que el defensor deberá ser nombrado aún en contra de la voluntad del inculpado; por la misma razón se afirma que no puede haber proceso penal sin defensor, ya que la defensa más que un derecho es un deber jurídico dentro del proceso penal. En ese sentido, el defensor no es un mandatario

⁽⁵¹⁾ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Ob. Cit. Pág. 132.

porque no tiene un poder, sino es una institución dentro del proceso penal.

La teoría del Derecho Procesal Penal contempla el nombramiento de defensor desde tres puntos de vista: 1).- Como garantía de orden Constitucional; 2).- Como condición obligatoria en el proceso y; 3).- Como asesoría técnica de la defensa material que corresponda al inculpado.

En cuanto al primer aspecto, conviene precisar que el Ministerio Público es una Institución técnica que lleva la acusación en representación de la sociedad y del ofendido y para ello aprovecha de su capacidad y de experiencia con el apoyo de un numeroso cuerpo de peritos, de laboratorios, de archivos y de policía, en tanto que el inculpado se ve afectado psíquica y moralmente en su personalidad por la privación de su libertad, con motivo del ejercicio de la acción penal, agobiado además por sus problemas económicos y familiares, requerirá de la ayuda y auxilio para nivelar en lo posible, las armas de la contienda jurisdiccional. Por lo que la función del defensor es compleja, pues comprende la asistencia técnica que el inculpado requiere; la representación de éste en el proceso, en los recursos incluyendo el juicio de amparo. En consecuencia, la intervención del defensor es un elemento equilibrante en la contienda jurisdiccional, por cuanto a que el Ministerio Público es siempre la parte fuerte.

El nombramiento de defensor ante el Juez Penal se da hasta en el momento de la declaración preparatoria, pero antes de esta fase puede estar ejerciendo el que fue nombrado durante la integración de la averiguación previa; por lo que de ser así, sólo se confirmará el nombramiento del defensor designado con anterioridad, pero sólo a petición expresa del inculpado.

Por lo que se refiere al hecho de que el nombramiento del defensor es una condición obligatoria, se afirma en la actualidad que no es concebible un proceso penal sin defensa técnica, aún en el entendido que el inculpado se niegue a hacer tal designación, pues en tal circunstancia, es obligación del Ministerio Público y del Juez nombrarle uno de oficio; además de que es necesario reintegrar la personalidad moral y psíquica del inculpado, debilitado con la detención y encarcelamiento con motivo del ejercicio de la acción penal; porque es necesario equilibrar la contienda jurisdiccional, contrarrestando la influencia y las presiones del Ministerio Público, porque también es necesario que procesalmente, el inculpado tenga un representante legal que actúe a pesar y aún en contra de la voluntad del activo. De esta manera, la defensa no solamente es un derecho para el acusado, sino una obligación procesal que el Juez Penal debe observar y cuidar y en el momento que advierta que dicho acusado carece de defensor, se verá precisado a tomar las medidas pertinentes.

Se ha dicho también que el derecho a la defensa constituye un deber jurídico; en consecuencia no renunciable, porque no se puede renunciar a los deberes jurídicos. De donde resulta perfectamente explicable que ante la negativa del inculpado de nombrar defensor, la autoridad le nombre uno de oficio, puesto que no puede renunciar válidamente a la defensa.

Bajo las circunstancias anteriores y por lo que se refiere al tercer aspecto, la defensa constituye una asesoría técnica, tomando en consideración de que el inculpado, por regla general, tiene un conocimiento completo y preciso de los hechos que motivan el proceso, pero además tiene también desconocimiento total de la situación legal que lo rodea, ya que no está capacitado para entender la naturaleza de la acusación, ni para apreciar el derecho aplicable en su beneficio, ni el procedimiento a seguir para obtener su absolución o disminución de la pena; por lo que la defensa va a suplir esas deficiencias del inculpado como su principal objeto y justificación; usando los medios de defensa legal, que están fuera del alcance del propio inculpado.⁽⁵²⁾

III.7.1.- LA DEFENSA ADECUADA

La defensa adecuada es una modalidad introducida en las reformas Constitucionales de mil novecientos

⁽⁵²⁾ PÉREZ PALMA, Rafael. Ob. Cit. Pág. 359

noventa y tres a la fracción IX, del artículo 20. A este respecto, ZAMORA PIERCE sostiene que es difícil comprender lo que el adjetivo "defensa adecuada" viene a exigir. Tampoco queda claro en qué forma garantizará el Estado que la defensa sea adecuada. Si acaso la Constitución exigiera que el defensor fuera necesariamente abogado, podríamos entender que calificara de adecuada la defensa realizada con pericia, por quien conoce el Derecho y está sujeto a los principios de la ética profesional; pero dado que la Constitución permite al inculpado confiar su defensa a una persona de su confianza, no profesional o ignorante del derecho; al exigir que la defensa sea adecuada, pareciera que nuestra norma fundamental otorgara un derecho sin imponer las condiciones para hacerlo efectivo.⁽⁵³⁾

Por otra parte, la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación dio a las reformas Constitucionales en materia penal de mil novecientos noventa y tres, concluyó que para que se logre la defensa adecuada, el inculpado debe estar asistido en todas las diligencias por un abogado o persona de su confianza, pero si esta última no es Licenciado en Derecho, se le debe nombrar uno que tenga tal título para que asesore a aquél.

Por nuestra parte, consideramos que el legislador al introducir este adjetivo de defensa adecuada, tuvo propósitos nobles tendientes a brindar la mayor

⁽⁵³⁾ ZAMORA PIERCE, Jesús. Ob. Cit. Pág. 269.

protección posible a una persona que se encuentra en calidad de detenida; por lo que independientemente de que se defienda por sí misma o bien nombre a una persona de su confianza para que lo defienda, pero si éste no es abogado, el Juez tiene la obligación de nombrarle a un Perito en Derecho. Es práctica reiterada en la actualidad en los Tribunales Federales que el inculcado nombre como su defensor a un estudiante o pasante de derecho para que lo defienda, pero el Juez Federal, advirtiendo esta circunstancia, inmediatamente pide la intervención del defensor de oficio adscrito, con el propósito de que se logre la defensa adecuada. Por lo anterior se arriba a la conclusión de que para que se logre una defensa adecuada, será necesario que el defensor del inculcado sea abogado; pues el abogado es el asesor del encausado en cuanto lo aconseja con base en sus conocimientos técnicos y en su experiencia, informándole sobre las normas sustanciales y procesales en relación con el hecho y las peculiaridades de su caso. Asimismo implica la vigilancia del abogado interviniente en los diversos actos, verificando el cumplimiento de los términos, el diligenciamiento correcto de las incidencias y manifestando una atención constante hacia el curso del proceso hasta su conclusión.

III.8.- EL AUTO JUDICIAL QUE RESUELVE DE MANERA PROVISIONAL LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL INculpADO

Al momento en que el inculcado es puesto a disposición del Juez Penal, ya sea porque se hubiere consignado la averiguación previa con detenido o porque se hubiere ejecutado en su contra una orden judicial de aprehensión, comienza en forma paralela para el Juez a correr dos plazos. El primero de cuarenta y ocho horas para tomarle la declaración preparatoria y un segundo plazo, el de setenta y dos horas para resolver sobre la situación jurídica del mismo inculcado. Dentro del imperativo "resolver sobre la situación jurídica del inculcado", el Juez Penal deberá dictar cualquiera de los autos siguientes: Auto de formal prisión; auto de libertad por falta de elementos para procesar; auto de sujeción a proceso; auto de no sujeción a proceso; auto de sobreseimiento de la causa y; auto de tutela pública preventiva.

Con excepción del auto de sobreseimiento, las demás resoluciones acabadas de citar, resuelven de manera provisional la situación jurídica del inculcado. En efecto, el auto de formal prisión resuelve provisionalmente y justifica que continúe la detención del inculcado ante el Juez hasta en tanto se dicta la sentencia que ponga fin al juicio; el auto de libertad por falta de elementos para procesar, si bien deja en libertad al inculcado, también

deja abierta la posibilidad de que por datos posteriores que suministre el Ministerio Público, se pueda proceder nuevamente en su contra y se libre orden de reaprehensión; el auto de sujeción a proceso, aún cuando sólo sujeta al inculpado al proceso, pero no le priva de su libertad personal por tratarse de delitos sancionados con pena alternativa, también es provisional, pues concluye en la sentencia definitiva que se llegue a dictar; el auto de no sujeción a proceso produce los mismos efectos que el auto de libertad por falta de elementos para procesar, la diferencia estriba en que el primero es de efectos contrarios al auto de sujeción al proceso y el segundo de efectos contrarios al auto de formal prisión. En cambio, el auto de sobreseimiento, produce los efectos de una sentencia absolutoria. El Juez podrá dictar un sobreseimiento como resolución de término en aquellos casos en que se encuentre acreditada una causa de exclusión del delito; se encuentre prescrita la acción penal o la persona encausada sea menor de edad, es decir, inimputable.

III.8.1.- CONCEPTO DE AUTO DE FORMAL PRISIÓN

El auto de formal prisión es una resolución judicial de carácter provisional que resuelve la situación jurídica de un inculpado al fenecer el plazo Constitucional de las setenta y dos horas, por encontrarse acreditado el *cuerpo del delito* y la probable responsabilidad penal del inculpado.

La locución auto determina su naturaleza de acto procesal proveniente de la autoridad judicial, de confor-

midad con el artículo 126, del Código de Procedimientos Penales del Estado. Determina al mismo tiempo al órgano del Estado que de manera exclusiva lo puede producir y que el es órgano jurisdiccional.

El dictado del auto de formal prisión constituye una de las formalidades esenciales del procedimiento, por lo que no puede ser válido un proceso si no dicta esta resolución por parte del Juez Penal. En ese orden de ideas, el auto de formal prisión representa el respeto de la libertad del gobernado frente al poder público, significando por ello una serie de derechos fundamentales del individuo, que impiden al mínimo la posibilidad de someterlo al proceso de manera indebida.

Por otra parte, LEOPOLDO DE LA CRUZ AGÜERO, refiere que por auto de formal prisión se entiende a la resolución que como consecuencia de la acción penal ejercitada por el Ministerio Público decreta el órgano jurisdiccional en contra de un sujeto, dentro del término de setenta y dos horas a partir de que fue puesto a su disposición, en cuya resolución interlocutoria se fijan concretamente los elementos del cuerpo del o los delitos y la probable responsabilidad penal del inculpado, ilícitos por los que ha de proseguirse la causa penal, así como la determinación de la situación en que ha de quedar la libertad personal de dicho indiciado⁽⁵⁴⁾.

(54) DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. El Término Constitucional y la Probable Responsabilidad Penal. Ob. Cit. Pág. 174.

III.8.2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN

En cuanto a la naturaleza jurídica del auto de formal prisión, MANCILLA OVANDO⁽⁵⁵⁾ afirma que es un acto de autoridad dentro del proceso penal, que presenta las características siguientes:

a).- Constituye un acto declaratorio del juzgador en el sentido de que existen motivos bastantes para convertir la detención judicial del inculpaado en prisión preventiva.

b).- Que se sujeta a proceso penal al acusado por el delito o los delitos por los cuales ejercitó acción penal el Ministerio Público.

c).- Ordena que se abra el juicio en su período de instrucción y se brinde a las partes el derecho a ofrecer pruebas, para demostrar cada quien la veracidad de sus argumentos.

III.8.3.- REQUISITOS CONSTITUCIONALES DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN

La nueva redacción del artículo 19, de la Constitución Federal, después de sus reformas publicadas en el Diario

Oficial de la Federación del día tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, dispone ahora que:

“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos que acrediten el cuerpo del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste...”

De lo anterior se desprende que para tener validez Constitucional, el auto de formal prisión, debe satisfacer las formalidades y requisitos siguientes:

a).- El auto de formal prisión debe resolver la situación jurídica del inculpaado en términos de la acusación formulada por el Ministerio Público al ejercitar la acción penal y sin que el Juez Penal pueda ir más allá de la pretensión jurídica del órgano de acusación. Lo que significa que el auto de formal prisión que se llegue a dictar debe ser exactamente por el delito cuya petición previamente realizó el Ministerio Público y no podrá dictar esta resolución por otro diverso delito, aunque de autos se encuentre acreditado el *cuerpo del delito* si por el ilícito no se ha ejercitado acción penal, lo que a su vez quiere decir que el Juez no puede rebasar la acusación formulada por el Ministerio Público.

b).- El auto de formal prisión deberá dictarse en un término perentorio de setenta y dos horas, contados a partir del momento en que el indiciado fue puesto

⁽⁵⁵⁾ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Ob. Cit. Pág. 140.

materialmente a disposición del Juez. Esta es una garantía de plazo para la emisión del auto de formal prisión, con la finalidad de evitar detenciones excesivas ante la propia autoridad jurisdiccional, una vez formulada la consignación con detenido por parte del Ministerio Público o ejecutada la orden judicial de captura. La ausencia del auto de formal prisión, por no haberse dictado o por formularse fuera de las setenta y dos horas, producirá la libertad absoluta del inculcado, al concluir las tres horas a que se refiere el propio artículo 19, de la Constitución Federal, cuando preceptúa:

“Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del Juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculcado en libertad”.

El hecho de que se dicte el auto de formal prisión dentro del proceso penal permite al gobernado gozar de las garantías del hombre consagradas en la Constitución Federal, como formalidades esenciales del procedimiento; estas garantías son limitantes a los poderes públicos, por constituir espacios jurídicos de libertad del pueblo de México, a los que no renunció al erigirse en Estado Soberano.

c).- El auto de formal prisión deberá contener: 1.- El delito que se impute al inculcado y sus elementos

constitutivos; 2.- Las circunstancias de ejecución, de tiempo y lugar y; 3.- Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten el *cuerpo del delito* y la probable responsabilidad penal del propio inculcado. Independientemente de que en la fase correspondiente tocó al Ministerio Público analizar estos elementos; el Juez ahora y en esta parte, tiene la obligación ineludible de volver a analizarlos a efecto de estar en condiciones de emitir su resolución de término.

III.8.4.- AMPLIACIÓN DEL TERMINO CONSTITUCIONAL DE LAS SETENTA Y DOS HORAS

A la luz de la adición que se hizo a la fracción VIII, del artículo 20, Apartado A, de la Constitución Federal en mil novecientos noventa y tres, el plazo de las setenta y dos horas que el Juez tiene para resolver la situación jurídica del inculcado puede ser renunciado por éste o su defensor, y en consecuencia pedir su ampliación, siempre que esta petición se encuentre fundada en recabar mayores elementos de prueba que sean tomados en consideración por parte del Juez. La parte relativa adicionada es la siguiente:

“...salvo que solicite mayor plazo para su defensa”.

El resto de la fracción quedó en idénticos términos que la redacción anterior. Ahora bien, consideramos que esta ampliación del término Constitucional de las setenta

y dos horas puede ser concedido por parte del Juez de la causa por otras veinticuatro, treinta y seis o setenta y dos horas más, dependiendo de la naturaleza y el tiempo que se requiera para recabar las pruebas cuyo desahogo solicite el inculpado o su defensor. No olvidemos que esta obligación del Juez de emitir el auto de formal prisión dentro del plazo a que se refiere el artículo 19, que se comenta, constituye un imperativo; por lo que si no se ha solicitado tal ampliación, no puede dejar de hacerlo, pues el Juez no tiene facultades para decretarla de oficio, porque tal prerrogativa sólo la tiene el inculpado o su defensor. Por el contrario y aún cuando el auto de formal prisión debe ser dictado dentro de las setenta y dos horas siguientes, de ninguna manera significa que el Juez pueda dictarla dentro de un plazo perentorio que no permita aportar elementos de prueba para demostrar la inocencia del inculpado respecto de los hechos imputados o que se le deje en estado de indefensión; pues para dictarla, el Juez debe cerciorarse que previamente se hubiere recibido la declaración preparatoria o que exista constancia que el inculpado no quiso hacer uso de este derecho.

Esta ampliación del término Constitucional de las setenta y dos horas se encuentra regulado en el artículo 260, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, cuya redacción a partir de su reforma publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de fecha tres de junio de mil novecientos noventa

y cinco, quedó en idénticos términos que el artículo 161, del Código Federal de Procedimientos Penales, por lo que siguiendo los lineamientos de este último ordenamiento legal, ahora se establece en la parte relativa lo siguiente:

“El plazo a que se refiere el párrafo primero de este artículo podrá ampliarse hasta setenta y dos horas más cuando lo solicite el inculpado, por sí o por su defensor, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el Juez resuelva su situación jurídica. El Ministerio Público no podrá solicitar dicha ampliación ni el Juez la decretará de oficio; el Ministerio Público en este plazo puede, sólo en relación con las pruebas o alegatos que propusiere el inculpado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa. La ampliación del plazo se deberá notificar al alcaide o al Director del Reclusorio respectivo en donde, en su caso, se encuentre internado el inculpado para los efectos a que se refiere el artículo 19 de la Constitución Federal”.

Como se aprecia, esta ampliación sólo puede ser solicitada por el inculpado o su defensor en la diligencia pública de la declaración preparatoria o antes de que concluya el citado término a fin de que el Juez pueda acordar en sus términos la petición. El hecho de que el inculpado se encuentre gozando de su libertad provisional bajo caución, no exime a la autoridad judicial de dictar este auto de formal prisión dentro del referido término.

III.8.5.- EFECTOS QUE PRODUCE EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN

Los efectos que produce el auto de formal prisión se resumen en los siguientes:

a).- **SIRVE DE BASE AL PROCESO:** Significa que el auto de formal prisión, al dejar acreditada la existencia de los elementos que integran la descripción típica del delito respectivo y la probable responsabilidad penal del inculcado, da paso a la iniciación propiamente del proceso penal y al periodo de instrucción.

b).- **FIJA TEMA AL PROCESO:** Quiere decir que el auto de formal prisión fija claramente el delito o los delitos por los cuales se va a seguir tramitando el proceso, con la finalidad de que el sujeto activo del delito tenga conocimiento de ello y pueda seguir planteando su defensa contra los argumentos del Ministerio Público. En otras palabras, esta resolución determina con precisión tanto los hechos que se imputan al inculcado, como el delito que se configura.

c).- **JUSTIFICA LA PRISION PREVENTIVA:** El auto de formal prisión es una garantía que la Constitución consagra en favor del gobernado para justificar la continuación de la privación de su libertad personal; por lo que dictada esta resolución, se inicia la prisión preventiva que va a durar hasta que el Juez dicte la sentencia definitiva de primera instancia. La prisión

preventiva es la medida cautelar más penosa y más dura que se puede imponer a una persona que no ha sido declarada todavía culpable del acto antisocial que se le atribuye, pero que es necesaria frente a la comisión del delito y en atención a las presunciones que surgen de las primeras diligencias practicadas por el Ministerio Público. Este auto de formal prisión declara al inculcado presunto responsable de la comisión del delito que se le atribuye; presunción que admite prueba en contrario dentro del periodo de instrucción. Lo que equivale que el inculcado, quien a partir de este momento deja de serlo para convertirse en procesado, puede demostrar su inocencia contra esa presunción de culpabilidad.

d).- **CUMPLE CON EL TERMINO CONSTITUCIONAL:** La existencia del auto de formal prisión prueba o demuestra el cumplimiento del Juez respecto a la obligación que tiene para resolver sobre la situación jurídica del indiciado dentro de las setenta y dos horas que el artículo 19, de la Constitución Federal le impone como obligación. Esta exigencia se cumple materialmente cuando dicha resolución es notificada a las partes.⁽⁵⁶⁾ Finalmente, el auto de formal prisión debe contener el lugar y hora en que se pronuncia; así como la fecha, la especificación de la persona en contra de quien se dicta y el delito que se atribuye y; el nombre del Juez, el de su secretario y las correspondientes firmas o rúbricas de tales funcionarios.

⁽⁵⁶⁾ QUINTANA VALTIERRA, Jesús y CABRERA MORALES, Alfonso. Manual de Procedimientos Penales. Editorial Trillas. México, 1995. Pág. 64

CAPÍTULO CUARTO

EL PERÍODO DE INSTRUCCIÓN

O B J E T I V O S

- El lector entenderá que el período de instrucción es por excelencia el de pruebas.
- Explicará quiénes son las partes dentro del proceso penal.
- Explicará los medios de prueba en particular que se dan dentro del proceso penal.
- Entenderá y explicará los sistemas de valoración de la prueba existentes.

CAPÍTULO CUARTO EL PERÍODO DE INSTRUCCIÓN

IV.1.- NOCIÓN DE INSTRUCCIÓN

El objeto principal que se persigue mediante la incoacción del proceso penal es definir y precisar la situación jurídica del acusado, justificando su detención a través de un auto de formal prisión y transformándolo de simple detenido a preso o procesado. Con el auto de formal prisión o de sujeción a proceso se inicia el periodo de instrucción, el cuál ha sido definido por innumerables tratadistas de esta disciplina, señalándole diversas características que identifican al proceso civil con el penal. Así por ejemplo, MANZINI, sostiene que: “la instrucción del proceso penal, o sea el conjunto de los actos llevados a cabo por la autoridad judicial o por orden de ella, que se dirige a averiguar si, por quién y cómo se ha cometido un determinado delito, y a adquirir cualquier otro elemento necesario para la comprobación de la verdad, se lleva a cabo tanto antes del debate como en el debate mismo. Pero el primer período se caracteriza principalmente por la búsqueda y la preparación; en cambio, en el debate predomina la actividad de control, de discusión y de juicio. La instrucción anterior al debate tiene la finalidad característica de recoger y seleccionar el material que habrá de servir para el juicio, eliminando todo lo que resulte embarazoso, superfluo o inatendible”.⁽⁵⁷⁾

⁽⁵⁷⁾ MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Traducción de la Tercera edición Italiana por SANTIAGO SENTIS MELENDO Y MARINO AYERRA REDIN. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1953. Pág. 173.

