

12
2300
00781

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL.

T E S I S D O C T O R A L

L A S P R U E B A S E N E L P R O C E D I M I E N T O P E N A L

SUSTENTANTE : ELIAS POLANCO BRAGA.

DIRECTOR DE TESIS : DR. PEDRO HERNÁNDEZ SILVA.

CIUDAD UNIVERSITARIA

FEBRERO DE 1993 .

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

M E X I C O , D . F .



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

L A S P R U E B A S E N E L P R O C E D I M I E N T O P E N A L

T E S I S D O C T O R A L

SUSTENTANTE: LIC. ELIAS POLANCO BRAGA.

DIRECTOR DE TESIS: DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA.

C I U D A D U N I V E R S I T A R I A

M E X I C O , D . F .

FEBRERO DE 1993.

I N D I C E

	P.
CAPITULO I. Generalidades de la prueba.....	1
1. Marco Referencial.....	1
2. Marco conceptual de la prueba.....	12
3. Principios que rigen la prueba.....	21
4. Elementos de la prueba.....	38
4.1 El objeto de la prueba.....	38
4.2 El órgano de la prueba.....	42
4.3 El medio de la prueba.....	45
5. Clasificación de las pruebas.....	47
6. Los sistemas probatorios.....	53
6.1 Sistema legal.....	55
6.2 Sistema lógico.....	56
6.3 Sistema probatorio en el Procedimiento Penal mexicano.....	57
7. Los sistemas de valoración de la prueba.....	59
7.1 Valor de la prueba.....	62
7.2 El sistema basado.....	63
7.3 El sistema de libre apreciación.....	65
7.4 El sistema mixto.....	68
7.5 El sistema de la sana crítica.....	69
7.6 Análisis de nuestra legislación.....	71
8. Aplicación de la duda en el procedimiento penal.....	72
9. Problemática sobre la carga de la prueba en nues tra legislación.....	76
10. Consideraciones.....	82

CAPITULO	II. La Prueba en la averiguación previa.....	84
	1. Inicio de la averiguación previa.....	85
	1.1 La denuncia.....	88
	1.2 La querela.....	91
	2. Las pruebas preconstituídas.....	96
	3. Los indicios en el lugar de los hechos.....	99
	4. Diligencias que debe practicar el Ministerio -- Público para recabar pruebas.....	109
	4.1 Diligencias generales.....	113
	4.2 Diligencias especiales.....	115
	4.3 Diligencias que quedan al arbitrio del Minis- terio Público.....	120
	5. Integración del cuerpo del delito en la averigua- ción previa.....	123
	6. El probable responsable en la averiguación previa	128
	7. Determinaciones del Ministerio Público.....	132
	7.1 El archivo de la averiguación.....	133
	7.2 La reserva de la averiguación.....	135
	7.3 La consignación de la averiguación.....	136
	7.3.1 La consignación sin delito.....	138
	7.3.2 La consignación con detenido.....	140
	8. Problemática sobre las pruebas en la averiguación previa.....	141
	9. Principios que rigen la función persecutoria tan- to en la actividad investigadora como en el ejer- cicio de la acción penal.....	144
	10. Consideraciones.....	150

CAPITULO III. La prueba en el proceso.....	153
3.1 Problemática sobre el inicio del proceso.....	156
3.2 Las pruebas en el término constitucional de las 72 horas.....	161
3.3 Intervención de las partes durante el término de las 72 horas.....	165
3.3.1 Ofrecimiento de pruebas.....	169
3.3.2 Dinámica de las pruebas.....	171
3.4 Estimación de las pruebas en el auto de término constitucional.....	173
3.4.1 Auto de formal prisión.....	176
3.4.2 Auto de formal prisión con sujeción a - - proceso.....	184
3.4.3 Auto de libertad por falta de elementos - para procesar con las reservas de ley....	187
3.4.4 Auto de absoluta libertad.....	191
3.5 La Instrucción.....	194
3.5.1 Concepto de instrucción.....	196
3.5.2 Finalidad de la instrucción.....	197
3.6 Dinámica del desarrollo de las pruebas durante - la instrucción.....	199
3.6.1 Ofrecimiento de pruebas.....	202
3.6.2 Admisión de pruebas.....	205
3.6.3 Preparación de las pruebas admitidas.....	209
3.6.4 Desahogo de las pruebas.....	212
3.6.5 Las pruebas complementarias.....	216
3.6.6 Las pruebas supervenientes.....	232
3.7 Momento de valoración de las pruebas.....	234