Por su parte, el Maestro PÉREZ PALMA sostiene que la instrucción tiene por objeto confirmar, perfeccionar, corregir, enmendar, anular, ampliar las diligencias de la averiguación previa y particularmente purgar los vicios o defectos que le son propios, como los de unilateralidad, los de falta de defensa, o el secreto de sus actuaciones, mediante los sistemas opuestos, como son la publicidad de las actuaciones, la designación de un defensor, la posibilidad de contradecir las actuaciones o posturas del Ministerio Público. La instrucción es pues, la manera idónea para purificar o corregir los vicios o defectos de que no es posible librar los procedimientos de la averiguación previa. ⁽⁵⁸⁾

CARNELUTTI, por su parte afirma que el fin de la instrucción consiste en procurar a los Tribunales los medios para la solución del litigio y, por tanto, tratándose del proceso jurisdiccional, los medios para la decisión. Tales medios son lógicos y físicos: medios lógicos son las razones; medios físicos son las pruebas. Razones y pruebas no se encuentran en el mismo plano; las pruebas, en efecto, sirven para fundar las razones; éstas son pues, elementos inmediatos y aquellos, elementos mediatos de la decisión. Las pruebas son personas o cosas que el Juez observa para derivar de ellas el conocimiento del litigio y de la ley o, mejor, de los hechos y de las normas jurídicas que se refieren al litigio. La instrucción sirve,

⁽⁵⁸⁾ PÉREZ PALMA, Rafael. Ob. Cit. Pág. 348.

por lo tanto, en primer lugar, para hacer conocer al Juez cómo es el litigio y cómo es la ley. ⁽⁵⁹⁾

Por nuestra parte, la instrucción es el trámite, curso o formalización del proceso ante el Juez, con el objeto de reunir pruebas, citando y oyendo a las partes; practicando cuantas diligencias y actuaciones sean necesarias para que pueda resolverse o fallarse acerca del asunto. Esta instrucción comprende todas las actuaciones posteriores al auto de formal prisión o de sujeción a proceso, hasta el auto que declara cerrada la instrucción. El procesado durante la instrucción goza de la mayor libertad para aportar pruebas en su defensa, sólo limitada por la exigencia Constitucional relativa a la duración de los procesos. La instrucción se caracteriza, entonces, por ser un periodo de ofrecimiento y desahogo de pruebas que las partes promuevan ante el Juez.

V.2.- DURACION DEL PERÍODO DE INSTRUCCIÓN

El período de instrucción es por excelencia, el período de pruebas dentro del proceso penal; es en donde las partes podrán aportar todas aquellas pruebas que sean convenientes para ilustrar al Juez para que, llegado el momento, dicte una sentencia de acuerdo al interés que cada cual representa. El hecho que sostengamos lo anterior, no significa de ninguna manera que con

Citado por PALLARES, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 428

antelación y ante un Juez no se hubiere podido ofrecer pruebas, pues en el período preprocesal que acabamos de analizar, también pudieron haberlo hecho; pero definitivamente, el período de instrucción es lo que en el proceso civil, el período o término probatorio. Además, en este período de instrucción, las partes tienen un espacio de tiempo bastante considerable, lo que no acontece en el período preprocesal.

Este período de instrucción que da inicio una vez que se ha dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, tiene una duración conforme a los criterios siguientes:

a).- Primeramente y de acuerdo con la fracción VIII, del apartado A, del artículo 20, de la Constitución General de la República, el sujeto activo del delito:

“Será juzgado antes de cuatro meses si se tratara de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediese de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa”.

De esta transcripción se desprende que nuestra norma fundamental señala dos plazos de duración para el período de instrucción del proceso penal; el de cuatro meses y el de un año que tiene el Juez para dictar la sentencia definitiva de Primera Instancia, dependiendo de la penalidad aplicable para el delito de que se trate; salvo que el procesado solicite mayor plazo para su

defensa. En cuanto a esta última parte, entendemos que esta solicitud de ampliación del plazo para el período de instrucción puede darse en forma tácita, es decir, que por el simple hecho de promover y ofrecer pruebas, se tendrá por entendido que se requerirá de mayor plazo, sin que sea necesario hacer una petición expresa de tal ampliación.

b).- Por otra parte, el artículo 224, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, establece también dos plazos de duración para el período de instrucción cuando preceptua:

“La instrucción deberá terminarse en el menor tiempo posible. Cuando exista auto de formal prisión y el delito tenga señalada una pena máxima que exceda de dos años de prisión, se terminará dentro de diez meses; si la pena máxima es de dos años de prisión o menor, o hubiere dictado auto de sujeción a proceso, la instrucción deberá terminarse dentro de tres meses. Los plazos a que se refiere este artículo se contarán a partir de la fecha del auto de formal prisión o del de sujeción a proceso, en su caso...”

Así las cosas y aún cuando nuestra ley secundaria acorta los plazos de duración del período de instrucción en beneficio de los procesados, lo cierto es que en la práctica difícilmente se va a cumplir con dichos plazos. En efecto, revisemos las estadísticas de los centros de reclusión o modernamente llamados centros de readaptación social, y nos daremos cuenta que existen muchas personas privadas de su libertad con un proceso

en período de instrucción y que llevan presos dos años o más, por lo que el número de procesados es mucho mayor que el de sentenciados; con lo que queda evidenciado el gran número de indefinición jurídica de los justificables que en mala hora tuvieron que delinquir.

Por esa misma razón, uno de los grandes problemas de la justicia penal es la tramitación lenta y tediosa del proceso y, por consiguiente, se contribuye a que la resolución justiciera llegue tarde cuando ya se han consumado males irreparables en contra del gobernado que ha estado en prisión preventiva por más tiempo del que legalmente debía estar.

Los dos plazos anteriores se refieren a la duración del período de instrucción dentro del proceso penal ordinario, pues el proceso sumario tiene otro plazo de duración, como enseguida veremos.

IV.3.- EL PROCESO PENAL SUMARIO

Para aliviar en algo la lentitud en la impartición de justicia y remediar algunos males en el desarrollo del proceso penal se han ideado diversas medidas, entre las cuales encontramos a la libertad provisional bajo caución, aunque ésta no acorta el procedimiento penal, a la libertad bajo protesta y al proceso sumario, entre otras medidas sustitutivas de la odiosa, pero necesaria prisión preventiva.

Los procesos sumarios son juicios relativamente rápidos, cuando ello es posible, pero sin alterar o eliminar las garantías procesales que la Constitución Federal consagra en favor del procesado. A este respecto, el Doctor GARCÍA RAMÍREZ sostiene que: "Uno de los más importantes avances en el procedimiento penal mexicano durante los últimos tiempos ha sido la introducción del juicio sumario, que pretende ganar en celeridad sin perder en garantías, cuando aquéllo resulta posible en virtud de las características del caso. Por eso el proceso sumario tiene especial aplicación y justificación cuando es fácil y accesible la prueba de los hechos y de la responsabilidad del justiciable, como ocurre en varias de sus hipótesis, aunque no en todas. Los procesos sumarios han evolucionado, en general, aunque de cuando en cuando hayan resentido tropiezos y retrocesos".⁽⁶⁰⁾

Entendemos que con esta clase de procesos se pretende que los procesados estén privados de su libertad el menor tiempo posible sujetos a prisión preventiva, cuando el proceso se instruye por delitos con penalidad relativamente cortos de prisión o alternativas. De esta forma, los artículos 466, 467 y 468, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, regula el otorgamiento de este beneficio, sujetándolo a las condiciones siguientes:

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. Ob. Cit. Pág. 13.

a).- Que se trate de delitos que merezcan una pena que no exceda de cinco años de prisión.

b).- Que se trate de un delito sancionado únicamente con multa, caución de no ofender o cualquier otra medida que no sea privativa de libertad.

El beneficio de que se trata consiste en que una vez dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, se concluya sumariamente el proceso penal, para el efecto de que la sentencia definitiva sea dictada dentro de los treinta días siguientes, o bien, a que se suspenda la ejecución de la sentencia condenatoria y el activo obtenga su libertad, siempre que garantice el pago de la reparación del daño. Se aclara en los preceptos legales citados, que este beneficio no procederá tratándose de delitos de carácter sexual. Por supuesto que antes del dictado de la sentencia, deberá llevarse a cabo la audiencia final, en la que en forma verbal el Ministerio Público formulará sus conclusiones y si fueran acusatorias, en ese mismo acto el Juez dará vista al acusado y defensor para que las contesten en la misma audiencia; hecho lo anterior, el Juez declarará visto el asunto y citará a las partes para que se notifiquen de la sentencia que al efecto se llegare a pronunciar.

Por otra parte, los procedimientos sumarios tienen diversos antecedentes, pero su más importante y moderna aparición fue en el Código de Procedimientos

Penales para el Distrito Federal en el año de mil novecientos setenta y uno. Se desarrolló notablemente en mil novecientos ochenta y tres, en el mismo ordenamiento y en el Código Federal de Procedimientos Penales. Su más reciente reforma en el último ordenamiento legal data de mil novecientos noventa y tres y actualmente, el artículo 152, preve tres hipótesis de procedencia de la vía sumaria, vía corta en comparación con la ordinaria que es la común, pero más dilatada:

a).- La primera hipótesis establece que procederá esta vía en los casos de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión, sea o no alternativa, o la aplicable no sea privativa de libertad, supuesto en el cuál, de oficio resolverá el Juez sobre la procedencia del beneficio al momento de dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso; debiendo quedar cerrada la instrucción en quince días y hecho que sea, deberá citar a la audiencia final a que se refiere el artículo 307, del propio Código Federal de Procedimientos Penales.

b).- Una segunda hipótesis establece que cuando la pena exceda de dos años de prisión o sea alternativa, de oficio el Juez resolverá sobre la apertura del procedimiento sumario al momento de dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, procurando que la instrucción quede cerrada dentro del plazo de treinta días, siempre y cuando se trate de delito flagrante; que existe confesión del imputado, rendida ante el Ministerio

Público o el Juez y; que no exceda de cinco años el término medio aritmético de la pena de prisión aplicable, o que excediendo sea alternativa. Una vez cerrada la instrucción, el Juez deberá citar a las partes a la audiencia final.

c).- La tercera hipótesis hace referencia a que las partes se conformen con el auto de formal prisión o de sujeción a proceso en el momento de su notificación, como requisito de procedencia de este beneficio del proceso sumario, manifiesten además no tener más pruebas que aportar y el Juez no estime necesaria la práctica de otras diligencias; debiendo citar a la audiencia final. En todo caso, el inculcado podrá optar por el procedimiento sumario dentro de los tres días siguientes a la notificación del aludido auto de término Constitucional.

Como se aprecia, dentro del proceso penal federal se ofrecen mayores prerrogativas para la adopción del procedimiento sumario en beneficio de los procesados, dándole mayor celeridad a la tramitación de su causa. La aceptación del auto de formal prisión o del de sujeción a proceso, a la que se agrega el desinterés de las partes en presentar más pruebas, allana el camino para que el Juez pueda dictar la sentencia definitiva de Primera Instancia. Pero además, el Juez puede impedir la sumariedad, no obstante la voluntad de las partes, cuando estime necesario practicar determinadas

diligencias, aunque aquellas no las propongan. En efecto, el Juez Penal no es un instrumento inerte sujeto a lo que las partes prueben o aleguen, pues debe buscar la verdad material y hacer justicia.⁽⁶¹⁾

Finalmente, el artículo 307, del citado Código Federal de Procedimientos Penales, establece que en la audiencia final se formularán en forma verbal las conclusiones del Ministerio Público, contestándolas a continuación la defensa en la misma forma o en la que convenga a los intereses de su representado y el Juez pronunciará la sentencia en la misma audiencia o dentro de los cinco días siguientes.⁽⁶²⁾

IV.4.- LOS SUJETOS DE LA RELACION PROCESAL

En la relación procesal penal intervienen siempre y necesariamente determinados sujetos, entre los que se distinguen a los principales o directos y secundarios, accesorios o indirectos.

Los sujetos principales o directos de la relación procesal penal son personas que deben intervenir en esa relación, o sea, aquéllos a quienes la ley reconoce públicas potestades o derechos subjetivos de disposición del contenido formal del proceso por un interés de

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Sistema Penal Mexicano. Ob. Cit. Pág. 132. *Ibidem.*

Derecho Penal. Son aquéllos sujetos que con un acto de voluntad pueden determinar directamente el inicio, la interrupción, la reanudación, la abreviación o prolongación del proceso; así como la acumulación o separación de los procesos; la recepción y desahogo de pruebas, etc. ⁽⁶³⁾

Tienen el carácter de sujetos principales o directos el Juez, el Ministerio Público, el imputado y el defensor.

Los sujetos secundarios, accesorios o indirectos de la relación procesal penal son personas que pueden intervenir en esa misma relación por un interés exclusivamente civil. Asimismo, tienen ese mismo carácter aquellos que no tienen interés directo alguno respecto al fondo del asunto y que su intervención puede ser de interés para el impulso del proceso, aunque su intervención no es siempre necesaria ni esencial, pudiendo ser potestativa en algunos casos.

Tienen el carácter de sujetos secundarios o indirectos de la relación procesal penal los sujetos siguientes:

a).- La parte ofendida cuando demanda el pago de la reparación del daño proveniente del delito, dentro del incidente respectivo.

b).- El responsable solidario con el procesado, en términos del artículo 32, del Código Penal del Estado de Oaxaca.

⁽⁶³⁾ MANZINI, Vincenzo. Ob. Cit. Pág 4.

c).- Tienen ese mismo carácter los testigos, peritos, intérpretes, Policía Ministerial, etc., que de alguna manera intervienen dentro del proceso.

IV.4.1.- PARTES EN EL PROCESO PENAL

Parte, es la persona que deduce la cosa en juicio y aquél contra quien se deduce la cosa en juicio. ⁽⁶⁴⁾ De donde tenemos que sólo son partes dentro del proceso penal el Ministerio Público y el imputado, fuera de ellos ninguna otra persona o Institución puede tener tal carácter; pues la contienda sólo se va a dar entre esas dos personas. Se ha discutido mucho respecto a que si el defensor debe o no ser considerado como parte dentro del proceso; nosotros concluimos que debido al papel que desempeña como representante legal del imputado y que en eso radica su interés, queda subsumida su participación como parte en la persona de dicho imputado. En cuanto al Ministerio Público, el hecho de que no tenga un interés propio que defender en el proceso, no le hace perder su calidad de parte, porque la esencia de ésta no encuentra su basamento en los intereses particulares o colectivos del Representante Social, oponibles o no a los del inculpado, sino que el fundamento de ser parte se halla en la posición y categoría especial que asume en el proceso, así como en el flujo de su actuación o inactividad que puede tener consecuencias en el desenvolvimiento de la instancia.

⁽⁶⁴⁾ MANZINI, Vincenzo. Ob. Cit. Pág. 5

En el anterior sentido pues, parte es aquella persona cuya actividad sujeta a la ley, se encamina hacia la obtención de una serie de resoluciones judiciales para satisfacer un interés en conflicto con su contraparte; aunque no siempre se satisfaga ese interés.

Por otra parte y antes de su reforma del día tres de junio de mil novecientos noventa y cinco, el segundo párrafo del artículo 133, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca, disponía que:

“Para los efectos de este artículo, se entenderá que son partes de un proceso, el acusado y el Ministerio Público. La persona ofendida no es parte en el procedimiento, pero podrá proporcionar al Ministerio Público, por sí o por apoderado, todos los datos que tenga y que conduzcan a comprobar la existencia del delito que se persigue, la responsabilidad del inculpado y la procedencia y monto de la reparación del daño...”

IV.5.- LA PRISION PREVENTIVA

La prisión preventiva es el estado de privación de la libertad personal impuesta al procesado por orden de un Juez competente, durante la tramitación del proceso penal y siempre que se le atribuya la comisión de un delito reprimido con pena privativa de libertad, para asegurar el fiel ejercicio de la función represiva del Estado.

Refiere MARCO ANTONIO DIAZ DE LEON que la prisión preventiva es una medida cautelar que tiene por objeto asegurar el resultado condenatorio del proceso

penal, mediante la privación de la libertad del inculpado durante la tramitación de la instancia. Su justificación no deriva solo de la circunstancia de que, ha virtud de estar acreditado el *cuerpo del delito* y la presunta responsabilidad del inculpado, desde el inicio del proceso hasta que se dicta sentencia, debe soportar dicho inculpado las consecuencias procesales de su aparente conducta delictiva; tampoco encuentra su fundamento únicamente en la idea de no regresar a la sociedad al supuesto infractor, mientras se le juzga, para que no cometa más delitos, sino que, además de lo anterior, se le considera de utilidad a la justicia porque el objeto del proceso, teniéndose como tal en este caso al imputado, normalmente tiende a desaparecer del escenario procesal dada la naturaleza del hombre, y es evidente que en tales casos, independientemente de la suspensión indefinida del proceso, nunca se llegaría a la sentencia condenatoria por lo que ésta resultaría prácticamente inejecutable. ⁽⁶⁵⁾

El fundamento de esta prisión preventiva se encuentra consagrado en el artículo 18, de la Constitución Federal, que la justifica en los términos siguientes:

“Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva...”

Esta disposición Constitucional justifica la privación de la libertad del gobernado cuando se presume que ha

⁶⁵ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. 4g. 1762.

cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad. Ha sido superada la polémica respecto a lo que debe entenderse por pena corporal a que se refiere la disposición Constitucional en cita, pues la doctrina reinante ha delimitado y resuelto el problema, ubicándolo en su adecuada dimensión; consecuentemente, cuando se hace alusión a la pena corporal, la Constitución se está refiriendo a la pena privativa de libertad.

En ese sentido pues, y una vez cometido el delito, surge de inmediato la actividad del Ministerio Público, quien previa las formalidades legales, sujeta al presunto responsable bajo su custodia. En ese momento empieza la privación de la libertad del gobernado ante el Ministerio Público, detención que durante la integración de la averiguación previa recibe el nombre de retención ministerial; por lo que una vez ejercitada la acción penal y puesto el detenido a su disposición, el Juez le decretará su detención judicial para justificar que continúe detenido hasta en tanto se resuelve sobre su situación jurídica; lapso durante el cual, el inculpado estará, entonces, bajo los efectos de la detención judicial. Es con el auto de formal prisión cuando empieza la prisión preventiva del imputado, la cual durará hasta que se dicte la sentencia definitiva; debiéndose recluir a la persona en un establecimiento destinado para ello, con las garantías mínimas de seguridad y comodidad.

La exigencia para privar de la libertad a un presunto responsable y mantenerlo en lugar seguro, deriva de un interés elemental de orden público, que consiste en que el individuo a quien fundadamente se presume autor de un delito, sea segregado del medio social tanto para evitar que su libre actividad pueda resultar peligrosa, como para facilitar al representante de la sociedad el acopio de pruebas que permitan el esclarecimiento de la verdad, situación que sería de difícil cumplimiento si el acusado estuviere libre. Terminada pues la averiguación previa y comprobada la presunta responsabilidad del imputado, debe ser entregado a la autoridad judicial, exigiendo a esta lo mantenga en un lugar seguro y adecuado. Por lo que una vez dictado el auto de formal prisión, inicia la prisión preventiva del procesado, quien queda sujeto al proceso penal y totalmente bajo la responsabilidad del Juez que debe instruir dicho proceso.

Tenemos de esta manera claramente delimitada la forma en que actúa el Estado cuando ocurre el hecho antisocial, en que el sujeto imputado queda sujeto a los mecanismos que el propio Estado ha predispuesto y que habrán de servir para resolver acerca de la necesidad y naturaleza de la medida que debe aplicarse como consecuencia del delito cometido. Esto, como tiene que ser, es algo que ocurre en el tiempo, y mientras llega ese momento final de la decisión, el gobernado va a estar privado de su libertad bajo los efectos de la prisión preventiva, sustentado en un auto de formal prisión.

Cabe la posibilidad de que tal decisión final sea en el sentido de que el sujeto es inocente o que el hecho realizado no era en realidad delictuoso, y sin embargo, ya la prisión preventiva se ha sufrido sin reparabilidad alguna, dada la naturaleza del bien que se afecta, que es la libertad personal menoscabada. En respuesta a esta irreparabilidad que produce la prisión preventiva, muchas voces se han alzado para pedir su desaparición; sin embargo y hasta nuestros días no se ha inventado todavía otra forma menos perjudicial para asegurar al individuo y hacer posible la función punitiva que le ha sido encomendada al Estado.

Se ha sostenido también que la prisión preventiva tiene un contenido idéntico al de la prisión como pena privativa de libertad, y aún cuando formalmente no es una pena, materialmente si lo es, hasta el punto de computarse su duración para abonarla y deducirla del tiempo que se dicte en la sentencia condenatoria.

Esta Institución de la prisión preventiva, prevista y organizada actualmente por la casi totalidad de las legislaciones del mundo, reviste cuatro caracteres esenciales que conviene precisar:

1.- Se trata de una medida precautoria privativa de la libertad personal;

2.- Sólo debe imponerse de manera excepcional;

3.- Debe encontrarse fundada en un mandato de autoridad judicial competente y;

4.- Que es temporal y transitoria, pues debe desaparecer una vez que el Juez ha pronunciado la sentencia definitiva.

Al mismo tiempo, se acusa a la prisión preventiva de:

a).- Ser tan estigmatizante como la pena de prisión propiamente dicha;

b).- No permitir la labor resocializadora, ya que jurídicamente está vedada cualquier intervención sobre la persona no condenada;

c).- Someter a los individuos al régimen de vida de los establecimientos cerrados que, en principio, se reserva a los delincuentes más peligrosos y;

d).- Aumentar la población reclusa, con las consecuencias de hacinamiento, mayores costos, más personal de vigilancia, etc. ⁽⁶⁶⁾

(66) FERNANDEZ MUÑOZ, Dolores Eugenia. La Prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla, Editado por la UNAM. México, 1993. Pág. 98.

IV.6.- LAS PRUEBAS DURANTE EL PERÍODO DE INSTRUCCIÓN

Si el procedimiento es indispensable para la aplicación de la ley, la prueba es, a no dudarlo, el punto capital y atendible del procedimiento. Esta verdad, reconocida como axioma de la ciencia, se hace aún más ostensible en materia penal, pues la sentencia que ha de poner fin al proceso y que ha de versar sobre la verdad de los hechos materia de la acusación, tiene por base la prueba. Suministrar las pruebas tendientes a comprobar el *cuero del delito* y la probable responsabilidad penal del acusado, es la misión que corresponde al Ministerio Público. En cuanto al acusado, él se esforzará por hacer venir a tierra el cúmulo de las pruebas contrarias y presentará aquellas para demostrar su inocencia o para atenuar su culpabilidad en el último de los casos. Por esa razón, no es posible concebir un proceso penal sin la existencia de la prueba.

Bajo esta perspectiva, cuando un individuo aparece como autor de un determinado hecho que la ley señala como delito y atribuyéndole consecuencias aflictivas, y siempre que se trate de hacer aplicación de ellas, la condena que ha de recaer descansa en la certeza de los hechos, en la convicción producida en la conciencia del Juez, dándole el nombre de prueba a la suma de los motivos que producen esta certeza. En el momento en que se examinan estos motivos, se efectúa en el ánimo

del Juez una operación similar a la que tiene lugar en todo hombre, que procura convencerse de la verdad de ciertos hechos. En la certeza adquirida o por lo menos en probabilidades del más alto grado descansa el proceso penal. En esta investigación de la verdad, el espíritu humano puede compararse a una balanza puesta en movimiento por circunstancias externas, y por las impresiones que del mundo exterior recibe el hombre en quien residen siempre las fuerzas necesarias para pensar los hechos. ⁽⁶⁷⁾

El origen de la prueba estriba en un hecho que ha pasado fuera de la conciencia del Juez, y su efecto en las relaciones que se establecen por medio del pensamiento entre este hecho y el que se ha de demostrar. Así es como nos sorprende la conducta de un acusado que, procurando justificarse, emplea medios que no son los de la inocencia; entonces queremos explicar esta conducta por la confusión de una conciencia culpable y llegamos a creer que ha cometido un delito cuyas consecuencias se esfuerza en desviar. ⁽⁶⁸⁾

Las pruebas sirven para volver atrás, es decir, para reconstruir la historia a favor de la verdad que se busca, con el objeto de que el juez esté en la aptitud de dictar una sentencia apegada a la realidad.

⁽⁶⁷⁾ MITTERMAIER, C.J.A. Tratado de la Prueba en Materia Criminal. Cuarta edición. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, España, 1893. Pág.150.

⁽⁶⁸⁾ *Ibíd.*

A decir de PÉREZ PALMA, en materia penal, las cuestiones relativas a la prueba, son de máxima importancia, pues al tenerse la noticia de la comisión de un delito, el órgano investigador entra en actividad en busca de elementos probatorios para acreditar el *cuero del delito* que se trate y el descubrimiento del presunto responsable; por lo que el Ministerio Público, al formular su acusación inicial, lo hace fundado en las presunciones que derivan de los primeros elementos de prueba encontrados y; el Juez, para resolver sobre la formal prisión o soltura del indiciado deberá examinar esas presunciones; luego, durante la instrucción, la parte acusadora tratará de reforzar esas presunciones iniciales para convertirlas en convicción plena. Por su parte el acusado y su defensor, por el contrario, buscarán desvirtuar las pruebas aportadas por el Ministerio Público. Finalmente, en la sentencia, el Juez debe hacer la valoración de los elementos de prueba aportados, con miras a la absolución o a la condena. El proceso penal, entonces, gira en torno a las pruebas. ⁽⁶⁹⁾

IV.6.1.- NOCIÓN DE PRUEBA

La prueba es aquella actividad que desarrollan las partes junto con el Tribunal dentro del proceso con la finalidad de adquirir el conocimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica. La prueba es el instrumento procesal más relevante para determinar

⁽⁶⁹⁾ PÉREZ PALMA, Rafael. Ob. Cit. Pág. 187.

los hechos para influir en el ánimo del juzgador para que dicte una sentencia de acuerdo a ciertos intereses y dependiendo del grado de convicción que las pruebas aportadas produzcan.

Probar es producir un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas respecto de la existencia o inexistencia de un hecho, o de la verdad o falsedad de una proposición. También puede decirse que probar es evidenciar algo, esto es, lograr que nuestra mente lo perciba con la misma claridad con que los ojos ven las cosas materiales. Aunque los términos probar y demostrar son sinónimos, con más frecuencia se usa la palabra demostrar para referirse a la actividad que tiene como fin o propósito descubrir la falsedad o verdad de una proposición. La prueba de los hechos concierne principalmente a las ciencias experimentales, mientras que la demostración predomina en las ciencias deductivas y en la filosofía. No pocos Jurisconsultos definen a la acción de probar como la actividad mental, que partiendo de un hecho o verdad conocido, nos permita conocer otro desconocido. El sustantivo prueba se refiere al medio o instrumento de que se sirve el hombre para evidenciar la verdad o la falsedad de una proposición, la existencia o inexistencia de algo. ⁽⁷⁰⁾

FLORIAN señala que en el lenguaje jurídico, la palabra prueba tiene varios significados: Por una parte, se

⁽⁷⁰⁾ PALLARES, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 662.

da este nombre a todo aquello que sirve para proporcionar una convicción sobre la certeza del hecho, es decir, que la palabra denota el medio probatorio empleado, como cuando se dice prueba documental, prueba pericial, o confesional. Otras veces comprende el conjunto de los motivos que obran en el espíritu del Juez para concluir que son reales y efectivos los hechos que ante él se han alegado, como generadores del derecho que está llamado a declarar.⁽⁷¹⁾

Se puede afirmar que las pruebas en cualquier materia sirven para volver atrás, es decir, para reconstruir la historia. En ese sentido el trabajo del historiador es ese precisamente para suministrar al Juez los elementos necesarios para la decisión final.

Afirma el jurista ÁNGEL MARTÍNEZ PINEDA⁽⁷²⁾ que la prueba es examen y actitud, argumento y demostración, operación mental que confirma y justifica, razonamiento que funda la verdad de una proposición que exige la evidencia que el teorema reclama y necesita. La prueba es esencialmente indestructible, jurídicamente necesaria, axiológicamente soberana y sociológicamente exigible. En efecto:

a).- Es esencialmente indestructible la prueba, porque se funda en premisas que dan firmeza y solidez al

⁽⁷¹⁾ Citado por PÉREZ PALMA, Rafael. Ob. Cit. Pág. 188.

⁽⁷²⁾ MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. Filosofía Jurídica de la Prueba. Editorial Porrúa. México, 1995. Pág. 6.

silogismo, al manejarse con maestría el argumento y disparar certeramente las baterías de la fuerza dialéctica.

b).- Es jurídicamente necesaria la prueba, porque es absolutamente imprescindible para fundar un derecho exigible en la controversia procesal y para decretar la responsabilidad o inocencia del imputado.

c).- Es axiológicamente soberana la prueba, porque es plenitud decisoria, es estimativa jurídica y es valoración, con aporte filosófico en su estructura que siempre fortalece en la reflexión.

d).- Es sociológicamente exigible la prueba, por el constante e indeclinable empeño de la sociedad por la realización de la justicia, tanto en la absolucón como en la condena.⁽⁷³⁾

El mismo autor sigue diciendo que: “La prueba es un tema específicamente procesal, con causalidad jurídica y consecuencia también jurídica, de afirmación concluyente y fuerza vinculatoria. La prueba es premisa de demostración, apta para derivar conclusiones, mediante procedimientos esencialmente silogísticos con encadenamiento lógico de unas proposiciones a otras a fin de llegar a la precisión, a la claridad y correspondencia de pensamiento. Para lograrlo, exige curiosidad, técnica, sagacidad, atención, imparcialidad, probidad y disposi-

⁽⁷³⁾ MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. Ob. Cit. Pág. 13.

ción perseverante. La prueba es importantísima en el mundo procesal, tiene proyecciones vivas y directas para la realización de la justicia que debe impartir el Juez con fina sensibilidad jurídica y que se somete a las exigencias de la razón, a fin de satisfacer a una sociedad sedienta de paz y concordia.⁽⁷⁴⁾

IV.6.2.- ELEMENTOS DE LA PRUEBA

Dentro de la prueba encontramos tres elementos a saber: el objeto, el órgano y el medio de prueba. Precisemos cada uno de estos conceptos.

a).- EL OBJETO DE PRUEBA: Según DEVIS ECHANDIA,⁽⁷⁵⁾ por objeto debe entenderse lo que puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba en abstracto y sin alusiones particulares a cierto proceso. El objeto es lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, como son los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión planteada para constituir el presupuesto del conocimiento judicial; es también noción objetiva, porque no se considera la parte que deba suministrar los datos de la prueba, sino en general el panorama probatorio del proceso, aunque concreta porque recae sobre los hechos determinados.

⁽⁷⁴⁾ MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. Ob. Cit. Pág. 12.

⁽⁷⁵⁾ Citado por BRISEÑO SIERRA, Humberto. Ob. Cit. Pág. 1265.

RIVERA SILVA⁽⁷⁶⁾ sostiene que el objeto de la prueba es lo que hay que averiguar en el proceso. El objeto de prueba, según este autor, cambia con la mutación del pulso histórico y así, a una nueva apreciación de los temas fundamentales del Derecho Penal, corresponde un nuevo objeto de prueba. Asimismo y para que el objeto de prueba se pueda estimar como tal en el proceso, debe contener algo que se relacione con la verdad buscada en el proceso; esto obliga a arribar que un requisito esencial del objeto de prueba es la pertinencia. Por pertinencia se quiere indicar la calidad consistente en que lo que se trata de probar tenga alguna relación con lo que en el proceso se quiere saber. Por ejemplo, la demostración del proceder de una persona ajena a un proceso, no puede ser prueba de éste.

Por su parte, ARILLA BAS, afirma que: "El objeto de la prueba es el tema a probar en el proceso. El objeto de prueba comprende todos los elementos del delito, tanto objetivos como subjetivos. Estos últimos refractarios naturalmente a la prueba directa, se infieren por inducción o deducción."⁽⁷⁷⁾

De lo anterior tenemos que el objeto de la prueba dentro del proceso penal es todo lo que se debe averiguar para llegar al conocimiento de la verdad que se busca.

⁽⁷⁶⁾ RIVERA SILVA, Manuel. Ob. Cit. Pág. 207.

⁽⁷⁷⁾ ARILLA BAS, Fernando. El Procedimiento Penal en México. Decimoquinta edición. Editorial Kratos. México, 1993. Pág. 99.

Dentro del objeto de la prueba se comprende a la conducta o hecho tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo. Por tanto, son objeto de la prueba la conducta o el hecho, las personas, las cosas, los lugares, cuya finalidad es la demostración del delito, con sus circunstancias y modalidades, la personalidad del delincuente, el grado de responsabilidad y el daño producido.

Para resolver el problema relativo al objeto de prueba dentro del proceso penal, se han planteado las interrogantes siguientes: ¿Qué se prueba? y ¿Qué se puede probar?. Por lo que en ese sentido, la respuesta será: Se prueban los hechos controvertidos; los hechos materia de la litis o sobre los que se centra el conflicto de intereses.

b).- EL ORGANISMO DE PRUEBA: Siguiendo el criterio de ARILLA BAS, diremos que el órgano de prueba es la persona física que proporciona al titular del órgano jurisdiccional el conocimiento del objeto de prueba. Esta noción excluye la posibilidad de considerar al Juez como órgano de prueba, pues por su propia naturaleza no puede serlo, en acatamiento al dogma de que no se puede ser Juez y parte dentro de un proceso.

Los restantes sujetos de la relación procesal, con excepción del Ministerio Público, pueden ser órganos de prueba; el imputado, por ejemplo puede ser órgano de la prueba de confesión.

Los órganos de prueba son propios de los medios indirectos y personales; por ejemplo, la confesión, la testimonial y la pericial, son pruebas que se desahogan por medio de personas físicas.

c).- EL MEDIO DE PRUEBA: El medio de prueba se identifica con la prueba misma, es decir, el medio de prueba está constituido por los diversos elementos que sirven para demostrar la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos dentro del proceso penal. El medio de prueba pues, es el modo o acto por medio del cual se lleva el conocimiento verdadero de un objeto. Este medio constituye el puente que une al objeto por conocer con el sujeto cognoscente. En el Derecho Procesal Penal, los sujetos que tratan de conocer la verdad son el Juez y las partes; el Juez en cuanto es a quien hay que ilustrar para que pueda cumplir con su función decisoria, e indirectamente a las partes en virtud de que se ilustran con las pruebas del proceso para sostener la posición que les corresponde.⁽⁷⁸⁾ Así por ejemplo, podemos hablar de prueba testimonial, documental, pericial, etc., como medios de prueba.

HUGO ALSINA⁽⁷⁹⁾ precisa que los medios de prueba son los instrumentos, cosas o circunstancias en los que el Juez encuentra los motivos de su convicción. Habitualmente se confunden ambos conceptos y se

⁽⁷⁸⁾ RIVERA SILVA, Manuel. Ob. Cit. Pág. 192.

⁽⁷⁹⁾ Citado por BRISEÑO SIERRA, Humberto. Ob. Cit. Pág. 1295.

habla de prueba de testigos y de confesión, cuando que la prueba resulta de la manifestación del testigo o del que confiesa. Los medios de prueba se pueden clasificar por el punto de vista que se les considera. Algunos se crean por las partes en el momento de la celebración de la relación jurídica, para consignar sus modalidades en la eventualidad de un litigio o con motivo de la comisión de un ilícito, y por eso se les llama preconstituidos, como los instrumentos públicos o privados; otros surgen después de producido el hecho y se les llama circunstanciales, como los testigos y los indicios. Unos permiten al Juez formar su convicción por la observación propia, lo que constituye la prueba directa, como el reconocimiento judicial; en otros casos, el conocimiento se forma a través de terceros, como en la testimonial, de la que se dice es prueba indirecta. Se llama prueba plena a aquella que demuestra sin dejar dudas sobre la existencia de un hecho, y semiplena cuando de ella surge únicamente la posibilidad de su existencia. Es simple la prueba cuando por sí constituya prueba suficiente como la confesión; es compuesta cuando resulta de la reunión de diversos medios, y ésta es la situación normal, pues es raro el caso en que el Juez forme su convicción sobre la prueba única, lo que tampoco es posible en materia penal, por disposición de la Constitución Federal, al imponer la exigencia de que existan datos suficientes que acredite el *cuero del delito* y la probable responsabilidad del indiciado.

IV.6.3.- CARGA DE LA PRUEBA

Existe un principio general de la prueba por todos conocido que reza: “Quien afirma está obligado a probar”. Este principio que a simple vista resulta lógico y congruente, sólo tiene aplicación en el proceso civil y en otros procesos, empero no resulta aplicable dentro del proceso penal, pues en este no existe carga de la prueba por cuanto a que nadie en particular está obligado a aportar determinadas pruebas para acreditar ciertos hechos, pero todos estamos obligados a ayudar al esclarecimiento de la verdad histórica que se busca, aún cuando no se sea parte dentro del proceso. En efecto, la búsqueda de la verdad en materia penal es independiente de quien afirme pruebe o no su aseveración, puesto que además, la ley impone al juzgador penal la actuación de oficio para recabar medios de prueba en tratándose de la suplencia de la deficiencia en la defensa del encausado. En ese sentido, el propósito fundamental del proceso penal es el de hacer justicia mediante el descubrimiento de la verdad material e histórica de los acontecimientos que culminaron con el delito; que el descubrimiento de esa verdad lo realice el Ministerio Público o el Juez, es aspecto secundario que carece de importancia, puesto que lo esencial es el conocimiento de esa verdad, con miras a la justicia, justicia para la sociedad ofendida y justicia para el sospechoso a quien se procesa.⁽⁸⁰⁾

⁽⁸⁰⁾ PÉREZ PALMA, Rafael. Ob. Cit. Pág. 193.

Sin embargo, debemos volver nuestra atención a la figura del órgano jurisdiccional como Juez y parte, tradición de los antiguos Tribunales españoles y de la Santa Inquisición, y evitar que el Juez se convierta en un investigador del delito, que es función primordial del Ministerio Público y que cuando la ley ordena practicar diligencias de manera oficiosa, sólo se lleven a cabo éstas en beneficio del imputado, pero no para suplir las deficiencias en que pudiera incurrir la institución encargada de llevar la acusación.

IV.6.4.- VERDAD Y CERTEZA

Una vez que el Juez ha examinado el contenido de la ley y de todo lo actuado dentro del proceso llega a la certeza de la responsabilidad o a la certeza de la inocencia. La certeza sólo existe cuando hay adhesión firme, sólida e inquebrantable frente a la verdad que se funda en la evidencia. La certeza constituye el objetivo del órgano jurisdiccional.

La verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento. Supongamos que un individuo que quiere convencerse de la realidad de una cosa, y procede a su averiguación; en este caso, la verdad se manifiesta desde el momento en que la convicción adquirida se halla en perfecta correlación con el objetivo de conocimiento. De aquí que la verdad tenga una existencia objetiva.

La verdad histórica es aquella que procuramos obtener siempre que queremos asegurarnos de la realidad de ciertos acontecimientos, de ciertos hechos realizados en el tiempo y en el espacio.

La verdad es pues, una realidad objetiva, cuando es adquirida por la mente humana mediante el correspondiente proceso psíquico, forma la certeza. Tenemos por cierto una cosa cuando estamos ciertos de ella; por lo mismo, mientras que la verdad es objetiva, la certeza es subjetiva.

La decisión jurisdiccional, dice ARILLA BAS requiere no la verdad, sino la certeza. La certeza es el resultado de un juicio y la suspensión del ánimo entre dos juicios contradictorios que originan la duda. ⁽⁸¹⁾

La convicción toma el nombre de certeza desde el momento en que rechaza victoriosamente todos los motivos contradictorios, o desde que puede destruir el conjunto imponente de los motivos afirmativos. Sólo la certeza nos parece bastante poderosa para servir de regla a nuestros actos, y la razón aprueba este aserto, pues el hombre, en sus esfuerzos para llegar a la verdad histórica, no puede ir más lejos que ella. ⁽⁸²⁾

⁽⁸¹⁾ ARILLA BAS, Fernando. Ob. Cit. Pág. 99.

⁽⁸²⁾ MITTERMAIER, C.J.A. Ob. Cit. Pág. 63.

IV.7.- LAS PRUEBAS EN PARTICULAR

En el título cuarto, segunda parte, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, se regula como medios de prueba en particular los siguientes: La documental, la inspección ocular y reconstrucción de hechos, los cateos e inspecciones domiciliarias, la confesión, juicio de peritos, testigos, careos y confrontación.

La anterior enumeración no es taxativa, pues las partes podrán ofrecer cualquier medio de prueba, aunque no se encuentre previsto en la ley, con la condición de que conduzca lógicamente a la demostración de la verdad y con la limitante de que no sea contra la moral o el derecho y además no sea contraria a la honestidad. Así se desprende la lectura del artículo 352, del citado Código Procesal.

Ahora bien y conforme al plan que nos hemos trazado en este breve curso, analizaremos a continuación cada uno de los citados medios de prueba, haciendo las observaciones que hemos creído conveniente para cada caso.

IV.7.1.- LA PRUEBA DOCUMENTAL

Esta prueba documental se encuentra regulada en los artículos del 356 al 369 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca.

La prueba documental es la que se realiza por medio de documentos públicos o privados, libros de comerciantes, correspondencia o cualquier otro escrito que tenga escritura o signos que puedan servir para el esclarecimiento de los hechos materia del proceso. El documento es el escrito representativo de un acto de voluntad. Este acto de voluntad puede crear un acto jurídico, antijurídico o indiferente.⁽⁸³⁾ Un acto de voluntad plasmado en un documento y que tiene efectos jurídicos son aquellos que generan derechos y obligaciones lícitas entre las partes que lo firman, como los contratos; uno que tiene efectos antijurídicos puede ser un escrito injurioso o con amenazas para alguna persona en particular mediante el cuál se comete un delito y; un documento indiferente será aquél escrito cuyo contenido no interese al Derecho Penal ni al Derecho Civil, como puede ser una simple misiva.

La prueba documental puede ofrecerse desde la averiguación previa, dentro del término Constitucional de las setenta y dos horas ante el Juez, en el período de instrucción, en el período de ofrecimiento de pruebas posterior al cierre de instrucción y, en Segunda Instancia hasta en la audiencia de vista. Asimismo, se puede ofrecer aún en el caso de no tener materialmente los documentos, pues bastará que se señale el lugar o los archivos públicos en donde se encuentren para que el Juez pueda

⁽⁸³⁾ ARILLA BAS, Fernando. Ob. Cit. Pág. 147.

ordenar su expedición, pero para ello se requiere justificar que se ha hecho previa solicitud a la autoridad encargada del archivo público o privado y que se niega a expedir las constancias solicitadas. En estos casos, se debe dar vista a la contraparte para que se manifieste si desea que las documentales que se van a recabar sean adicionadas con otras constancias. Para el caso de que los documentos tengan que recabarse fuera de la jurisdicción del órgano judicial, se deberá emplear la vía de exhorto dirigida a la autoridad judicial del lugar donde se hallen dichos archivos.

a).- DOCUMENTOS PUBLICOS Y PRIVADOS: Documento público es el otorgado con las solemnidades requeridas por la ley; así como los expedidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y con motivo de éstas, los Notarios Públicos o cualquier otro funcionario público competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que éstos se producen.