CAPITULO	IV. Las pruebas en los recursos.....	244
	1. Apertura de la segunda instancia.....	246
	1.1 Oficiosa.....	248
	1.2 A impulso de parte.....	249
	1.3 Sistema mexicano.....	251
	2. Las pruebas en el recurso de revocación.....	254
	2.1 Requisitos para su procedencia.....	255
	2.2 Trámite procedimental.....	256
	3. Las pruebas en el recurso de apelación.....	258
	3.1 Requisitos para su procedencia.....	260
	3.2 Trámite procedimental.....	262
	3.3 Período probatorio.....	267
	3.4 Limitación de pruebas.....	270
	3.5 Reposición del procedimiento.....	272
	4. Pruebas en el recurso de Denegada apelación.....	274
	4.1 Requisitos para su procedencia.....	275
	4.2 Trámite procedimental.....	276
	5. Momento de valoración de las pruebas en los recur sos.....	278
	6. Consideraciones.....	288
CAPITULO	V. Las pruebas en los incidentes de libertad.....	290
	1. Incidente de libertad provisional bajo caución...	295
	1.1 Requisitos constitucionales y procesales....	299
	1.2 Dinámica procedimental.....	300
	1.3 Medios probatorios pertinentes.....	302
	1.4 Valoración de pruebas.....	308
	2. Incidente de libertad provisional bajo protesta..	308
	2.1 Requisitos procesales.....	311
	2.2 Dinámica procesal.....	312

	2.3 Medios probatorios pertinentes.....	313
	2.4 Valoración de pruebas.....	314
3.	Incidente de libertad por desvanecimiento de datos.....	315
	3.1 Requisitos.....	317
	3.2 La prueba indubitable.....	319
	3.3 Valoración de pruebas.....	322
4.	Consideraciones.....	323
CAPITULO VI.	La crisis de la Justicia Penal en México.....	325
	1. Importancia de la revisión de las pruebas en nuestra Legislación penal.....	328
	2. La prueba núcleo del proceso penal.....	333
	3. Necesidad de modificar el sistema probatorio en materia penal.....	336
	4. Consideraciones.....	352

RESUMEN DE LA TESIS DOCTORAL DENOMINADA

LAS PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

El presente trabajo se inicia con una breve referencia histórica de la prueba en el procedimiento penal desde la Roma antigua, pasando por la prueba bárbara aplicada en el Derecho Germánico y por su importancia para nuestro Derecho positivo, se analiza el Derecho Español en lo relativo a la regulación de la prueba.

Se hace el estudio de la manera cómo se ha concebido a la -- prueba en su diversidad de criterios, los principios que rigen a la misma, sus sistemas de valoración, y lo relativo a la aplicación de la duda y de la carga de la prueba en el procedimiento penal.

Concretamente se establece la función y la necesidad de la -- prueba en el procedimiento penal, en las etapas de: la averiguación previa, el preproceso y el proceso, haciendo las respectivas críticas de su regulación en nuestra ley procesal penal, y los aspectos de la práctica -- forense con la finalidad de observar algunas anomalías o deficiencias que se estiman se contienen en los momentos procedimentales de: ofrecimiento, admisión, preparación, desahogo y valoración de la prueba.

Se contempla en esta investigación lo concerniente a los re-- cursos procesales y a los incidentes de libertad, en todo su desarrollo -- procesal, fijando en cada uno de ellos la importancia que tiene la prueba

durante su respectiva tramitación del recurso o del incidente correspon--
diente.