Documentos privados son los formados por los particulares. Por documento privado se entiende aquél en que se consigna alguna disposición o convenio por personas particulares sin la intervención de algún funcionario que ejerza autoridad pública, o bien, con su intervención, pero sobre actos que no se refieren al ejercicio de sus funciones. Los documentos privados no hacen prueba por sí mismos, pues requieren ser

reconocidos o ratificados por la persona que los elaboró y cuyo contenido se le atribuye.

Por regla general, la prueba documental se desahoga por su propia naturaleza, es decir, se tiene por desahogada por el simple hecho de exhibirse y agregarse al expediente.

b).- PERFECCIONAMIENTO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL: Por lo que se refiere al perfeccionamiento de los documentos públicos, podemos decir que éstos pueden ser impugnados de falsedad, por lo que en tales casos, el Juez deberá ordenar su compulsación con los protocolos o en los originales existentes en los archivos de la Autoridad o Institución que los hubiere expedido, para el efecto de determinar su autenticidad.

En tratándose de los documentos privados, al ser redargüidos de falsos, se deberá confrontar su autenticidad mediante la ratificación en su contenido y firma por parte de su autor. Al negar el emitente que el documento calce su firma o rubrica o al manifestar que no es creador de su contenido, han de nombrarse peritos por las partes, pudiendo el Juez designar a un tercero en discordia en caso necesario para que se determine la validez de tales documentos.

c).- VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL: En términos de la fracción I, del artículo

355. del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, los documentos públicos tienen valor probatorio pleno, siempre que su autenticidad no se encuentre en duda.

Para que los documentos privados puedan tener valor probatorio, deberán ser reconocidos por su autor, o que éste no los hubiere objetado a pesar de saber que figuraban en el expediente, de conformidad con lo dispuesto en la fracción VII, del mismo artículo 355, del ordenamiento legal acabado de citar.

IV.7.2.- LA PRUEBA DE INSPECCIÓN OCULAR Y DE RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS

La prueba de inspección ocular y de reconstrucción de hechos se encuentra regulada en los artículos del 370 al 381, del Código Procesal que se viene consultando.

a).- CONCEPTO Y CARACTERÍSTICA DE LA INSPECCIÓN OCULAR: La inspección ocular es el examen personal que el Juez o el Tribunal que conoce de la causa hacen de un objeto material, de un lugar o de una persona para la comprobación o robustecimiento el *cuero del delito* y la culpabilidad del presunto responsable. La inspección ocular consiste en la aplicación de los sentidos a la realidad para conocerla; es el examen o reconocimiento que hace el Juez por sí mismo para enterarse y juzgar así con más acierto.

Este término genérico de inspección ocular engloba dos especies: La inspección ministerial y la inspección judicial. La inspección ministerial es la que realiza el Ministerio Público durante la integración de la averiguación previa con el objeto de acreditar el *cuero del delito* y la probable responsabilidad penal del inculpado y de esa manera estar en posibilidad de ejercitar la acción penal correspondiente. La inspección judicial es la que practica el Juez Penal dentro del proceso, a petición de las partes o de oficio, según corresponda. Podrán asistir a la diligencia de inspección judicial las partes interesadas y los peritos que al efecto se nombren para el caso de que se requiera de un conocimiento técnico en particular.

En todo caso, para reproducir y hacer constar en el expediente el resultado de la inspección, se puede emplear dibujos, planos topográficos, fotografías ordinarias o métricas, moldeados o cualquier otro medio. Del desarrollo de la prueba, siempre se levantará acta escrita, indicándose los caracteres, señales, vestigios o medios externos que hubiese dejado el delito.

Tratándose del delito de lesiones, el artículo 374, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca, impone al Juez la obligación de practicar sobre la persona del herido inspección ocular para constatar las consecuencias visibles que hubieren dejado aquellas; por lo que no queda a la potestad de las partes la práctica

de esta diligencia, pues de oficio debe llevarla a cabo el Juez para que pueda continuarse con la secuela del procedimiento.

b).- CONCEPTO Y CARACTERÍSTICA DE LA RECONSTRUCCION DE HECHOS: En términos generales, el vocablo reconstrucción proviene de los vocablos latinos *RE* que significa repetición y *CUM*, con, y *STRUERE* que significa amontonar. Literalmente reconstrucción significa reparación o modificación importante de una obra. Reproducción de un hecho, imitación de algo. Complemento de algo, por suposiciones o conjeturas que enlacen elementos o vestigios que consten. ⁽⁸⁴⁾

GUILLERMO COLÍN SÁNCHEZ, nos dice que la reconstrucción de la conducta o hecho, es un acto procesal, que tiene por objeto la reproducción de la forma modo y circunstancias en que atendiendo al contenido del expediente del proceso ocurrió la conducta o hecho motivo del procedimiento con el fin de contar con elementos para valorar las declaraciones y los dictámenes de peritos. ⁽⁸⁵⁾

Lo anterior significa que la conducta o hecho se reproducirán, es decir, se escenificarán, atendiendo para ello a lo manifestado por el ofendido, el probable autor del

⁽⁸⁴⁾ GUIZA ALDAY, Francisco Javier. Ob. Cit. Pág. 706.

⁽⁸⁵⁾ COLIN SANCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 523.

delito y los testigos; el resultado de la inspección, la peritación y demás elementos existentes en la etapa procedimental en que se practique.

Por su parte, CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA, nos indica que la reconstrucción de la conducta o hecho es un acto procedimental caracterizado por la reproducción de la forma, el modo y las circunstancias en que ocurrió la conducta o hecho motivo del procedimiento, con el fin de apreciar las declaraciones y los dictámenes de los peritos. ⁽⁸⁶⁾

Esto significa que se reproducirá la conducta o hecho de acuerdo con lo manifestado por el ofendido, el probable autor del delito y los testigos.

MARCO ANTONIO DÍAZ DE LEÓN, comenta que la reconstrucción de hechos es la reproducción artificial de las conductas y sucesos relacionados con el delito que son de relevancia para el proceso; equivale a una especie de reconstrucción teatral, ya sobre cuestiones fundamentales sobre las que se cometió el ilícito, o acerca de algunas circunstancias vinculadas con el delito. ⁽⁸⁷⁾

FLORIAN estima que la reconstrucción del hecho es la reproducción artificial del delito, de alguna fase o

⁽⁸⁶⁾ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Derecho Procesal Penal. McGraw Hill/ Interamericana editores S. A. de C. V. México, 1999. Pág. 425.

⁽⁸⁷⁾ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. Pág. 1887.

circunstancia de importancia del mismo, realizada por orden del Juez, a su presencia y la de las partes, por una persona elegida por él o por el mismo procesado con el fin de darse cuenta de la verosimilitud o inverosimilitud de algunos extremos narrados por los testigos o el inculcado o simplemente conjeturados.⁽⁸⁸⁾

La prueba de reconstrucción de hechos, tiene por objeto, entonces, apreciar el valor probatorio de las declaraciones que se hubieran producido y los dictámenes periciales que se hubieren rendido y consiste en la observación que recae sobre objetos estáticos. Sin embargo y como el delito es un ente dinámico, resulta necesario reproducirlo artificialmente, o sea, reconstruir los hechos relatados en el proceso. Por tal razón, el personal del juzgado deberá trasladarse al lugar de los hechos en donde se cometió el delito, conjuntamente con los testigos, peritos y demás personas que deban concurrir, así como los que tengan que sustituir a los agentes del delito cuando éstos no estén presentes, para que se de fe de las circunstancias y pormenores que tengan relación con el delito.

La parte final del artículo 376, del citado ordenamiento legal, dispone que la diligencia de reconstrucción de hechos sólo se llevará a cabo cuando previamente se hubiere practicado la inspección ocular en el lugar en donde se cometió el delito.

⁽⁸⁸⁾ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. Pág. 1888.

La diligencia de reconstrucción de hechos deberá llevarse a cabo precisamente en el lugar de la comisión del delito, en donde el funcionario que la practique tomará a los testigos y peritos la protesta de decir verdad, designará a las personas que deban sustituir a los protagonistas del delito que no estén presentes y dará fe de las circunstancias y pormenores que tengan relación con el delito. Seguidamente se leerá la declaración del imputado y hará que tanto éste como los testigos presentes y aún el ofendido si estuviere presente, expliquen las circunstancias del lugar, tiempo y forma en que se desarrollaron los hechos materia de la investigación. Después, los peritos rendirán su opinión sobre la veracidad o responsabilidad de las versiones del procesado y los testigos, en vista de las declaraciones rendidas y las huellas o indicios existentes, atendiendo a las preguntas que les haga el funcionario que practica la diligencia.⁽⁸⁹⁾

La reconstrucción de hechos en el procedimiento penal no es un medio de prueba autónomo, pues su realización está supeditada a la existencia previa de la prueba de inspección ocular y en ese sentido, se convierte en un complemento necesario para valorar las declaraciones, los dictámenes de peritos, etcétera, por ende aquéllas y éstos, son presupuestos indispensables para su realización e igualmente la diligencia de inspección.

⁽⁸⁹⁾ ARILLA BAS, Fernando. Ob. Cit. Pág. 145.

Sin embargo, existen opiniones que consideran que no es correcto el criterio contenido de la última parte del artículo 376, del Código de Procedimientos Penales del Estado, en el sentido de que impone la obligación de llevar a cabo previamente la inspección ocular, para que pueda tener lugar la reconstrucción de hechos, ya que la inspección y la reconstrucción de la conducta o hecho, son actos procesales diferentes y por supuesto, se llevan a cabo en momentos distintos. Por la misma razón, resulta desafortunada tal criterio legal, ya que atendiendo a la naturaleza jurídica de cada una de estos medios de prueba, se llega al conocimiento que son distintos, ya que por un lado, la prueba de inspección ocular solo se concreta a la realización de una conducta de hacer por parte del funcionario que la practica consistente en observar, percibir y por ende certificar el estado que guarda determinado objeto. En cambio, la reconstrucción de hechos consiste precisamente en reconstruir de manera artificial el escenario del crimen o donde éste se cometió basándose en las declaraciones del ofendido, los testigos de cargo y de descargo y del propio acusado, de modo que tal reconstrucción tendrá como guión las constancias que integran el expediente para que el funcionario que la practica pueda observar la forma en que se desarrollaron los hechos materia del proceso, sus incidencias, sus pormenores, pero sobre todo para que el Juez esté en la aptitud de resolver con estricto apego a derecho al momento de pronunciar su sentencia.

En función de lo anterior, se ha propuesto que dichos medios de prueba sean regulados en forma independiente, es decir, que exista o se crea un capítulo especial en el Código de Procedimientos Penales del Estado que regule la existencia autónoma de este medio de prueba en particular.

c).- VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA DE INSPECCION OCULAR Y DE RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS: Conforme al artículo 354, del Código de Procedimientos Penales del Estado, esta probanza queda sujeta a la libre apreciación y valoración que de ella haga el Juez, quien será quien le dé el valor que considere pertinente.

IV.7.3.- DE LOS CATEOS E INSPECCIONES DOMICILIARIAS

Los cateos e inspecciones domiciliarias, no obstante estar comprendidos dentro del título relativo a las pruebas, no son propiamente medios de prueba, sino que son medios de investigación y de aseguramiento de personas o cosas relacionadas con el delito. El Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, regula estas diligencias en sus artículos del 382 al 394.

El cateo y la inspección o visita domiciliaria se realizan penetrando la autoridad a un lugar cerrado, sea público o privado, oficial o diplomático, protegido por la garantía de la inviolabilidad del domicilio que consagra el artículo 16, de la Constitución Federal.

El vocablo cateo deriva del verbo catear y se toma en el sentido de allanar un domicilio para la búsqueda o registro que se haga por parte de la autoridad con el objeto de investigar el delito y el aseguramiento del o los presuntos responsables y las cosas o bienes que se relacionen con la investigación.

La inspección o visita domiciliaria también consiste en un allanamiento que efectúa la autoridad, pero se va a limitar como su nombre lo indica, a una simple inspección, a una mera vista de ojos. En ambos casos, se requiere la existencia previa de un mandato de autoridad competente para proceder al allanamiento; mandato por escrito fundado y motivado.

La diligencia de cateo o inspección domiciliaria, deberá sujetarse a las formalidades siguientes:

- a).- Sólo debe ser decretada por la autoridad judicial.
- b).- Deben estar precedidos de una orden por escrito en que se contengan los requisitos que exige el artículo 16, de la Constitución Federal.
- c).- Deben decretarse sólo con la finalidad de búsqueda de objetos o de personas que se relacionen con el delito para su aseguramiento, sin que en ningún caso pueda excederse la diligencia a otra clase de actos distintos de los mandatos en la resolución respectiva.

d).- No deberán causarse molestias innecesarias a los habitantes del lugar en que se catea o inspecciona.

e).- Las inspecciones domiciliarias únicamente pueden practicarse durante el día, desde las seis de la mañana a las seis de la tarde.

f).- A todo cateo o inspección domiciliaria deberá levantarse el acta respectiva, en presencia de dos testigos propuestos por el dueño o habitante del lugar, y en su negativa, deberán ser designados por la autoridad que practica la diligencia.

g).- Deberán respetarse los derechos de posesión sobre los objetos o cosas que no sean materia del cateo.⁽⁹⁰⁾

IV.7.4.- LA CONFESIÓN

El artículo 20, apartado A, fracción II, de la Constitución Federal, establece la garantía individual de carácter procesal penal, consistente en que la persona privada de su libertad tiene derecho a no ser obligada a declarar y a abstenerse a declarar si ello le perjudica y puede comunicarse libremente con su defensor o sus familiares por cualquier medio. Quedando prohibida en consecuencia toda incomunicación, intimidación o tortura en

⁽⁹⁰⁾ PALLARES, Eduardo. *Prontuario de Procedimientos Penales*. Decimosegunda edición. Editorial Porrúa. México, 1991. Pág. 53.

contra del detenido, y que si se produce la confesión, ha de ser ante el Ministerio Público o el Juez únicamente y en presencia de un defensor.

a).- ANTECEDENTES DE LA CONFESIÓN: Durante largos siglos, el Derecho Procesal Penal aceptó como verdad indiscutible el apotegma: “La confesión es la reina de las pruebas”. Así se expresaba la valoración de esta probanza como plena. En ese sentido, cuando el acusador obtenía la confesión del reo, se veía relevado por completo de toda prueba. Los fiscales encontraron que la forma más eficaz y expedita para obtener la confesión del inculcado consistía en someterlo a tormento, desarrollándose por ello los métodos más sofisticados de tortura que estuvieron vigentes por muchos años. Contra esta nefasta práctica de investigación de los delitos se alzó la voz de CESAR BECCARIA, en su obra intitulada de los delitos y de las penas, publicada a fines del siglo XVIII. El pensamiento de BECCARIA inspiró sin duda a aquellos que durante la primera mitad del siglo XIX, se ocuparon en México de asegurar la protección Constitucional de los derechos humanos; por tal motivo, el tormento es prohibido por todos los textos Constitucionales de esa época; semejante prohibición hace su aparición en la Constitución de 1917.⁽⁹¹⁾

Más reciente aún en nuestro País y a raíz de la creación de las Comisiones Nacional y Estatales de Derechos

⁽⁹¹⁾ ZAMORA PIERCE, Jesús. Ob. Cit. Pág. 180.

Humanos, se ha logrado en gran medida reformar leyes secundarias tendientes a erradicar el tormento como medio para obtener la confesión de los imputados. Práctica que por desgracia aún se sigue llevando a cabo por parte de los Policías, quienes al torturar sienten que cumplen con una función no escrita ni reglamentada, pero solapada por sus jefes.

Resulta importante destacar que la reforma Constitucional de los últimos años en materia procesal penal robustece el derecho subjetivo público en favor del indiciado consistente en que no podrá ser obligado a declarar, lo que significa que puede guardar silencio respecto al delito imputado y negarse a emitir cualquier declaración; se establece también que la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez o ante éstos sin la asistencia del defensor, carecerá de todo valor probatorio, con lo cuál se brinda seguridad jurídica al detenido para evitar declaraciones ante la Policía Ministerial cuyos elementos no son peritos en derecho; pero sobre todo, es importante destacar la presencia necesaria del defensor al emitirse la declaración ante el Ministerio Público o el Juez, el cuál se considera debe ser Licenciado en Derecho, y en caso de que el detenido nombre como defensor a quien carezca de tal título, el Juez tiene la obligación de nombrarle a un defensor de oficio para que asesore a aquél y de esa manera se obtenga una defensa adecuada que viene a constituir la garantía de seguridad jurídica para el

detenido. En consecuencia, al Ministerio Público y por tanto a la Policía Ministerial, le está prohibido obligar al inculpado a declarar, no sólo en su contra, sino a declarar en general en cualquier sentido. Además, la Constitución General de la República, prohíbe de manera expresa y tajante cualquier forma de incomunicación, de intimidación o de tortura; prohibición que alcanza a todos los servidores públicos con funciones de autoridad en la tramitación de los procesos penales y que por virtud del penúltimo párrafo del artículo 20, de la Constitución Federal, se extiende a los que la ejercen durante la tramitación de la averiguación previa, como son los Agentes del Ministerio Público y de la Policía Ministerial principalmente. En esta materia, nuestra Constitución se encuentra a la altura de las más avanzadas del mundo moderno.

La garantía que otorga la fracción II, del citado artículo 20, apartado A, de la Carta Fundamental, prohíbe no sólo el tormento, sino también la incomunicación y, genéricamente, cualquier otro medio que tienda a compeler u obligar a una persona a declarar en su contra. En consecuencia, cuando un indiciado manifiesta su voluntad de declarar, no puede exigírsele que rinda protesta de decir verdad ni tampoco si falta a ello podrá imputarsele la comisión del delito de falsedad en declaraciones, pues en ambos casos, se le estaría coaccionando para declarar en su contra.

b).- **NOCIÓN DE CONFESIÓN:** La confesión es el reconocimiento formal por parte del acusado de haber ejecutado los hechos constitutivos del delito que se le imputa. De esta manera, la confesión es una manifestación voluntaria que hace el inculpado acerca de su participación activa en la comisión de los hechos delictuosos. En otras palabras, la confesión es el reconocimiento de la propia culpabilidad.

Para que ese reconocimiento merezca ser calificado como confesión, debe ser de hecho propio, creíble, afirmativo y no dubitativo, armónico y no contradictorio, detallado y determinado. En el aspecto jurídico, el hecho reconocido debe ser subsumible exactamente en una figura de delito descrito en la ley penal. Además y conforme a la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Constitución Federal, la confesión debe producirse precisamente ante el Ministerio Público o el Juez, no ante autoridad de diversa índole y con la asistencia del defensor del inculpado, para que válidamente tenga la categoría de prueba. El órgano de prueba en este caso es la persona que confiesa el delito.

Conforme a la fracción II, del artículo 355, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, la confesión del inculpado deberá reunir los requisitos siguientes:

1.- Debe ser hecha por persona mayor de dieciséis años de edad, con pleno conocimiento sin coacción ni violencia;

2.- Que sea hecha ante el Ministerio Público o el Tribunal de la causa y en presencia del defensor o persona de su confianza, y que el inculpado esté debidamente enterado del procedimiento y del proceso;

3.- Que sea de hecho propio;

4.- Que no haya datos que, a juicio del Juez o Tribunal, la hagan inverosímil.

Por otra parte y en cuanto a la valoración de la confesión por lo que se refiere a su contenido, se rige por las siguientes reglas:

1.- Debe estar acreditado el *cuerpo del delito* de que se trate.

2.- Que la confesión sea afirmativa y categórica, es decir, afirmativa absoluta, sin condición ni disyuntiva alguna.

3.- Que la confesión no sea contradictoria consigo misma.

4.- Que la confesión sea circunstanciada, o sea, debe expresar con detalle los hechos que se admiten.

5.- La confesión ha de ser creíble genéricamente.

6.- La confesión ha de ser verosímil.

c).- CONFESIÓN CALIFICADA: La confesión calificada es la que se produce con modalidades que pueden referirse al mismo delito o a la responsabilidad. Es decir, una confesión que se halla calificada con determinadas circunstancias que favorecen y otros que perjudican al inculpado, como cuando el propio inculpado acepta uno de los elementos de cargo y niega otros. Esta confesión calificada tiene dos requisitos a saber: 1.- Una confesión y, 2.- Una calificación que modifica las modalidades del delito o la responsabilidad.⁽⁹²⁾

Existe confesión calificada cuando el acusado después de reconocer la ejecución del hecho delictuoso que se le imputa, agrega una circunstancia excluyente de responsabilidad o modificativa de la misma. En tal caso, si la confesión no está contradicha por otras pruebas ni es inverosímil, se debe tomar en toda su extensión, es decir, tanto en lo que perjudica como en lo que favorece al acusado. Cuando esta confesión no está contradicha se dice que la misma es una confesión calificada indivisible o indivisa. Si está contradicha o no es verosímil, solamente se tomará en cuenta la parte que perjudique al mismo acusado; en tal sentido estaremos en presencia de una confesión calificada divisible o divisible.

⁽⁹²⁾ RIVERA SILVA, Manuel. Ob. Cit. pág. 218.

d).- VALOR PROBATORIO DE LA CONFESIÓN: Antaño, la confesión se fundaba en el principio de que nadie miente para perjudicarse; pues la mentira tiene siempre una finalidad interesada; se miente para lucrar, para dañar a otro en provecho propio, y el que confiesa un delito, no puede esperar sino una condena. Razón por la cuál se le otorgaba valor probatorio pleno.

Sin embargo, este carácter preponderante de la prueba de confesión como reina de las pruebas ha ido perdiendo actualidad; pues con la reforma Constitucional de mil novecientos noventa y tres, se priva de valor probatorio a toda confesión que no sea rendida ante el Ministerio Público o el Juez y aún ésta sólo tendrá valor probatorio si el inculpado estuvo asistido de su defensor. En ese sentido, se piensa ahora que la confesión del imputado es particularmente una manifestación de su personalidad, un indicio, un testimonio más sobre los hechos investigados, y como tal, sujeto a errores, a defectos de apreciación, a pasiones, a influencias, a ocultación del verdadero responsable. La confesión es pues, una orientación que el Juez debe recibir con reservas y que habrá de comprobar mediante el concurso de otras pruebas materiales o testimonios.⁽⁹³⁾

En razón de lo anterior, la fracción III, del artículo 355, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, otorga el valor de mero indicio a la

⁽⁹³⁾ PÉREZ PALMA, Rafael. Ob. Cit. Pág. 204.

prueba de confesión, cuando reúna los requisitos exigidos por la Constitución Federal y la ley secundaria; indicio que desde luego debe ser robustecido con otros medios de prueba, en razón de que existe prohibición expresa de la ley dirigida al Ministerio Público consistente en que no podrá consignar una averiguación previa cuando exista como única prueba la confesión del inculpado.

IV.7.5.- JUICIO DE PERITOS

Perito es toda persona a quien se atribuye capacidad técnico-científica o práctica, en una ciencia o arte. Pericia es la capacidad técnico-científica o práctica, que acerca de una ciencia o arte posee el sujeto llamado perito. Peritación es el procedimiento empleado por el perito para realizar sus fines.⁽⁹⁴⁾

El peritaje consiste en el informe o declaración de una persona experta en una rama del saber humano, en el que previa la aplicación del método científico correspondiente, expresa su juicio, opinión o resultado en torno a una cuestión específica que se le ha planteado.

El órgano de la prueba pericial es el perito mismo, o sea, la persona física dotada de conocimientos especiales sobre la ciencia o arte sobre la que debe versar la prueba y del cuál tiene que emitir su opinión.

⁽⁹⁴⁾ PÉREZ PALMA, Rafael. Ob. Cit. Pág. 225.

La prueba pericial procede siempre que sean necesarios conocimientos especiales para el examen de alguna persona o de algún objeto relacionado con la comisión del delito. Existirán tantos peritos como tantas ramas de las ciencias y de las artes existan. En cuanto a la clase de peritos podemos decir que existen dos: Los peritos oficiales que tienen tal nombramiento y los particulares que pueden nombrar las partes.

a).- REQUISITOS PARA SER PERITO: Por regla general, los peritos deben tener título oficial debidamente expedido por la autoridad competente para poder actuar dentro del proceso, pero en el caso de que en el lugar en donde se practica la averiguación previa no hubieren titulados, la ley autoriza que se nombren a personas que sólo tengan conocimientos empíricos, o sea, los llamados prácticos. El requisito de ser titulados se exige cuando la profesión o el arte están reglamentados, pues en caso contrario, la autoridad que actúa dentro de la averiguación previa o en el proceso puede nombrar a prácticos; pero en tales casos, el Juez deberá librar exhorto a lugar en donde existan peritos titulados para que emitan su opinión en vista de lo actuado por los prácticos.

Durante la averiguación previa, los peritajes ordenados por el Ministerio Público forzosa e inevitablemente habrán de ser unilaterales y proporcionados por los peritos oficiales que presten sus servicios en la

Dirección o Departamento de Servicios Periciales. Por lo tanto, no requerirán de designación previa, de aceptación o protesta del cargo, debiendo proceder de acuerdo a los conocimientos especiales que tengan y se requiera en el caso específico. En cambio, durante el proceso, las partes podrán anunciar previamente el desahogo de la prueba pericial y el Juez deberá emplazar a la contraparte para que designe al perito que le corresponde, pudiendo ser hasta en número de dos, sin perjuicio de que la autoridad judicial designe a un perito de su parte si lo considera necesario y al tercero en discordia para el caso de que los dictámenes de los peritos de las partes sean discordantes.

b).- DERECHOS PROCESALES DE LAS PARTES EN LA PRUEBA PERICIAL: La prueba pericial puede ofrecerse desde en la averiguación previa y posteriormente en el proceso penal, hasta en el periodo de pruebas inmediato al cierre de instrucción en la Primera Instancia. La parte que ofrezca la prueba deberá describir su objeto y precisar los puntos sobre los que versará la misma, para que los peritos estén en la aptitud de desahogarla. La contraparte en el proceso podrá preguntar a los peritos sobre aquello que resulte trascendental en la controversia. Igual prerrogativa tiene el Ministerio Público en la averiguación previa o el Juez en el proceso, es decir, de preguntar al perito sobre aquello que resulte pertinente para ilustrarse sobre la materia.

Cuando las opiniones periciales sean discordantes, la autoridad citará a los peritos a una junta; en esta diligencia se les hará discutir sobre el resultado del dictamen pericial rendido por cada uno, preguntándoles lo conducente, de ser necesario. Si los peritos no se ponen de acuerdo, se designará entonces un perito tercero en discordia por parte del Juez, quien en vista de los dictámenes discordantes, emitirá otro definitivo que podrá ser tomado en cuenta por el Juez al momento de dictarse la sentencia definitiva si a su juicio se encuentra apegado a derecho.

c).- **DE LA FORMA DE DESAHOGO DE LA PRUEBA PERICIAL:** Cuando el peritaje recaiga sobre objetos o sustancias que se consumen al ser analizados, se procurará que se analice hasta la mitad, según el artículo 406 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca. De no ser posible lo anterior, se emplazará al inculpado, ya sea dentro de la averiguación previa o dentro del proceso penal, para que nombre a un perito de su parte para que en forma conjunta con el perito de la parte oficial se lleve a cabo el examen pericial y cada uno emitirá su dictamen. En cualquier caso, la autoridad deberá levantar acta circunstanciada.

Cuando el peritaje verse sobre la autenticidad de documentos, en principio se realizará el cotejo de letras o firmas del autor o suscriptor, o en su caso, con documentos indubitables; acto posterior se emitirá el dictamen sobre si es o no la letra o la firma.

En general, los peritajes deben desahogarse sustentados en bases científicas de la ciencia o arte de que se trate, debiéndose acompañar al efecto todas las pruebas técnicas que se requieran para dar veracidad a la opinión pericial que se emite; por lo que los peritos practicarán todos los procedimientos, operaciones y experimentos que su ciencia o arte les sugieran y expresarán los hechos, razonamientos y circunstancias que sirvan de apoyo a su opinión.

El peritaje tendrá que ser rendido por escrito y ratificado ante el Ministerio Público o Juez en su caso en diligencia formal.

d).- **VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA PERICIAL:** La pericial es una de las pruebas que no se encuentra reglamentada por la ley en cuanto al valor probatorio que debe atribuírsele por parte del Juez; por lo que su valor queda sujeto a la libre apreciación que de ella hagan los Tribunales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 354, del citado Código Procesal invocado.

En el anterior sentido también se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de Jurisprudencia siguiente:

“PERITOS. VALOR PROBATORIO DE SU DICTAMEN.- Dentro del amplio arbitrio que la ley y la jurisprudencia reconocen a la autoridad judicial para justipreciar los dictámenes periciales, el juzgador puede negarles eficacia probatoria o

concederles hasta el valor de prueba plena, eligiendo entre los emitidos en forma legal, o aceptando el único o los varios que se hubieren rendido, según la idoneidad jurídica que fundada y razonadamente determine respecto de unos y otros." (95)

IV.7.6.- DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Los numerales del 407 al 431, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, establecen la regulación de la prueba testimonial.

Etimológicamente, testimonio proviene del latín *testimonialis*, que significa aseveración o atestación de una cosa, en tanto que testigo procede de *testiguar*, que quiere decir persona que da testimonio de una cosa o lo atestigua, persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de una cosa. (96)

La testimonial es una de las pruebas más frecuentes, pero también cuestionados dentro del proceso penal, en virtud de que el medio natural de comunicación entre los hombres es la palabra oral o escrita. Dice el maestro Mexicano RAFAEL PÉREZ PALMA (97) que todos los conocimientos son transmitidos de unos a otros, por medio de la palabra; lo que sabemos de historia nos viene

(95) Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Tomo II. Séptima época. Primera sala. Tesis 1286. Apéndice 1988. Segunda parte. Pág. 2088.

(96) HERNANDEZ PLIEGO, Julio Antonio. El Proceso Penal Mexicano. México, 2002. Pág. 479.

(97) PÉREZ PALMA, Rafael. Ob. Cit. Pág. 238.

de relatos hechos por quienes vivieron en la época que narran; lo que sabemos de continentes que nos son desconocidos, nos viene de las descripciones hechas por quienes los han visitado. Este mismo autor sigue diciendo que la palabra sería un medio de comunicación perfecto si el hombre no hubiera aprendido a mentir.

Por otra parte, testigo es la persona física que puede suministrar datos sobre algo que percibió y del cuál guarda recuerdo; en consecuencia, los elementos esenciales del testigo son: Una percepción, una apreciación y un recuerdo. Lo que significa recibir una impresión por medio de los sentidos, darse cuenta de esa impresión y guardar memoria de ella. Faltando cualquiera de estos elementos hace imposible la calidad de testigo. Por lo mismo, el objeto de esta prueba es la percepción del testigo y su forma es la expresión verbal del hecho percibido, recordado y evocado.

El testigo de un delito es la persona física que tiene conocimiento directo del mismo. El testigo en el proceso es el que comparece a éste para hacer del conocimiento del órgano jurisdiccional datos vinculados con los hechos que se investigan; esto es, testigo es toda persona física que tenga conocimiento de un hecho que pueda servir para esclarecer la comisión de un delito, las circunstancias en que se cometió y quién o quienes son los coautores del mismo.

a).- **¿QUIÉNES PUEDEN SER TESTIGOS?:** Pueden ser testigos toda clase de personas con discernimiento suficiente para declarar en juicio sobre hechos que motivaron el proceso. El Código de Procedimientos Penales para el Estado, no prohíbe que sean testigos los menores de edad, ni los ebrios consuetudinarios, ni los locos, ni los que hubieren sido condenados por la comisión de algún delito, etc., pero deja al arbitrio del Juez apreciar la eficiencia de sus declaraciones. En otras palabras, no hay testigo inhábil.

b).- **¿QUIÉNES ESTAN OBLIGADOS A DECLARAR COMO TESTIGOS?:** Están obligados a declarar como testigos todas aquellas personas enumeradas con anterioridad. Pero además, pueden ser testigos parientes, amigos y quienes estén ligados con el activo o pasivo del delito con vínculos de amor, afecto o gratitud, pero a estas personas no se les puede obligar a declarar, pero tienen el derecho de hacerlo si lo desean, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 409, del citado ordenamiento legal.

c).- **¿QUIÉNES NO PUEDEN SER TESTIGOS?:** Dentro de la administración de justicia, existen personas a quienes les está vedado ser testigos en razón de la labor que realizan; por lo que en ese sentido, no pueden ser testigos las personas que están obligadas a guardar el secreto profesional, los Jueces, Secretarios, Magistrados, el Ministerio Público y los Defensores, que actúen co-

mo tales dentro del proceso, independientemente de que puedan tener la calidad de testigo. Pero también existen personas que en función del ejercicio de su profesión se encuentran amparados por una excusa legal para no declarar como testigos, bajo ese supuesto se encuentran por ejemplo los médicos, los sacerdotes, etcétera, quienes están obligados a guardar el secreto profesional. A este respecto tiene aplicación lo dispuesto en los artículos 410 y 411, del Código de Procedimientos Penales del Estado.

d).- **FORMA EN QUE SE DEBE DESAHOGAR LA PRUEBA TESTIMONIAL:** El Código de Procedimientos Penales que se viene consultando, previene que en el desahogo de la prueba testimonial se debe observar lo siguiente:

1.- Sólo pueden intervenir en la diligencia las partes, salvo que el testigo sea ciego, sordo o mudo, o que no hable el castellano, en cuya virtud podrán ser acompañados de los intérpretes respectivos o la persona que firme por el ciego.

2.- Los testigos siempre deberán ser examinados por separado.

3.- El Juez deberá tomar precauciones para evitar que los testigos se comuniquen entre sí.

4.- Se tomará protesta de decir verdad a los testigos, advirtiéndoles de las penas a que se hacen acreedores los que declaran falsamente.

5.- A los menores de dieciséis años no se les protestará, pero se les exhortará para que se conduzcan con verdad en lo que van a declarar.

6.- El testigo deberá proporcionar sus datos generales, tales como su nombre, apellidos, nacionalidad, estado civil, profesión, domicilio, el parentesco o relación que tengan con el activo o pasivo del delito.

7.- Acto continuo, el testigo declarará de viva voz, no permitiéndose que el testigo lo haga por escrito, pero sí puede consultar notas relativas a lo que declare.

8.- Las partes y el Juez, podrán interrogar al testigo.

9.- Tiene derecho el testigo a que se transcriban sus declaraciones tal como él las redacte, y antes de firmar, leerla para rectificar, agregando o corrigiendo lo que crea necesario.

10.- Si el Juez considera que el testigo se ha conducido con falsedad, hará constar en el expediente esa circunstancia.

11.- En el momento de la diligencia y al termino de ésta, las partes podrán impugnar de falso el testimonio

que se vierte. Si de lo actuado apareciere que el testigo se condujo con falsedad, se mandarán compulsar las constancias conducentes y se remitirán al Ministerio Público. Si es notoria la comisión del delito de falsedad, el testigo será consignado detenido ante la autoridad ministerial.

e).- **ARRAIGO DEL TESTIGO:** Los testigos pueden ser materia de arraigo, en caso de que tengan que ausentarse del lugar del juicio sin haber declarado. En tal caso, el Juez podrá arraigarlo por el tiempo estrictamente necesario para que preste su declaración, de conformidad con el artículo 421, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca.

f).- **VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL:** En atención a que en materia penal no existe tacha de testigos, corresponde a la autoridad judicial aceptar o rechazar sus declaraciones según el grado de confianza que les merezcan, tomando en cuenta todas las circunstancias concretas que en cada caso puedan afectar la probidad del deponente, provocar suspicacias sobre su dicho o determinar la parcialidad de su testimonio; por lo que el valor probatorio de esta pro-banza quedará al arbitrio del juzgador, siempre y cuando reúna las características que la ley procesal penal le señala, como son:

1.- Que el testigo sea capaz de declarar.

2.- Que por su edad, capacidades física e intelectual, e instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar el hecho sobre que declara.

3.- Que por su propiedad, independencia de su posición y sus antecedentes personales, tenga completa imparcialidad.

4.- Que el hecho de que se trate sea susceptible de ser conocido por medio de los sentidos, y que el testigo lo haya percibido por él mismo y no por inducciones ni inferencias de otro.

5.- Que la declaración sea clara y precisa, sin duda ni reticencias, ya sobre la substancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales. La reticencia, en este caso es la actitud que asume maliciosamente el testigo que dice solamente parte de lo que debiera declarar o bien, que da a entender que oculta o calla algo que debiera o pudiera decir en su declaración.

6.- Que el testigo no haya sido obligado a declarar, por fuerza o miedo, ni impulsado por error, engaño o soborno. La fracción VI, del artículo 355, del Código Procesal en consulta, aclara que el apremio judicial no se reputa como fuerza.

IV.7.7.- DE LOS CAREOS

Se entiende por careos el acto procesal por medio del cuál se confrontan las declaraciones de dos personas, haciendo que éstas ratifiquen o rectifiquen lo declarado respectivamente por cada una de ellas, en vista de lo que la otra le sostenga.⁽⁹⁸⁾

En otras palabras, el careo es un debate verbal que se da entre dos sujetos procesales, cuyo objetivo es descubrir la verdad de un hecho, por medio de la comparación de las declaraciones de los careantes.

Algunos autores en nuestra materia sostienen que el careo, más que un medio de prueba, es un medio de perfeccionamiento de la prueba testimonial; otros aducen que más que un medio de prueba, es un derecho que tiene todo inculpado, procesado o acusado de conocer plenamente, cara a cara a la persona o personas que deponen en su contra, y en el acto del careo sostenerle o preguntarle el por qué de los hechos imputados, incluso, hacerle toda clase de preguntas relacionadas con el proceso.

El maestro mexicano SERGIO GARCIA RAMIREZ⁽⁹⁹⁾ considera que el careo es una prueba complementaria de las declaraciones, la confesión y el testimonio. En los careos se puede advertir, con viveza, la emoción de quienes

⁽⁹⁸⁾ PALLARES, Eduardo. *Prontuario de Procedimientos Penales*. Ob. Cit. Pág. 58.

⁽⁹⁹⁾ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*. Ob. Cit. Pág. 87.

participan en la diligencia, sus cargos y descargos, atrevimientos y alusiones, su serenidad, su desasosiego, sus impulsos o violencias. En sí toda una enseñanza para el juzgador atento que verdaderamente quiere saber, en puntual cumplimiento de su obligación: saber sobre los hechos, el mayor o menor grado de participación del activo del delito, para juzgar y sentenciar con suficiencia. De ahí la importancia de que esta probanza se desarrolle ante el Juez que conoce de la causa.

El careo puede revestir tres formas a saber: Como careo procesal o real; como careo supletorio y; como careo Constitucional.

a).- CAREO PROCESAL O REAL: Es una diligencia que consiste en poner cara a cara a dos personas que discrepan en sus declaraciones, para que la sostengan o modifiquen. Con este careo se intenta lograr mayor precisión en la versión de los testigos. Estos careos procesales se van a llevar a cabo siempre y cuando lo solicite el imputado o su defensor y que además exista contradicción en las declaraciones vertidas, pues si no hay discrepancia en las declaraciones, no tiene razón de ser esta diligencia. Son careos procesales los que se llevan a cabo entre testigos de cargo contra testigos de descargo.

b).- CAREO SUPLETORIO: Se realiza siempre que está ausente una de las personas que deban ser careadas, y no tiene la misma importancia que el anterior careo; ya

que esta diligencia se desarrolla dando lectura a las declaraciones que discrepan, pero es el Juez o el Secretario Judicial quien sostiene la declaración del ausente; de donde tenemos que en estricto sentido no puede considerarse como un careo, además de que no se aporta nada al proceso. El artículo 436, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, señala que los careos supletorios se llevarán a cabo siempre que alguno de los que deben ser careados no fuere encontrado o residiere en distinta jurisdicción a la del Tribunal que conoce del proceso.

c).- CAREO CONSTITUCIONAL: Por lo que respecta al careo Constitucional, éste más que un medio de prueba es un derecho que nuestra ley fundamental concede a la persona acusada de la comisión de un delito para ver y conocer a las personas que deponen en su contra, con la finalidad de que no se formen artificialmente los testimonios en su perjuicio y para darle ocasión de hacerles las preguntas que estime pertinentes, exista o no contradicción en sus declaraciones. Es careo Constitucional el que se lleva a cabo entre el inculcado contra el ofendido y los testigos de cargo si los hay.

Resulta obvio que la diligencia de careos sólo tiene sentido cuando se desarrolla ante el Juez, cuando éste en verdad presencia la diligencia y recibe el impacto de los hechos, los dichos, las miradas, los gestos de quienes son careados. Es por ello tan importante la inmediatez judicial, en este punto como en todos los que forman, paso a paso,

el material probatorio que servirá al Juez para formar su criterio y emitir su sentencia.⁽¹⁰⁰⁾

En relación con el careo Constitucional, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, se reformó la fracción IV, del artículo 20, de la Constitución Federal, que dispone ahora que:

“Siempre que lo solicite, será careado en presencia del Juez con quienes deponen en su contra”.

De conformidad con la citada reforma Constitucional, es necesario ahora que el inculpado solicite la práctica del careo para que el Juez esté en la aptitud de señalar día y hora para su desahogo, y por consiguiente, puede renunciar al mismo, es decir, puede renunciar a ser careado o reservarse también ese derecho para un mejor momento dentro del proceso. En ese sentido y cuando se solicite esta diligencia, deberán carearse con el acusado todos aquellos que depongan en su contra, concepto genérico que incluye al denunciante o querellante, a los testigos de cargo o incluso al coacusado, cuya declaración es también un testimonio cuando hace referencia a la conducta del acusado.

Luego entonces, el Derecho Constitucional del acusado a ser careado con las personas que deponen en su contra no está condicionado a la existencia de contradicciones,

⁽¹⁰⁰⁾ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. Ob. Cit. Pág. 87.

los cuales constituyen un presupuesto de los careos procesales.

En la práctica procesal penal, los Jueces han considerado que el careo en general es una prerrogativa, un derecho que sólo asiste al inculpado, pero no al Ministerio Público, como tampoco puede decretarla de oficio, en razón de que en la exposición de motivos de la reforma Constitucional que se comenta, se apoyó la propuesta de cambio con el objeto de “lograr una mayor agilidad en los procedimientos”.⁽¹⁰¹⁾

d).- VALOR PROBATORIO DE LOS CAREOS: El valor probatorio de la prueba de careos queda sujeto a la libre apreciación que de ella realice el Juez, dependiendo del grado de certidumbre que se adquiera; por esa razón resulta necesario recalcar que debido a su naturaleza jurídica, el careo está regido por el principio de inmediatez procesal, y en ese sentido, la autoridad judicial actuando oportunamente puede observar las reacciones de las partes, confrontar cara a cara a los protagonistas de un proceso y de esa forma advertir, en favor de la verdad histórica, las contradicciones y desacuerdos de las personas careadas para valorar lo dicho durante el careo con criterios que permitan orientar científicamente el proceso penal.⁽¹⁰²⁾

⁽¹⁰¹⁾ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. Ob. Cit. Pág. 87.

⁽¹⁰²⁾ PÉREZ PALMA, Rafael. Ob. Cit. Pág. 256.

IV.7.8.- LA PRUEBA DE CONFRONTACIÓN

La prueba de confrontación consiste en colocar frente al declarante a la persona mencionada a la que no ha podido identificar en unión de otras más, para que las examine e identifique a la que ha mencionado en su declaración. En estos casos, se coloca a la persona que deba ser identificada entre otras que guarden con ella semejanza, en fila, para que con la mano señale a la que deba identificar. Jurídicamente se ha dicho que esta diligencia no constituye propiamente una prueba, sino un medio de identificación, respecto de personas cuyo nombre, apellido, domicilio u otras circunstancias de ella sea desconocido para quien alude a ella en su declaración.