Considerando que las simples afirmaciones sin demostración no son aptas en ningún caso para obtener la razón del órgano de decisión, -- insistimos en el curso del trabajo en la función de la prueba como justificadora de los puntos o aspectos que interesen al que las utilice.

Por último, se plantea la crisis que padece la impartición de la justicia actualmente, y se proponen algunos criterios para su posible solución o mejora a fin de obtener justicia pronta y expedita como es el deseo aún potencial de nuestra Constitución General de la República al -- particular.

Al término del desenvolvimiento de cada tema se expresaron -- las consideraciones pertinentes que se obtienen de su estudio para justificar el por qué de cada análisis o crítica.

ASESOR DE TESIS DOCTORAL



DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA

SUSTENTANTE:

LIC. ELIAS POLANCO BRAGA

P R E S E N T A C I O N

La presente investigación es el resultado de un análisis del procedimiento probatorio contenido en los Códigos Federal, y Común de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Partimos nuestro estudio desde la exposición teórica con los diferentes criterios que la analizan, sin prescindir de la realidad judicial y del aspecto pragmático, que se contempla en las normas jurídicas y que se desarrolla en la vida real.

El problema de la prueba en el proceso de la naturaleza que sea es decisivo para una correcta solución del mismo; he ahí su indispensable importancia; los romanos con su sabiduría indiscutible lo afirmaron - en la máxima reguladora de la decisión judicial, que debe ajustarse segundum allegate et probata.

Sentado lo anterior, nos permitimos hacer una descripción - sencilla y breve de los puntos que se tratan en el presente trabajo: sus antecedentes, la manera como se ha concebido por diversos autores, los principios que la rigen, los elementos que se consideran como indispensables, los sistemas probatorios respecto a la prueba, los diferentes sistemas de valoración, la aplicación de la duda en el campo penal, en esos temas se realizan las observaciones y las consideraciones pertinentes, además de - la interrogante que se resuelve por lo que respecta a la carga de la prueba en el procedimiento penal.

Se inicia el estudio de la prueba en el procedimiento penal, desde la averiguación previa, donde se resalta la importancia que tiene el recabarlas por parte del Ministerio Público al realizar las diversas diligencias que se deben practicar durante la investigación de los delitos, haciendo las respectivas críticas a la manera como se regulan en la ley procesal penal; también se analiza la valoración de las pruebas que corresponden al órgano investigador para poder determinar lo correspondiente a su investigación en relación al hecho ilícito y al probable responsable, para en su caso se ejercite la acción procesal penal.

También se describe la dinámica de las pruebas durante el desarrollo de la preinstrucción y de la instrucción, y como consecuencia se analizan las resoluciones con las que se resuelve la situación jurídica del sujeto dentro del término constitucional, lo que obliga al mismo tiempo a establecer lo relativo a la resolución definitiva en la que el juzgador condena o absuelve al sujeto con base en las pruebas asumidas durante todo el procedimiento penal, mismas que se deben valorar de acuerdo a las reglas que se fijan en la ley procedimental.

Por la importancia que revisten los recursos procesales durante la secuela procedimental, se estudian paralelamente con sus respectivas pruebas para lograr el éxito deseado con el medio de impugnación, por ser aquella la base de toda actividad procesal, como lo es en el desarrollo de los recursos que concede la ley a las partes.

Hacemos un estudio de los incidentes de libertad en la forma y

modo regulados en la ley correspondiente; este estudio tiene por objeto que se fijen los medios probatorios idóneos a aportar en cada caso, para tratar de obtener un resultado satisfactorio para el solicitante.

Se consideró grave la actual crisis que padece la justicia -- penal en nuestro medio y por tanto, se proponen criterios de substitución, modificación o regulación nueva de las situaciones que lo requieran, la - que tiene como única finalidad, colaborar hasta donde sea posible con esta aportación, a la impartición de la justicia pronta y evitar el principio universal que determina, que justicia tardía es injusticia.

Al desenvolver nuestro trabajo fuimos estableciendo en cada -- punto las consideraciones pertinentes que obtuvimos de los análisis respectivos.