El fundamento de la diligencia de confrontación se encuentra en el artículo 438, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca, disposición que prevé dos hipótesis:

a).- Que quien declare no pueda dar noticia exacta de la persona a quien se refiere, pero exprese que podrá reconocerla si se le presentare y;

b).- Cuando se sospeche que quien declara nombra a personas a quienes no conoce.

El procedimiento para la confrontación se encuentra regulado por los artículos 441, 442, 443, 444 y 445, del citado Código Procesal.

La prueba de confrontación podrá practicarse dentro de la averiguación previa o dentro del proceso en Primera Instancia, cuando se requiera perfeccionar el dicho de los testigos en la forma que describe la ley. El funcionario que practique la diligencia cuidará que el que ha de ser materia de la confrontación no se desfigure ni borre las huellas o señales que puedan servir para identificarle.

Al iniciarse el desahogo de la diligencia, la autoridad preguntará al testigo si insiste en su declaración, si conocía con anterioridad o en el momento de la ejecución de los hechos a la persona a la que hace referencia en su dicho y, si después de los hechos materia de la investigación volvió a ver a la persona sobre la que depone, debiendo precisar en qué lugar, con qué motivo u objeto.

c).- VALOR PROBATORIO DE LA CONFRONTACIÓN: La confrontación no tiene valor probatorio por sí mismo, pues es una probanza que perfecciona el dicho de los testigos u ofendidos, haciéndola una declaración con probidad, clara y precisa, de manera que al testimonio se le pueda dar el valor de prueba.

En conclusión, la confrontación no tiene valor de prueba, ya por virtud de la confrontación, el dicho incompleto de los testigos adquiere valor de prueba y esa es su utilidad procesal.

IV.7.9.- LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL

La prueba circunstancial, llamada así por BENTHAM⁽¹⁰³⁾ porque su elaboración procede de un conjunto de circunstancias íntimamente relacionadas entre sí, resultante de una concepción esencialmente lógica y se basa en las leyes del raciocinio y de la experimentación.

Desde el derecho romano, la prueba circunstancial ha sido cuidadosamente estudiada, pero se le miraba con desconfianza y se prefería más la prueba natural; en este sentido, los Jueces formaban su convicción de una manera arbitraria, por lo que satisfacía más al espíritu el resultado obtenido mediante la confesión, ya que cuando ésta se lograba, los Tribunales no se preocupaban más por buscar medios de convencimiento.

En la actualidad, las pruebas naturales han ido perdiendo crédito en forma paulatina, debido a que es fácil que se presenten en el proceso testigos preparados que falsean los hechos, y en esas condiciones, el testimonio se encuentra sujeto a múltiples contingencias. Hasta la prueba confesional que antaño gozó de amplio crédito y era llamada "la reina de las pruebas", ha perdido terreno para considerarle en los últimos tiempos un simple indicio que debe ser corroborado con otros medios de prueba. La prueba circunstancial es ahora la que más satisface, la que más se acerca a los dictados de la razón, pero también la más difícil

⁽¹⁰³⁾ Citado por BRISEÑO SIERRA, Humberto. Ob. Cit. Pág. 1381.

de apreciar, porque su elaboración requiere de un proceso esencialmente lógico, pero constituye un campo fructífero para el descubrimiento de la verdad por medio del análisis de los hechos y de las circunstancias. En efecto, la prueba circunstancial tiene la ventaja, con relación con otras pruebas como el testimonio, que puede ser apreciada directamente por el Juez, que siempre encontrará una rica gama que le permitirá investigar la verdad de lo acontecido.

La prueba circunstancial se forma por el análisis de los hechos que encontramos comprobados y que llegan a nuestro conocimiento de una manera directa o indirecta, por el concurso de circunstancias que se encadenan y que permiten sostener una opinión fundada.⁽¹⁰⁴⁾

La Suprema Corte de Justicia de la Nación con referencia a la prueba circunstancial ha sustentado diversas tesis de jurisprudencia, entre las que destacan las siguientes:

"PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, IMPORTANCIA DE LA.- La moderna legislación en materia penal ha relegado a segundo término la declaración confesoria del acusado, a la que concede un valor indiciario que cobra relevancia sólo cuando está corroborada con otras pruebas, y, por el contrario se ha elevado al rango de "reina de las pruebas", la circunstancial, por ser más técnica y por que ha reducido los errores judiciales. En efecto, dicha prueba está basada sobre la inferencia o el razonamiento, y tiene, como punto de partida, hechos o circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido; esto es, ya un dato por completar, ya una

⁽¹⁰⁴⁾ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 539.

incógnita por determinar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto incriminado.”⁽¹⁰⁵⁾

“PRUEBA CIRCUNSTANCIAL. VALORACIÓN DE LA.- La prueba circunstancial se basa en el valor incriminatorio de los indicios y tiene, como punto de partida, hechos y circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido, esto es, ya un dato por complementar, ya una incógnita por determinar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación de culpable y acerca de la circunstancia del acto incriminado.”⁽¹⁰⁶⁾

IV.7.10.-LA PRUEBA INDICIARIA

Refiere JUAN PALOMAR DE MIGUEL que la palabra indicio viene de la voz latina *indicium*, que significa señal o signo aparente y probable de que existe alguna cosa. En ese sentido, el indicio es el conjunto de circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre hechos determinados.

En el campo procesal, los indicios son los signos, las señales, rastros o huellas que sirven para presumir que un hecho o acto pudo suceder o que ha sucedido. En otras palabras, toda acción o circunstancia relacionada con el hecho que se investiga y que permite inferir su existencia

⁽¹⁰⁵⁾ Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1917-1995. Tomo II. Materia Penal. Octava época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis número 663. Pág. 415.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibidem*. Tesis número 664. Pág. 416.

y modalidades, es un indicio; así, todo hecho que guarde relación con otro, puede ser llamado indicio, a condición de que esté probado.⁽¹⁰⁷⁾

Dentro del Derecho Procesal Penal, no existe otro medio probatorio tan versátil, eficaz y de mayores posibilidades de aplicación, como los indicios, por virtud de su esencia lógica, prolija materia y profunda penetración en la mayoría de las áreas sometidas a investigación, incluyendo los aspectos más recónditos y difíciles de demostración para el Tribunal en el proceso, por ejemplo, los resultados psicológicos, extraídos particularmente de la costumbre, fisonomía y actitud del inculpado, que exigen una minuciosa interpretación inseparable de la observación directa del Juez muchas veces con base en las máximas de la experiencia.

Así ocurre también con los *elementos subjetivos distintos del dolo y la culpa*, de que se componen algunos tipos penales, respecto de los cuales en ocasiones resulta casi imposible llegar, indubitablemente, al conocimiento que se busca solo mediante el empleo de los medios de prueba tradicionales, y así, en estos y otros ejemplos que se pueden dar, de no ser por los indicios, en ciertas situaciones procesales, la falta de prueba directa respecto de algunos componentes de ilícito penal, puede dar origen a sentencias absolutorias, y así tornarse la justicia en impunidad.

⁽¹⁰⁷⁾ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. Pág. II66.

El indicio atañe al mundo de lo fáctico, se refiere a hechos o actos pasados que una vez conocidos y probados pueden servir para inferir la verdad o falsedad de otros hechos. Consecuentemente, el indicio es un hecho probado que sirve de medio de prueba, ya no para probar, sino para presumir la existencia de otro hecho desconocido.⁽¹⁰⁸⁾

FRAMARINO refiere que toda prueba indirecta, sea presunción o indicio, presenta la forma lógica del raciocinio; pero mientras el raciocinio de la presunción va de lo conocido a lo desconocido, con el auxilio del principio de identidad, el raciocinio del indicio, por el contrario, va de lo conocido a lo desconocido, a la luz del principio de causalidad. El indicio es pues, para este autor, una de las dos especies de la prueba indirecta, ya que la otra está constituida por la presunción.⁽¹⁰⁹⁾

Por otra parte, JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE afirma que no es el indicio una prueba arbitraria o conjetural como la llamaban las leyes antiguas; es un hecho cierto que llega a nuestro conocimiento porque apreciamos su existencia a través de nuestros sentidos o por otros medios de información directa. Sigue diciendo que el indicio es la señal, el vestigio que dejó el delincuente; la huella del hecho, que, sin embargo, no es suficiente para llevarnos a la evidencia de lo que tratamos

⁽¹⁰⁸⁾ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Tratado sobre las Pruebas Penales. Tomo II. Quinta edición. Editorial Porrúa. México, 2000. Págs. 683 y siguientes.

⁽¹⁰⁹⁾ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Ob. Cit. Pág. 251.

de establecer; el indicio diverge de la presunción en que ésta sí es una probabilidad.⁽¹¹⁰⁾

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto al indicio como prueba en materia penal sustenta entre otras la tesis de jurisprudencia visible en la página 223, del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Primera Sala, Tomo V, Junio de 1997, Tesis: 1a./J. 23/97, bajo el rubro: PRUEBA INDICIARIA, CÓMO OPERA LA, EN MATERIA PENAL; cuyo tenor es el siguiente:

“En materia penal, el indicio atañe al mundo de lo fáctico, porque es un hecho acreditado que sirve de medio de prueba, ya no para probar, sino para presumir la existencia de otro hecho desconocido; es decir, existen sucesos que no se pueden demostrar de manera directa por conducto de los medios de prueba regulares como la confesión, testimonio o inspección, sino sólo a través del esfuerzo de razonar silogísticamente, que parte de datos aislados, que se enlazan entre sí, en la mente, para llegar a una conclusión”.

IV.8.- SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El valor de la prueba es el grado de credibilidad que contiene para provocar la certeza en el ánimo del Juez. Este valor se forma siguiendo un criterio cualitativo y cuantitativo. De acuerdo con el criterio cualitativo, todo

⁽¹¹⁰⁾ Citado por DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. Procedimiento Penal Mexicano. Ob. Cit. Pág. 473.

medio de prueba en principio, es apto para provocar la certeza. De conformidad con el criterio cuantitativo, los medios de prueba por si mismos no bastan para provocar la certeza, sino que necesitan complementarse con otros medios de prueba. ⁽¹¹¹⁾

Ahora bien, existe tanto en la doctrina como en el derecho comparado, cuatro sistemas de valoración de la prueba a saber:

a).- **EL SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL O TASADA:** Este sistema se sustenta en la verdad formal, es decir, solo se dispone de los medios probatorios establecidos en la ley y a reglas previamente fijadas por el legislador para su valoración. Se ha dicho que este sistema se funda en la necesidad de prevenir la arbitrariedad y la ignorancia del Juez. El artículo 355, del Código de Procedimientos Penales del Estado, adopta este sistema de valoración.

b).- **EL SISTEMA DE LA PRUEBA LIBRE:** Este sistema tiene su fundamento en el principio de la verdad material y se traduce en la facultad concedida al Juez para valorar las pruebas conforme a los dictados de la conciencia y a la lógica. Este sistema se justifica por la necesidad de adaptar a la prueba a la infinita variabilidad de los hechos humanos. El artículo 354, del citado Código Procesal, adopta, por otro lado este sistema.

⁽¹¹¹⁾ ARILLA BAS, Fernando. Ob. Cit. Pág. 104.

c).- **EL SISTEMA DE LA PRUEBA MIXTA.** Como su nombre lo indica, este sistema participa de los dos anteriores, es decir, sujeta la valoración de la prueba a normas preestablecidas por la ley, pero deja otras a la crítica o prudente arbitrio del Juez. El Código Federal de Procedimientos Penales y el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca adoptan el sistema mixto, con leve tendencia al sistema de la prueba legal. Genéricamente el Derecho Procesal Penal Mexicano adopta este sistema.

De las pruebas analizadas en este capítulo, la ley les da un valor probatorio determinado a las siguientes: documentos públicos y privados y, prueba confesional. Los restantes medios de prueba quedan a la consideración que de ellas realice el Juez, según el grado de credibilidad o de certeza que provoquen.

d).- **SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA:** La sana crítica es una fórmula para entregar al ponderado arbitrio judicial la apreciación de las pruebas, ante los peligros de la prueba tasada y por imposibilidad de resolver en los textos legales la complejidad de las situaciones infinitas de la prueba. Este sistema sujeta a la valoración tanto a las reglas de lógica como a la experiencia del Juez.

IV.9.- CIERRE DE INSTRUCCIÓN

Antes de procederse al cierre de instrucción, el artículo 225, del Código de Procedimientos Penales para el

Estado de Oaxaca, impone al Juez la obligación de dictar un acuerdo que declare concluido el período de desahogo de pruebas, debiendo emplazar a las partes para que dentro del término de cinco días promuevan las pruebas que todavía tuvieren pendientes; pruebas que en caso de existir, deberán ser desahogadas dentro de los quince días siguientes. Luego entonces, para que el Juez esté en la aptitud de declarar cerrada la instrucción, deberá primero declarar que ha concluido el plazo que al efecto se señala en el artículo 224, del propio ordenamiento legal, que consiste en un acuerdo que anuncia y emplaza a las partes haciéndoles saber que cuentan con cinco días para manifestar si desean que se desahogue algún otro medio de prueba que todavía tuvieren pendiente, en el entendido que de no hacer manifestación alguna, se procederá a cerrar el periodo de instrucción y una vez hecho lo anterior, ya no se admitirá ningún otro medio de prueba. Independientemente de que el Juez de oficio debe dictar el acuerdo que declare agotada la averiguación, las partes podrán promover, haciendo saber al Juez que no tienen más pruebas que ofrecer para que se proceda a dictar tal acuerdo y posteriormente se cierre la instrucción.

NOCIÓN DE CIERRE DE INSTRUCCIÓN: El cierre de instrucción es un acuerdo del Juez que declara cerrado o concluido el debate entre las partes; por consiguiente, concluido también el período de recepción de pruebas. En este mismo acuerdo, se deberá señalar fecha para la recepción de las pruebas que se hubieren ofrecido con

motivo del auto que declaró concluido el periodo de desahogo de pruebas y que pueden ser recibidas hasta dentro de la audiencia final, pero no después.

Con motivo del acuerdo que declara cerrada la instrucción, el Juez deberá correr traslado con el expediente al Ministerio Público Adscrito para que dentro del término de seis días formule las conclusiones de su parte y ordena también que hecho que sea, se corra traslado con las conclusiones acusatorias del Ministerio Público al acusado y su defensor para que también dentro del término de seis días formulen las conclusiones que estimen pertinentes; de conformidad con los artículos 446 y 455 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca.

Cerrada la instrucción, no se recibirán más pruebas por parte del Juez, salvo que sean pruebas supervenientes, o sea, aquellas que aparezcan después o que no se tuvo conocimiento de ellas durante la instrucción. Las pruebas supervenientes podrán ofrecerse y desahogarse hasta después de la sentencia de primer grado en la Segunda Instancia.

CAPÍTULO QUINTO

EL PERÍODO DEL JUICIO

**O
B
J
E
T
I
V
O
S**

- El lector explicará el contenido de las conclusiones del Ministerio Público.
- Explicará la forma y contenido de las conclusiones del acusado y su defensor.
- Entenderá y explicará a la audiencia final.
- Explicará la estructura y contenido de la sentencia de primera instancia.

CAPÍTULO QUINTO EL PERÍODO DEL JUICIO

El vocablo juicio tiene varias acepciones, pero debido a la fase en que nos encontramos dentro del presente curso, para nosotros significa sentenciar o decidir; declarar o aplicar el derecho a un caso particular y concreto.

Este periodo del juicio dentro del proceso penal inicia con el auto que declara cerrada la instrucción, precisamente cuando se corre traslado con el expediente al Ministerio Público para que formule sus conclusiones y al acusado y su defensor para los mismos efectos. Como se aprecia, el sujeto activo del delito, deja de ser procesado para convertirse ahora en acusado en este periodo del proceso penal y el Ministerio Público a su vez, deja de ser parte para convertirse nuevamente en autoridad. Concluido pues el periodo de aportación de pruebas y agotada la instrucción del proceso, se llega a un acto de particular importancia: Las conclusiones, estas son recapitulaciones que hacen el Ministerio Público, el acusado y su defensor acerca del material reunido a lo largo de la instrucción y sobre su implicación para el proceso y la sentencia. En tal virtud, cada uno formulará sus consideraciones sobre los hechos y el derecho; con base en ellas arribarán a cierto resultado, que constituye la conclusión de las partes sobre el proceso. Se trata, en esencia de un juicio de las partes, que precede al juicio del Juez y que pretende influir sobre

éste. Las conclusiones son entonces, ponencias dirigidas a obtener sentencia favorable a los intereses que cada cual tiene o representa.

V.1.- LAS CONCLUSIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Las conclusiones del Ministerio Público constituye un acto esencial y de importancia definitiva dentro del proceso penal.

El Ministerio Público realiza la función persecutoria de los delitos en dos momentos procesales: El primero, cuando ejercita la acción penal ante el Juez, fundado en las presunciones que derivan de la averiguación previa practicada por él mismo y; un segundo momento, cuando formula sus conclusiones acusatorias, fundado en las pruebas recibidas durante el periodo de instrucción y en las que se basa para hacer una clasificación definitiva de los hechos materia del proceso y pedir la aplicación de la pena correspondiente al caso concreto.

Las conclusiones del Ministerio Público, tratándose del proceso penal ordinario, deberán ser siempre por escrito; pero tratándose del proceso penal sumario, podrán ser verbales, pues se formularán dentro de la audiencia final.

Las conclusiones son el acto procesal en el que las partes reiteran su posición en el proceso, a la luz del material probatorio reunido durante la instrucción. Se suele decir

que en este momento la acción penal ejercitada por el Ministerio Público entra en una fase acusatoria.⁽¹¹²⁾

Estas conclusiones del Ministerio Público, pueden ser de dos clases: acusatorias y no acusatorias.

V.1.1.- CONCLUSIONES ACUSATORIAS

En las conclusiones acusatorias, el Ministerio Público precisa su acusación, ratifica y reafirma el ejercicio de la acción penal que hizo valer al inicio del proceso. En ese sentido, las conclusiones del acusador constituyen un elemento clave para la continuación del proceso que podría concluir con el sobreseimiento, para la definición última de las pretensiones que condicionan materialmente el alcance de la sentencia, en razón de que la sentencia no puede rebasar el alcance de las conclusiones, es decir, no puede ir más allá del contenido de las conclusiones acusatorias, que son el límite de la pretensión y el contenido sustantivo de la acción penal.⁽¹¹³⁾

Al formular sus conclusiones acusatorias, el Ministerio Público deberá efectuar una exposición sucinta y metódica de los hechos conducentes, proponiendo las cuestiones de derecho que surjan, invocando leyes, jurisprudencia, ejecutorias o doctrinas aplicables y planteando proposiciones concretas relacionadas con las pruebas aportadas tendientes a demostrar la existencia plena del delito y la

⁽¹¹²⁾ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. Ob. Cit. Pág. 236.

⁽¹¹³⁾ *Ibidem*. Pág. 237.

responsabilidad en que hubiere incurrido el acusado, incluyendo las circunstancias modificativas, calificativas o agravantes de la penalidad. Sin pasar por alto las consideraciones relativas al pago de la reparación del daño, para concluir:

- a).- Que ha lugar a acusar;
- b).- La individualización y aplicación de las sanciones conforme a las disposiciones legales conducentes y;
- c).- El pago de la reparación del daño proveniente del delito.

V.1.2.- CONCLUSIONES NO ACUSATORIAS

Las conclusiones de no acusación constituyen una exposición fundada jurídica y doctrinalmente en los elementos instructorios del procedimiento en los que se apoya el Ministerio Público para fijar su posición legal, justificando la no acusación al procesado y la libertad del mismo, ya sea porque el delito no hubiere existido, o que existiendo, no le sea imputable, o porque se actualice en su favor alguna causa de exclusión del delito, o bien, medie perdón o consentimiento del ofendido. En la práctica cotidiana, resulta raro encontrar conclusiones de esta naturaleza, pues la regla general es que el Ministerio Público formule conclusiones acusatorias.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, en sus artículos 449, 450 y 452, dispone que cuando las conclusiones del Ministerio Público fueren de no acusación, dentro de tres días, el Juez deberá remitirlas al Procurador General de Justicia, para que este funcionario dentro de los ocho días siguientes determine si confirma, modifica o revoca dichas conclusiones. En el caso de confirmarse las conclusiones no acusatorias, una vez recibida dicha confirmación será causa de sobreseimiento de la causa, produciéndose de inmediato la libertad absoluta del sentenciado absuelto.

Por su parte, el artículo 451, del mismo ordenamiento legal, dispone que cuando se trate del delito de homicidio y el Agente del Ministerio Público que formuló las conclusiones acusatorias es lego, es decir, no abogado o abogado no titulado, también se mandará dar vista con ellas al Procurador General de Justicia del Estado para su revisión.

V.2.- CONCLUSIONES DEL ACUSADO Y SU DEFENSOR

El artículo 455, del Código Procesal que se viene invocando, ordena que una vez que el Juez reciba el pliego de conclusiones acusatorias del Ministerio Público, deberá correr traslado con ellas al acusado y su defensor para que dentro del término de seis días también formulen las conclusiones que crean procedentes. Luego entonces, estas conclusiones tienen como antecedente necesario las conclusiones acusatorias del Ministerio Público, porque si éste no ha presentado acusación, no tendría sentido que el

defensor solicitara la inculpabilidad cuando no ha habido acusación o la disminución de una pena no solicitada previamente por el órgano de acusación.

Según el artículo 456, del mismo ordenamiento legal, estas conclusiones pueden presentarse por escrito por el defensor, pero sin sujeción a ninguna regla y en cualquier tiempo, hasta antes que se declare visto el proceso. Además, puede modificarlas o retirarlas libremente; y si no se formulan, el Juez de oficio tendrá por formuladas las de inculpabilidad en favor del acusado. No acontece lo mismo cuando se trata de las conclusiones del Ministerio Público, pues en este caso, dichas conclusiones constituyen una obligación ineludible del órgano de acusación.

V.3.- DE LA AUDIENCIA FINAL

Ordena el artículo 459, del citado Código Procesal, que el mismo día en que reciba el Juez las conclusiones del defensor o al momento de tenerle por formulando las de inculpabilidad, deberá señalar fecha para que dentro de los cinco días siguientes tenga lugar la audiencia final o de vista.

La audiencia final, llamada así en virtud de que es la última que se lleva a cabo dentro del proceso y tiene los efectos de citación para sentencia, que deberá pronunciar el Juez dentro de los quince días siguientes a aquella, con lo que se pone fin al proceso en Primera Instancia. En esta audiencia, las partes se hacen oír del Juez sobre las posturas procesales y de fondo que hubieran sostenido dentro del

periodo de instrucción y hecho lo anterior, el propio Juez declarará visto el proceso y los citará para oír sentencia.

Por otra parte y en acatamiento al principio de inmediación procesal, el Juez deberá presenciar el desahogo de la audiencia final para grabar en su conciencia lo más fresco del proceso para poder sentenciar, es decir, guardar la impresión de lo que las partes aleguen y hubieren querido llamar más su atención.

Finalmente, el artículo 461, del mismo cuerpo de leyes, dispone que dentro de la audiencia final sólo se recibirán las pruebas que se hubieren ofrecido con la debida oportunidad y que por alguna circunstancia no hubieren sido desahogadas; además de las pruebas supervenientes.

V.4.- DE LA SENTENCIA

El vocablo sentencia proviene del latín *sententi*, que quiere decir máxima, parecer, pensamiento corto. En ese sentido es la resolución con la que concluye el procedimiento penal en Primera Instancia. ⁽¹¹⁴⁾

Sentencia es la resolución que pronuncia el Juez o el Tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia; lo que significa la terminación normal del proceso. RIVERA SILVA, ⁽¹¹⁵⁾ sostiene que la sentencia es el momento culminante de la actividad jurisdiccional. En ella, el órgano

⁽¹¹⁴⁾ HERNANDEZ PLIEGO, Julio Antonio. El Proceso Penal Mexicano. Ob. Cit. Pag. 546.

⁽¹¹⁵⁾ RIVERA SILVA, Manuel. Ob. Cit. Pág. 309.

encargado de aplicar el derecho, resuelve sobre cuál es la consecuencia que el Estado señala para el caso concreto sometido a su conocimiento. El mismo autor sigue diciendo que en la sentencia el Juez determina el enlace de una condición jurídica, con una consecuencia jurídica y que con motivo de esta actividad sobresalen tres momentos: uno de conocimiento, otro de juicio o clasificación y otro de voluntad o decisión. El momento de conocimiento consiste en la labor que realiza el Juez para conocer qué es lo que jurídicamente existe, es decir, qué hechos quedan acreditados por medio de las reglas jurídicas. El juicio o clasificación es una función exclusivamente lógica, en la que el juzgador, por medio de raciocinio determina el lugar que corresponde al hecho jurídicamente comprobado. Por último, el momento de voluntad se ubica en la actividad que realiza el Juez al determinar cuál es la consecuencia que corresponde al hecho ya clasificado, dentro del marco que la ley establece.

Con la sentencia, termina la jurisdicción del Juez de Primera Instancia en virtud de que dicha resolución pone fin al proceso al resolver sobre el fondo del asunto.

Por su parte, COLÍN SÁNCHEZ considera que: “La sentencia penal, es la resolución del Estado por conducto del Juez, fundada en los elementos del injusto punible y en las circunstancias objetivas, subjetivas y normativas condicionantes del delito y en el cual se define la pretensión punitiva estatal, individualizando el derecho y poniendo con ello fin a la instancia”.⁽¹¹⁶⁾

⁽¹¹⁶⁾ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 574.

V.4.1.- VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LA SENTENCIA

Para que la sentencia tenga validez Constitucional y produzca efectos jurídicos lícitos, el Juez deberá atender la satisfacción de los requisitos siguientes:

a).- Sólo se podrá dictar la sentencia cuando exista acción penal que dé origen al proceso y le dé sustentación jurídica. La resolución que se dicte en ausencia de la acción penal, invade la esfera de competencia del Ministerio Público y constituye un exceso de poder y por consiguiente, contrario a la Constitución.⁽¹¹⁷⁾

b).- En la sentencia sólo se podrán imponer las penas que correspondan por el delito que se acusa al procesado, sobre la base de los términos de la petición del Ministerio Público. El Juez está imposibilitado para imponer una sanción mayor por el delito cometido, sino que debe ser exactamente la que pida el Ministerio Público en sus conclusiones acusatorias, pues imponer una sanción mayor a la solicitada por el órgano de acusación constituye un exceso de poder porque invade la esfera de competencia del órgano de la representación social y conculca en perjuicio del acusado el principio de legalidad.

c).- La sentencia sólo debe concretarse a juzgar sobre la existencia del delito que fue materia de la acusación y

⁽¹¹⁷⁾ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Ob. Cit. Pág. 226.

que integra el litigio; pues el Juez no tiene facultades para condenar al acusado por un delito distinto. Tales dictados, ciñen en forma estricta los actos de autoridad del Juez al principio de legalidad.

d).- Está prohibido al juzgador condenar al acusado por delito distinto del que le acusa el Ministerio Público, no obstante que se encuentre probada su existencia; ya que tales actos privarían del derecho de defensa al gobernado y a decir de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ello entrañaría juzgarlo por analogía o mayoría de razón. En principio, la sentencia debe dictarse por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión, y que sólo podrá variarse cuando el Ministerio Público al formular sus conclusiones reclasifique el delito y pida que la sentencia se dicte por el delito que aparezca probado en autos, en base a las pruebas aportadas durante el periodo de instrucción; pues el Juez de *motu proprio* no puede hacer tal reclasificación, pues ello entrañaría rebasar la acusación del Ministerio Público, lo que le está Constitucionalmente prohibido.

V.4.2.- REQUISITOS DE LA SENTENCIA

Los requisitos que debe contener la sentencia, se resumen en los siguientes:

a).- La fecha en que la sentencia se pronuncia, lo que reviste gran importancia para el efecto de que una vez notificada a las partes, empiece a computarse el término para la interposición del recurso o medio de impugnación que proceda.

b).- El lugar en que se pronuncia, destacando con ella la jurisdicción que le compete a la autoridad que la dicta.

c).- El nombre y los apellidos de la persona a quien se sentencia, debiéndose agregar el sobrenombre con el que también se le identifica, así como su edad, estado civil, grado de instrucción y el oficio o profesión a la cual se dedica. Asimismo, su ingreso y dependientes económicos.

d).- Un extracto de los hechos que tengan vinculación directa con los puntos resolutiveos de la sentencia, es decir, el lugar en donde se desarrollaron los hechos que fueron materia del proceso, la fecha y la hora aproximada en que tuvieron lugar los mismos.

e).- Las consideraciones de carácter humano y los fundamentos legales de la sentencia.

f).- Propiamente la resolución referida al caso concreto, o sea, la opinión jurídica del juzgador conforme a los elementos que obren en el expediente. ⁽¹¹⁸⁾

V.4.3.- ESTRUCTURA FORMAL DE LA SENTENCIA

Toda sentencia debe estructurarse con un preámbulo, un resultando, un considerando y puntos resolutiveos o sentencia propiamente dicha. Precisaremos cada uno de estos conceptos:

⁽¹¹⁸⁾ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. Ob. Cit. Pág. 186.

a).- **PREAMBULO:** En esta parte deben señalarse, además del lugar y la fecha, el Tribunal de donde emana la resolución, los nombres de las partes y la identificación de la clase de proceso en que se está dando la sentencia. Esto es, que en el preámbulo deben vaciarse todos los datos de identificación plena del asunto sobre el que dicta la sentencia.

b).- **RESULTANDOS:** Los resultandos son simples consideraciones de tipo histórico; en ellos se relatan los antecedentes del asunto, refiriéndose a la posición de cada una de las partes –Ministerio Público y el acusado–, sus afirmaciones, los argumentos que han esgrimido, así como la serie de pruebas ofrecidas y desahogadas dentro del proceso. En esta parte de la sentencia se debe tener mucho cuidado, pues no se debe hacer ninguna consideración de tipo estimativo o valorativo, ya que los resultandos sólo son consideraciones histórico descriptivas.

c).- **CONSIDERANDOS:** Los considerandos son, sin lugar a dudas, la parte medular de la sentencia. Es aquí donde después de haberse relatado en la parte de resultandos toda la historia y todos los antecedentes del asunto, se llega a las conclusiones y a las opiniones del Juez, resultado de la confrontación entre las pretensiones del Ministerio Público y las resistencias del acusado y su defensor, y también a través de la luz que las pruebas hubieren arrojado sobre la materia de la controversia.

De esta manera, en los considerandos de la sentencia, el Juez o Tribunal determinan la responsabilidad o

irresponsabilidad del acusado para poder condenarle o absolverle, sobre la base del enlace lógico y natural más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca. Asimismo, debe expresarse que en caso de duda, el Juez deberá absolver al acusado, de conformidad con la parte última del artículo 348, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca. En esta misma parte de la sentencia, se individualiza la pena y se conmuta o sustituye en caso de ser procedente.

En apretada síntesis, en esta parte de la sentencia penal, el Juez deberá señalar con toda precisión los temas siguientes:

1.- La competencia que tiene para conocer y resolver sobre el asunto sometido a su conocimiento, de conformidad con el Título Segundo, Capítulo Primero, relativo a la competencia jurisdiccional, del Código de Procedimientos Penales del Estado. La competencia de los Tribunales, en ese sentido, se determina en función de la materia, territorio, grado y cuantía.

2.- La comprobación de la existencia del o los delitos por los cuales se siguió el proceso, así como sus elementos constitutivos y la responsabilidad penal plena del acusado en su comisión. Aquí ya no se hará alusión al cuerpo del delito, pues éste sólo sirvió de base al proceso.

3.- Como consecuencia de lo anterior, la individualización de la pena al caso concreto, según los lineamien-

tos que al efecto señalan los artículos 73 y 74 del Código Penal del Estado. En este mismo apartado, podrá el Juez otorgar las medidas sustitutivas que estime sean procedentes a favor del sentenciado, pudiendo ser por ejemplo, la condena condicional, la sustitución de la pena privativa de libertad por multa, entre otros.

d).- **PUNTOS RESOLUTIVOS:** Los puntos resolutiveos de la sentencia son la parte final de la misma, en donde se precisa en forma muy concreta el sentido de la resolución que se pronuncia, es decir, si es favorable o adversa al reo; si existe condena, se precisará también el tiempo de duración de esta y la forma en que deberá ejecutarse. En otras palabras, los puntos resolutiveos constituyen la síntesis de la sentencia.

V.4.4.- SENTENCIA EJECUTORIA

Las sentencias de Primera Instancia son definitivas porque ponen fin al proceso, terminan con la instancia y jurisdicción del Juez. Sin embargo, por regla general, admiten medios de impugnación cuyos efectos pueden variar el sentido de dichas resoluciones.

Hay sentencia ejecutoria cuando estas resoluciones han quedado firmes y no admiten ningún recurso legal ordinario, salvo el juicio de amparo, como medio impugnatorio autónomo. Con la sentencia ejecutoria se presenta la cosa juzgada o verdad legal. En la cosa juzgada radica la más alta determinación del Estado a través del Poder Judicial.

Las sentencias penales pueden causar ejecutoria por determinación judicial o por disposición de la ley.

a).- Causan ejecutoria por declaración judicial las sentencias de Primera Instancia que notificadas legalmente a las partes, éstas no las impugnan dentro del término que la ley fija, es decir, dentro de los cinco días. En tal caso, el Juez deberá hacer la declaración correspondiente haciendo saber a las partes que dicha resolución ha causado ejecutoria por no haberse interpuesto el recurso legal para impugnarla; consecuentemente si es condenatoria, deberá notificarse y ponerse al reo a disposición del ejecutivo para efectos de la ejecución de la pena.

b).- Causan ejecutoria por disposición de la ley, primeramente las sentencias dictadas dentro de los procesos sumarios o sumarísimos, en términos de la última parte del artículo 469, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca. En segundo lugar, causan ejecutoria por ministerio de ley todas las sentencias dictadas en la Segunda Instancia, es decir, por el simple hecho de dictarse y notificarse a las partes, causan ejecutoria; sin perjuicio, desde luego, de la procedencia del Juicio de Amparo Directo.

Por último y por lo que se refiere a las sentencias absolutorias de Primera Instancia, independientemente del derecho que tiene el Ministerio Público para interponer el recurso de apelación, el Juez que la dicte, tiene la obligación de ejecutar tal resolución, es decir, mandar poner en inme-

diata libertad a la persona absuelta, sin perjuicio de que con posterioridad se libre orden de reaprehensión en su contra para el caso de que dicha sentencia sea revocada por el Tribunal de apelación.

CAPÍTULO SEXTO

DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

- O
B
J
E
T
I
V
O
S**
- El lector explicará los medios de impugnación existentes dentro del proceso penal.
 - Explicará los requisitos de procedencia de todo recurso dentro del proceso penal.
 - Explicará el recurso de apelación y los efectos en que procede.
 - Entenderá y explicará los restantes recursos procedentes dentro del proceso penal.

CAPÍTULO SEXTO DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

VI.1.- CONCEPTO DE MEDIOS DE IMPUGNACION

La palabra impugnar tiene su origen etimológico en el vocablo del mismo nombre, que a su vez proviene de *impugnare*, formada de *in* y *pugnare*; que significa combatir.⁽¹¹⁹⁾

Para ALCALA ZAMORA, los medios de impugnación son actos procesales de las partes, orientados a obtener un nuevo examen total o limitado a determinados extremos, y un nuevo procedimiento acerca de una resolución judicial que el impugnador no estima ajustada a derecho, en el fondo o la forma, o que considera errónea en cuanto a la fijación de los hechos. A esta noción se puede agregar la promoción de una nueva acción como lo es el juicio de amparo en cuanto medio de impugnación independiente.⁽¹²⁰⁾

De manera genérica, los medios de impugnación son aquellos que la ley prevé para que las partes o los sujetos interesados dentro del proceso penal puedan utilizar para combatir las resoluciones del Juez Penal que consideren les ocasiona algún agravio o violación a su interés jurídicamente protegido. Dentro de los medios de impugnación

⁽¹¹⁹⁾ BRISEÑO SIERRA, Humberto. Ob. Cit. Pág. 1484.

⁽¹²⁰⁾ Citado por MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Et Al. El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos. Editorial Porrúa. México, 2000. Pág. 470.

se engloban todas aquellas formas de atacar jurídicamente una resolución o un acto del Juez o Tribunal dentro del proceso.

Es bien sabido que los medios de impugnación sólo pueden ser empleados por las partes legitimadas dentro del proceso, empero en materia penal, eventualmente el ofendido que si bien no es considerado como parte, también puede emplearlos cuando dicha impugnación se refiera a la reparación del daño proveniente del delito cometido.

JOSE HERNANDEZ ACERO refiere que los medios de impugnación son recursos que la ley procedimental concede a las partes, para lograr que una determinada resolución se revise. En ese sentido, este autor sigue diciendo que el Juez, como persona humana es susceptible de equivocarse al apreciar los hechos y concretamente al aplicar la ley, por lo tanto frente a esa posibilidad nacen los recursos para enmendar las equivocaciones jurisdiccionales, y bajo esa tesis, los recursos tienen su origen en la contingente falibilidad humana.⁽¹²¹⁾

Por su parte, el Doctor MARCO ANTONIO DÍAZ DE LEÓN afirma que los medios de impugnación son los recursos que la ley concede a las partes para obtener que una providencia judicial sea modificada o dejada sin efecto. Sigue diciendo que para entender a los medios de impugnación se hace necesario recordar que el proceso no se desarrolla en forma arbitraria o desordenada sino

⁽¹²¹⁾ HERNANDEZ ACERO, José. Apuntes de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, México, 2000. Pág. 82.

que con sujeción a normas permisivas o prohibitivas que establecen las facultades y las cargas que a cada quien corresponda; por lo que el proceso se desdobra dentro de un juego de posibilidades bajo el control recíproco de los sujetos que integran la relación procesal; por lo que de la misma manera como cada parte sigue con atención la actividad procesal del adversario, para contenerla mediante la intervención del Juez dentro del límite que corresponda, ambas partes tienen también la de controlar la actuación del Juez, impugnando sus resoluciones cuando no se ajustare a las normas establecidas para cada caso. La base filosófica y jurídica de los medios de impugnación para este autor se encuentran en una aspiración de justicia, porque el principio de inmutabilidad de los fallos definitivos, que constituye a su vez el fundamento de la cosa juzgada, derivado de la necesidad de certeza para la estabilidad de las relaciones jurídicas, cede ante la posibilidad de una sentencia injusta, y los recursos no son otra cosa que el modo de fiscalizar la justicia de lo resuelto.⁽¹²²⁾

GARCÍA RAMÍREZ y ADATO DE IBARRA, sostienen que la falibilidad judicial o en la deliberada injusticia encuentra su razón de ser el procedimiento impugnativo, por el que se combaten las resoluciones de un Juez, sea ante este mismo, sea ante otra autoridad jurisdiccional de superior grado. Se afirma que existe una distinción entre impugnación como género y el recurso como especie.⁽¹²³⁾

⁽¹²²⁾ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. Pág. 1386.

⁽¹²³⁾ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Pág. 968.

VI.1.1.- CLASIFICACION DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACION

Un sector importante de la doctrina en esta materia coincide en señalar que estos medios de impugnación pueden clasificarse en remedios, recursos y juicios impugnatorios.

Dentro de los remedios se comprenden la revocación y la aclaración de sentencia, que son resueltos por la autoridad que dictó la resolución que se combate a través de este medio de impugnación.

Los recursos a su vez pueden ser ordinarios y extraordinarios. Estos son tramitados y resueltos por una autoridad diversa y jerárquicamente superior a la que dictó la resolución impugnada, por lo mismo se les denomina medios verticales de impugnación.⁽¹²⁴⁾

Dentro de los recursos ordinarios encontramos a la apelación y a la queja. Como recurso extraordinario tenemos a la declaración de inocencia (indulto necesario), a que se refieren los artículos 102 y 103, del Código Penal del Estado de Oaxaca.

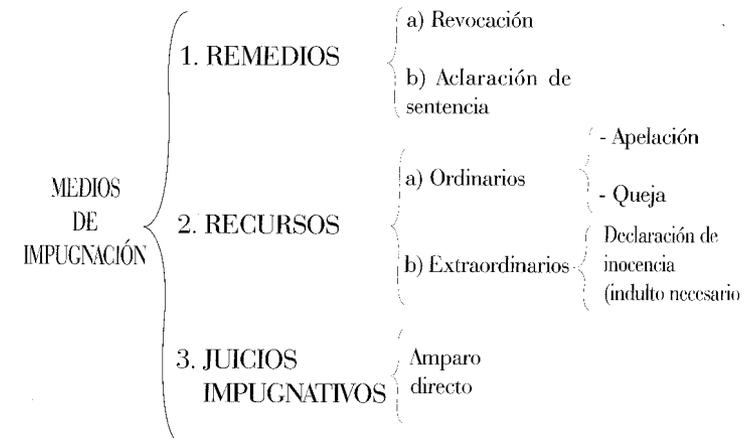
Como juicios impugnatorios encontramos al juicio de amparo directo. Los juicios impugnatorios son verdaderos juicios porque se ventilan de manera autónoma ante una autoridad distinta de aquélla en que se ventiló el proceso penal y se entabla contra una sentencia que ha quedado

⁽¹²⁴⁾ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. Programa de Derecho Procesal Penal. Quinta edición. Editorial Porrúa. México, 2000. Pág. 281.

firme, es decir, que a adquirido la categoría de cosa juzgada y se integra con una demanda, contestación, audiencia de pruebas, alegatos y sentencia y el caso concreto es el juicio de amparo.

En el anterior sentido, el juicio de amparo directo tiene como naturaleza jurídica, la propia de los recursos, ya que éstos son medios de impugnación de resoluciones jurisdiccionales, en donde el órgano encargado de dirimir esa controversia, se dedica a revisar la resolución recurrida. Ahora bien, el juicio de amparo directo tiende a revisar las resoluciones de los Tribunales del Estado, para detrmnar si las mismas fueron dictadas conforme a derecho, o si por el contrario, adolecen de vicios que impliquen contravenciones al orden jurídico nacional, en cuanto a su apego a los mandatos Constitucionales y, por virtud de las garantías de legalidad y de exacta aplicación de la ley en materia penal.

Comparemos el cuadro siguiente:



VI.2.- NOCIÓN DE RECURSO

Dictadas por seres humanos, por consiguiente falibles, las resoluciones judiciales pueden ser erróneas e injustas, contrarias a la voluntad y a la letra de la ley. Para corregir esos errores existen medios de impugnación, generalmente agrupados bajo el concepto de recursos. Dentro de ciertos límites legales es posible impugnar una resolución judicial, combatirla, inconformarse con ella y procurar una modificación.

La impugnación, como se dijo en líneas anteriores, es un derecho que tienen las partes cuando estimen que la resolución les ocasiona agravios. El agravio es la lesión indebida del interés que las partes tienen o representan. Los recursos sólo se conceden cuando la parte que los hace valer sufre un agravio por la resolución que impugna, pues sin agravio no puede haber recurso; de lo que se infiere que las violaciones a la ley o a la doctrina meramente teóricas y que no perjudiquen a ninguna de las partes, no son recurribles. Para que exista un agravio no es suficiente que la ley o los principios generales del derecho hayan sido violados por la resolución, pues es preciso además que la violación importe un daño a los intereses o derechos del recurrente.