I.-) GENERALIDADES DE LA PRUEBA.

1.) Marco Referencial.

Es uniformemente consabida la importancia que reviste la prueba dentro del procedimiento Penal; puesto que de carecer de ella, la administración de la justicia se haría imposible.

De tal afirmativa se desprende que es tema de controversia constante, discutido y analizado por tratadistas e investigadores de todo el campo jurídico y desde antaño, por lo que es necesario hacer un breve análisis de sus antecedentes.

Al internarnos a los pueblos primitivos se observa que se basaban en aspectos subjetivos con relación a la prueba, en virtud de que "...la magia en sus diversas formas constituyó el medio probatorio por excelencia y su heredera directa fué la adivinación que se practicaba por medio de oráculos, arúspices y agoreros, en sus muy diversas modalidades" (1) (sobre la misma referencia nos ilustra Rivera Silva, al comentar "...En las épocas primitivas, cuando todo está animado por la divinidad (animismo), la prueba tiene fuertes compromisos místicos, por estimarse que los únicos medios que pueden conducir a la verdad (la captación del objeto) son aquellos en los que el animador de todo tiene intervención. El ateísmo de tiempos posteriores dirá que en el orto de las culturas, la prueba se encuentra en manos de la casualidad, pero el primitivo, que es

(1) González Blanco, Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano, México, Ed. Porrúa, 1975, p. 149.

por esencia deísta, afirmará que nada sucede caprichosamente y la divinidad cuando es invocada ilumina hasta los más pequeños actos, dando a conocer la verdad. Así pues, los albores de la historia registran una prueba inminentemente mágica. El romanticismo de las culturas mata lo que de sagrado tienen, convirtiendo al mundo en una cadena sin interrupción de causas y efectos. La "razón" se entroniza y entonces la prueba solicita la ayuda de ella, estimándose como medios apropiados para conocer la verdad, todos aquellos en que la "razón", con su luz especial, vuelca inteligencia sobre las cosas por averiguar. La razón socrática venció al sortilegio báquico: la prueba razonada expulsa a la prueba mágica. El fracaso de la "razón" señala el principio del "romanticismo" que vuelve al estado místico, se afirma que el hombre en su corazón posee ciertos principios con los que puede aprender la realidad, sin tener que recurrir a las leyes del conocimiento. La bitácora de la historia registra un constante vaivén de la "razón" a lo místico, predominando en cada época uno de esos factores y estimándose idónea la prueba relacionada con el factor dominante..." (2).

De lo establecido se nota que los aspectos filosóficos han estado siempre presentes en relación a la prueba, como se aprecia en las manifestaciones de Silva Melero cuando dice, "...parece indispensable referirse, al tratar de la evolución histórica de la prueba, a las conclusiones a que se ha llegado en el campo de la Filosofía, ya que la prueba, -- considerada en su esencia, se caracteriza como concepto lógico, y en cierto sentido prejurídico, que desde el plano funcional se nos aparece como

(2) Rivera Silva, Manuel, El Procedimiento Penal, México, Ed. Porrúa, 1991, p. 192.

lógica aplicada incorporada a la teoría del proceso, permitiendo To que se ha calificado de soldadura entre el hecho y la norma..." (3), el autor en cita considera que la evolución histórica de la prueba inicia en -- Grecia, cuando afirma que, "La evolución histórica de la prueba en el cam po de la Filosofía arranca del pensamiento griego a través de la llamada teoría de los signos (señales, huellas, vestigios), en definitiva, indi cios en cierto sentido, en relación a los cuales se constituyó el núcleo de la apariencia retórica, ya que con fundamento en la misma, de la presencia de cualquier dato cabe argüir la existencia de otro que no está -- presente o aparente" (4) Se considera que el filósofo griego que aportó tópicos fundamentales de filosofía en relación a la prueba fué Aristóteles "De importancia excepcional en este aspecto es la aportación aristotélica en cuya retórica se incluye, en primer lugar, la prueba, no ya como parte sino como función del discurso, alcanzando una posición central, y cuyo tratamiento comprende la teoría de la argumentación, aparte de observacio nes de tipo psicológico muy precisas.