La palabra recurso tiene dos sentidos, uno amplio y otro restringido. En sentido amplio, recurso significa el medio que otorga la ley para que la persona agraviada por una resolución judicial obtenga su revocación, modificación o nulidad. En sentido restringido, el recurso presupone que la revocación, rescisión o nulidad de la resolución estén

encomendados a Tribunales de instancia superior a aquél que las pronunció.⁽¹²⁵⁾

La palabra recursos proviene del vocablo de origen latín *recursus*, que literalmente significa regreso, retroceso, volver el camino andado. Dentro del proceso penal, los recursos son: “medios establecidos por la ley para impugnar las resoluciones judiciales que, por alguna causa fundada, se consideran ilegales o injustas, garantizando de esta manera, en forma más abundante el buen ejercicio de la función judicial”.⁽¹²⁶⁾

RIVERA SILVA⁽¹²⁷⁾ afirma que el recurso viene a ser, en términos sencillos, un segundo estudio sobre un punto que se estima resuelto de manera no apegada al derecho. Este segundo estudio no se hace en forma anárquica, pues está sujeto a los principios o restricciones siguientes:

a).- Una restricción del número de los recursos, en tanto que a la sociedad le interesa la pronta administración de la justicia, y por ende no es posible que contra una resolución se permita un sinnúmero de revisiones que, indudablemente retardarían la aplicación de la ley. Atento a ello, los recursos se encuentran limitados.

b).- Una restricción en lo tocante a la clase de resolución que se recurre; pues el legislador fija, de manera precisa, cuáles son las resoluciones que pueden ser objeto de una segunda revisión.

⁽¹²⁵⁾ PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Ob. Cit. Pág. 685.

⁽¹²⁶⁾ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 608.

⁽¹²⁷⁾ RIVERA SILVA, Manuel. Ob. Cit. Pág. 319.

Por ejemplo, no son recurribles las sentencias que se lleguen a dictar dentro del proceso penal sumarísimo.

VI.2.1.- REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS

Para que proceda a trámite todo recurso se requiere que previamente se satisfaga los requisitos siguientes:

a).- **LEGITIMIDAD DE LA PARTE QUE LO PROMUEVE:** Lo que significa que quien promueve o interpone el recurso debe estar legitimado o reconocido su carácter dentro del proceso.

b).- **PLAZO DE INTERPOSICIÓN:** El recurso deberá interponerse dentro del plazo que al efecto señale la ley, ya que si se hace fuera de éste, se tendrá por no interpuesto. Regularmente, el recurso puede hacerse valer en el acto de la notificación o dentro de los plazos específicos que para cada recurso la ley señale.

c).- **IDONEIDAD DE LA PARTE QUE LO PROMUEVE:** Significa que siempre se debe interponer el recurso adecuado a la resolución de que se trata. La excepción a este requisito se presenta cuando quien interpone el recurso es el inculpado o sentenciado, pues en tal caso la ley dispone que cuando dicho inculpado manifiesta su inconformidad con la resolución que se notifica, se le tendrá por interpuesto el recurso que proceda, en términos del artículo 510, del Código de Procedimientos Penales del Estado.

d).- **PRINCIPIO DEL AGRAVIO:** Respecto al agravio, éste solo puede ser hipotético, es decir, que el recurso se admitirá a trámite aún cuando sólo se dé en la hipótesis y no en la realidad el agravio que alegue la parte que lo interpone y la decisión de que si existe o no agravio se determinará en el momento en que se resuelve en definitiva dicho recurso. En la práctica puede existir el caso de que en concreto no se hubiere producido agravio alguno, sin embargo se hizo valer el recurso que culminó resolviendo la ausencia del agravio a la parte inconforme.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, prevee como recursos los siguientes: Revocación, apelación y queja. Veamos brevemente cada uno de ellos.

VI.3.- EL RECURSO DE REVOCACIÓN

La revocación es un medio de impugnación ordinario, instituido para combatir los autos, en contra de los cuales no procede el recurso de apelación, para el efecto de que la autoridad que lo dictó lo deje sin efecto en todo o en partes o la sustituya por otro. El recurso de revocación procede contra autos dictados por el Juez de Primera Instancia o los Magistrados que integran la Sala o Tribunal de Segunda Instancia, que generalmente son autos de mero trámite.

Por otra parte y por regla general, la autoridad no puede revocar sus propias determinaciones, pero la procedencia del recurso de revocación constituye un caso de excepción por no encontrarse previsto el recurso de apelación para

combatir tal auto, para lograr su reposición en muchos casos.

El recurso de revocación puede interponerse en el acto mismo de la notificación del auto o dentro de las veinticuatro horas siguientes, debiendo expresarse los agravios que la resolución impugnada ocasiona al recurrente, pues en caso contrario será improcedente el recurso y el Juez o Tribunal lo tendrá por no interpuesto.

El recurso de revocación se encuentra regulado en los artículos del 514 al 517, del Código de Procedimientos Penales del Estado.

VI.4.- EL RECURSO DE APELACIÓN

El recurso de apelación es un medio de impugnación a través del cuál se reexamina una resolución dictada por el Juez de Primera Instancia, con el objeto de que el Tribunal jerárquicamente superior revoque o modifique la resolución apelada.

El recurso de apelación es pues, el que se interpone ante el Juez de Primera Instancia, para que el Tribunal de Segunda Instancia modifique o revoque la resolución contra la cuál se hace valer.

La apelación es el más importante de los recursos ordinarios con el que se abre la Segunda Instancia y ésta solamente se abrirá a petición de la parte legítima; salvo que se trate de una sentencia que imponga la pena de treinta años

de prisión, pues en tal caso se tendrá de oficio interpuesto el recurso de apelación en contra de dicha sentencia. La apelación es el medio con el que normalmente se combaten las resoluciones judiciales más significativas, cuando causan agravios a alguna de las partes. En principio, tanto, el Ministerio Público como el inculpado y su defensor pueden apelar, impugnando la resolución que les sea desfavorable. En el acto de apelar o en la audiencia de vista, han de expresar cuáles son los agravios que les ocasiona la resolución recurrida; explicarán porque consideran que aquellas les produce un perjuicio jurídico indebido, en virtud de una inaplicación o aplicación inexacta de la ley correspondiente, errónea valoración de la prueba, alteración de los hechos en la resolución impugnada o carencia de fundamentación y motivación. La consecuencia de la apelación es que se modifique, revoque o confirme la resolución apelada; pero también el Tribunal de Alzada podrá ordenar la reposición del procedimiento cuando advierta serias violaciones o violaciones directas a la Constitución en perjuicio del reo. Obviamente, el recurrente pretende que se revoque o cuando menos se modifique la resolución, pero no que se confirme, pero éste puede ser el resultado de la apelación cuando el Tribunal Superior desestima la pretensión del apelante.

VI.4.1.- EFECTOS EN QUE PROCEDE EL RECURSO DE APELACIÓN

Los artículos 521 y 522, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, que se viene consultando, previene que el recurso de apelación puede admitirse en el efecto devolutivo o en ambos efectos.

a).- EFECTO DEVOLUTIVO: En el efecto devolutivo significa que la interposición del recurso de apelación produce el efecto de que el Tribunal inferior devuelve al superior la jurisdicción que recibió de él. El efecto devolutivo no suspende la jurisdicción del Juez de Primera Instancia, pues válidamente puede seguir actuando en el proceso, aún después de admitir el recurso y remitir las constancias o el expediente original o duplicado a su superior jerárquico para la substanciación del recurso.

El efecto devolutivo en la apelación produce una doble consecuencia: Por una parte, mantiene viva la jurisdicción del Juez para seguir actuando, y por la otra, permite al superior intervenir única y exclusivamente como revisor de la resolución recurrida. Si se confirma la resolución, el juicio continuará con su trámite legal, pero si se revoca, ello implicará la anulación de las actuaciones posteriores a la interposición del recurso o la reposición de aquéllas que se opongán a lo resuelto por el Tribunal de Alzada.

Como en el caso de las apelaciones admitidas en el efecto devolutivo, el Juez mantiene viva su jurisdicción, no habrá impedimento para que se siga actuando e incluso para que se ejecute la determinación del Juez de primera instancia. En efecto, si la resolución consistiera en la libertad de una persona, la apelación interpuesta por el Ministerio Público no será obstáculo para que el detenido sea puesto en libertad, independientemente de que con posterioridad se libre orden de reaprehensión en su contra para el caso de que la resolución sea revocada por el Tribunal Superior; por ejemplo, cuando se trata de un auto de libertad por

falta de elementos para procesar o de una sentencia absolutoria. Si fuera el procesado quien interpusiere el recurso de apelación contra el auto de formal prisión, por el que deba continuar privado de su libertad, sin suspensión del procedimiento, se mandará substanciar el recurso de apelación, y la privación de la libertad continuará juntamente con la secuela del juicio.

Son apelables en el efecto devolutivo las resoluciones siguientes:

- 1.- Las sentencias definitivas que absuelvan al acusado.
- 2.- Los autos en que se decrete el sobreseimiento de la causa o que la niegue.
- 3.- Los autos que nieguen o concedan la suspensión del procedimiento; los que concedan o nieguen la acumulación de autos y los que decreten la separación de autos.
- 4.- Los autos que ratifiquen la detención a que se refiere el párrafo sexto del artículo 16, de la Constitución Federal.
- 5.- Los autos de formal prisión, los de sujeción a proceso, los de no sujeción a proceso y los autos de libertad por falta de elementos para procesar.
- 6.- Los autos que nieguen o concedan la libertad provisional bajo caución; los que concedan o nieguen la libertad por desvanecimiento de datos para procesar y los que resuelven algún incidente no especificado.

7.- El auto en que se niegue la incoacción del procedimiento; el que niegue la orden de aprehensión y el que niegue la citación para la declaración preparatoria.

8.- Los autos que nieguen el cateo; las medidas de carácter patrimonial o el arraigo del indiciado y;

9.- Los autos en que el Juez se niegue a declarar su incompetencia por declinatoria o librar el oficio inhibitorio correspondiente.

b).- **AMBOS EFECTOS O EFECTO SUSPENSIVO Y DEVOLUTIVO:** Significa que la apelación admitida en ese efecto provoca que la jurisdicción del Juez de Primera Instancia quede en suspenso y por tanto, estará impedido e inhabilitado para seguir actuando dentro del proceso.

Dispone el citado artículo 521, del Código Procesal antes invocado, que solamente son apelables en ambos efectos las sentencias que impongan alguna sanción.

En efecto, las sentencias condenatorias son apelables en ambos efectos, es decir, devolutivo y suspensivo, y las absolutorias únicamente en el efecto devolutivo. De ahí que la interposición del recurso de apelación impida la ejecución de las primeras, pero no de las segundas. Si una sentencia contiene pronunciamientos condenatorios y absolutorios, los efectos de la apelación serán suspensivos para aquellos y devolutivos para éstos.

VI.4.2.- EL PROCEDIMIENTO EN LA APELACIÓN

Al notificarse una resolución judicial a las partes la autoridad les hará saber sobre el derecho que tienen para inconformarse en contra de dicha resolución. Cuando se trate de auto, el término para apelar será de tres días, salvo que sea el de formal prisión, pues en tal caso, el procesado cuenta con quince días para interponer este recurso. En tratándose de sentencias definitivas, el término para apelar será de cinco días.

Interpuesto el recurso dentro del término legal por las partes legitimadas para ello, el Juez lo admitirá de plano si no encontrase motivos de improcedencia y ordenará que el expediente original o duplicado sea remitido a la sala que corresponda para la substanciación del recurso.

En toda apelación, el procesado debe designar a un defensor para que lo defienda en la Segunda Instancia, en el entendido de que si no lo hace, los Magistrados de la sala le designarán al defensor de oficio adscrito.

Recibido por el Tribunal el expediente o el testimonio en su caso, los Magistrados de la sala harán la calificación de grado, es decir, si la admisión del recurso de apelación fue apegada a derecho y el efecto en que se admitió. Si se tratare de apelación contra auto, citará a las partes a la audiencia de vista con efectos de citación para sentencia dentro de los quince días siguientes. Si se tratare de apelación contra sentencia, mandarán dar vista a las partes por el término de diez días para que promuevan

pruebas y si no lo hacen, se citará a la audiencia de vista en los mismos términos anteriores.

En la Segunda Instancia sólo se recibirá la prueba testimonial que no se hubiere podido desahogar en la Primera Instancia, salvo que se trate de pruebas supervenientes, para las cuales no existe limitación.

Finalmente, es importante destacar que si sólo hubiere apelado el sentenciado o su defensor, la sala o el Tribunal, al pronunciar su fallo no podrá aumentar la pena impuesta en la sentencia apelada, en acatamiento al principio: *NOM REFORMATIO IN PEIUS*.

VI.4.- EL RECURSO DE QUEJA

El recurso de queja procede en contra de las conductas omisas de los Jueces que no dicten las resoluciones o no ordenen la práctica de diligencias dentro de los plazos y términos que señala la ley.

La queja deberá interponerse por escrito dentro de los tres días siguientes a la notificación o tan pronto se sienta el agravio, ante el superior jerárquico del Juez omiso.

El artículo 546, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, dispone que procede en recurso de queja en los siguientes casos:

a).- Cuando por algún motivo se niegue el recurso de apelación.

b).- Por detención excesiva del acusado.

c).- Por degenación de justicia y;

d).- Por demora injustificada en el despacho de los asuntos relacionados con los procesos.

La queja procede contra actos de los Alcaldes Constitucionales y de los Jueces de Primera Instancia, ante el superior jerárquico correspondiente.

Dentro de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la queja, la autoridad que conozca de ella pedirá un informe justificado por escrito al inferior, acompañando copia simple de la queja. El inferior sin suspender el procedimiento y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes rendirá su informe con las inserciones necesarias. Recibido el informe, se dará vista al Ministerio Público cuando se trate de queja contra un Alcalde y al Procurador General de Justicia del Estado cuando se trate de queja contra un Juez para que soliciten lo procedente, y el interesado podrá ser oído ante la autoridad que conozca del recurso.

Formulado el pedimento del Ministerio Público o transcurrido el plazo de tres días, se citará a una audiencia con efectos también de citación para sentencia, la que deberá dictarse dentro de los tres días siguientes. Si en la sentencia se declara fundada la queja, el superior jerárquico dictará las medidas necesarias para que cesen los agravios en perjuicio del recurrente. Si la queja fuere infundada, la misma será desechada.

FUENTES BIBLIOGRAFICAS

- ACERO, Julio. *El Procedimiento Penal Mexicano*. Ediciones especiales del norte. Sin lugar ni fecha de edición.
- ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. Et. Al. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*. Edición Unica de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1990.
- ARILLA BAS, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*. Décimo quinta edición. Editorial Kratos. México, 1993.
- BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. McGraw Hill/Interamericana editores S. A. de C. V. México, 1999.
- BECERRA BAUTISTA, José. *El Proceso Civil en México*. Decimoséptima edición. Editorial Porrúa. México, 2000.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Derecho Procesal*. Segunda edición. Editorial Harla. México, 1995.
- CARNELUTTI, Franceso. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Traducción y Compilación de Enrique Figueroa Alfonso. Sin número de edición. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1994.
- CASTRO y CASTRO, Juventino V. *El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones*. Undécima edición Editorial Porrúa. México, 1999.
- COLIN SANCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Decimosexta edición. Editorial Porrúa. México, 1997.
- DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. *Código Federal de Procedimientos Penales Comentado. (Jurisprudencia y Práctica)*. Segunda edición editorial Porrúa. México, 1999.
- DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. *El Término Constitucional y la Probable Responsabilidad Penal. Los Elementos del Tipo Penal. Jurisprudencia y Práctica*. Editorial Porrúa. México, 1999.

- DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. *Procedimiento Penal Mexicano (Teoría, práctica y jurisprudencia)*. Cuarta edición. Editorial Porrúa. México, 2000.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal*. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, 1997.
- DIAZ DE LEON, Marco Antonio. *Tratado sobre las Pruebas Penales*. Quinta edición. Editorial Porrúa. México, 2000.
- FERNÁNDEZ MUÑOZ, Dolores Eugenia. *La Prisión. Propuesta para sustituirla o abolirla*. Editado por la UNAM. México, 1993.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *Lógica de las pruebas en Materia Crininal*. Cuarta edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1997.
- FRANCO VILLA, José. *El Ministerio Público Federal*. Editorial Porrúa. México, 1995.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México, 1994.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Sistema Penal Mexicano*. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria. *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*. Octava edición. Editorial Porrúa. México, 1999.
- GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. Novena edición. Editorial Harla. México, 1998.
- GUIZA ALDAY, Francisco Javier. *Diccionario Jurídico de Legislación y Jurisprudencia*. Ángel editor. México, 1999.
- GUZMÁN WOLFFER, Ricardo. *Las Garantías Constitucionales y su Repercusión en el Proceso Penal Federal*. Segunda edición. Editorial Porrúa, México, 2000.

- HERNANDEZ ACERO, José. *Apuntes de Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa, México, 2000.
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. *Manual de Procedimientos Penales*. Editorial Pac. México, 1991.
- HERNANDEZ PLIEGO, Julio Antonio. *El Proceso Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México, 2002.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. *Programa de Derecho Procesal Penal*. Quinta edición. Editorial Porrúa. México, 2000.
- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. *Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal. Estudio Constitucional del Proceso*. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, 1990.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Traducción de la tercera edición Italiana por SANTIAGO SENTIS MELENDO y MARIANO AYERRA RENDIN. Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires, Argentina, 1953. Tomo IV.
- MARTINEZ GARNELO, Jesús. *La Investigación Ministerial Previa*. Quinta Edición. Editorial Porrúa, México, 2000.
- MARTÍNEZ PINEDA, Angel. *Filosofía Jurídica de la Prueba*. Editorial Porrúa. México, 1995.
- MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*. Cuarta edición. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, España. 1893.
- MONARQUE UREÑA, Rodolfo. *Derecho Procesal Penal Esquemático*. Editorial Porrúa. México, 2002.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Et Al. *El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos*. Editorial Porrúa. México, 2000.
- ORONOS SANTANA, Carlos M. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Sexta reimpresión. Editorial Limusa. México, 1999.

- OVALLE FAVELA, José. Et. Al. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*. Decimocuarta edición. Ediciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Editorial Porrúa. México, 1999.
- OVALLE FAVELA, José. *Garantías Constitucionales del Proceso*. Editorial McGraw - Hill. México, 1994.
- OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del Proceso*. Quinta edición. Editorial Oxford University Press. México, 2001.
- PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Vigésima Primera edición. Editorial Porrúa. México, 1994.
- PALLARES, Eduardo. *Prontuario de Procedimientos Penales*. Decimo-segunda edición. Editorial Porrúa. México. 1991.
- PÉREZ PALMA, Rafael. *Guía de Derecho Procesal Penal. Tercera edición*. Cárdenas Editor y Distribuidor. Tijuana. B.C. México, 1991.
- QUINTANA VALTIERRA, Jesús y CABRERA MORALES, Alfonso. *Manual de Procedimientos Penales*. Editorial Trillas. México, 1995.
- RABASA GAMBOA, Emilio O. y CABALLERO, Gloria. *Mexicano; ésta es tu Constitución*. Décima edición de la Cámara de Diputados al Congreso de la Unión. México, 1995.
- RIVERA SILVA, Manuel. *El Procedimiento Penal*. Vigésimaprimer edición. Editorial Porrúa. México, 1992.
- ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio. *Cuerpo del delito o Elementos del tipo. Causalismo y finalismo*. Segunda edición. O.G.S. Editores. México, 1999.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Harla. México, 1990.
- ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. *Cuerpo del Delito y Tipo Penal*. Ángel editores. México, 2000.
- ZAMORA PIERCE, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*. Séptima edición. Editorial Porrúa. México, 1994.

OTRAS FUENTES

- Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Tomo II. Séptima edición. Primera Sala. Tesis 1286. Apéndice 1988. Segunda parte.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Novena Época, Tomo II. Junio de 1996.
- JUS SEMPER. Revista Trimestral del Honorable Tribunal Superior de Justicia del Estado. Número 24. Abril-Junio. Oaxaca, México, 1999.
- Tesis de Jurisprudencia número 188, visible en el Semanario Judicial de la Federación correspondiente a los años de 1917-1985. Segunda Parte. Primera Sala.

FUENTES LEGALES

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Centésima Decimasexta edición. Editorial Porrúa. México, 1996.
- Código Federal de Procedimientos Penales. Novena edición. Ediciones Delma. México, 1994.
- Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal, Editorial Sista, México, 1995.
- Códigos Penal y de Procedimientos Penales Para el Estado Libre Soberano de Oaxaca, Segunda Edición del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado, Oaxaca, México, 1995.
- Legislación Penal Federal. Colección Leyes Mexicanas 2000. Cuarta edición. O.G.S. editores. México. 1999.

En la obra intitulada *Breve Curso de Derecho Procesal Penal*, su autor pretende dar una visión acerca del Proceso Penal desde la perspectiva del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, pero sin olvidar los lineamientos fundamentales trazados por la doctrina, la ley y la jurisprudencia en el ámbito nacional.

Como punto de partida, el autor llama la atención en el sentido de que la obra está dirigida básicamente a los alumnos que cursan el cuarto año de la carrera de Licenciado en Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca. Enseguida, desarrolla su programa en sentido sistemático a partir del análisis de los artículos de la Constitución Federal que sirven de basamento al proceso penal en nuestro País, para luego entrar en el estudio de las fases de que se compone el Proceso Penal Común.

Es importante destacar que en esta cuarta edición se incluye un apartado especial en el capítulo tercero para analizar lo relativo al *cuervo del delito*, como consecuencia de la reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del día 8 de marzo de 1999, en vigor al día siguiente de su publicación.