"Aristóteles veía en la prueba dos aspectos: el intrínseco y el extrínseco, y la concretó en propia e impropia, artificial y no artificial. Para él las verdaderas pruebas eran el entinema, que es el correspondiente retórico del silogismo, así como el ejemplo lo es de la inducción" (5) Aristóteles concluye su tesis de la siguiente manera, "...dis tinguendo los argumentos que el orador tenía a su alcance para probar la propia tesis, en relación a las pruebas preconstituidas en el período -

(3) Silva Melero, Valentín, La prueba procesal, T. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, p. 2

(4) Ibidem, p. 3

(5) Ibidem, p. 3

instructorio, concreta estas últimas en: testimonios, convenciones escritas, declaraciones de esclavos y juramentos! (6) con esto se constata la preocupación de los filósofos de esa época en estudiar la prueba.

En lo concerniente a las instituciones procesales en la antigua Grecia, aún no se dividía el proceso civil y el proceso penal, en esta época el proceso único se realizaba de acuerdo a los principios de oralidad y publicidad, que tenía como característica el ser una justicia rogada, mismo que en algunas ocasiones se seguía bajo el sistema inquisitivo, en el que era promovido de oficio por el magistrado que aportaba y recibía la prueba y luego decidía, pero generalmente, en la fase instructoria, el magistrado se concretaba a recibir las pruebas que las partes - - aportaban, las que debían desahogar en debate público ante los tribunales populares; la ley se considero obligatoria, su aplicación para decidir y sólo en caso de su ausencia se le permitió al juzgador aplicar su prudente arbitrio, sin embargo, la ley para ser aplicada debía ser alegada por las partes durante la fase instructoria, también en este tiempo, se admitieron como medios de prueba: las declaraciones de testigos, que si bien no se admitía el testimonio de la mujer y de los niños en materia penal, - al tratarse de delitos contra la vida, si se exceptuaba; la prueba documental, que tuvo valor pleno en algunos procesos; el juramento fué otro medio de prueba, que podía consistir en un solo punto del proceso o en toda la controversia. (7)

En el derecho romano antiguo, los medios de prueba no reves--

(6) Ibidem, p. 6

(7) Cfr., Silva Melero, Valentín, op. cit. pp. 3, 4 y 5

... tían ninguna formalidad, al respecto Mommsen dice, "Por virtud del mismo carácter ético que tenía el derecho penal de Roma, no estaba sujeta en él la prueba a formalidades legales, como podía estarlo la prueba según el derecho civil. La sponsio y la prestación de juramento eran, sin duda, medios adecuados para resolver cuestiones jurídicas desde un punto de vista legal; más no lo eran en modo alguno para producir, acerca de la efectividad del acto controvertido, aquella convicción íntima, sin la que no debía dar su sentencia el tribunal penal. Por la misma razón, en el derecho penal no tenía la confesión el valor absoluto que en el derecho civil, donde se equiparaba a un fallo firme", (8) para valorar los medios probatorios tan poco existió reglas estrictas a las que se tenga que sujetar al juzgador, como lo establece Pérez Palma "...el resultado definitivo de la prueba se sentó exclusivamente sobre el principio de certeza moral del hombre, lo cual significa que la sentencia debía ser el fruto de la subjetiva apreciación del juzgador del arbitrium iudicantis. Más sería erróneo considerar que los romanos admitieron que podían sentenciar per impressioni, por inspiración, y que no lo obligasen a proceder a una crítica escrupulosa y particularizada de los singulares elementos probatorios. Aún sin declarar sobre que pruebas preestablecidas debía formar su convicción, el derecho romano no abandonó al juez en el curso de sus impresiones subjetivas, intuitivas o impulsivas, y así quiso que la certeza moral fuese demostrada más por el cálculo y el pensamiento, que sentida", (9) sin embargo, se tenían delimitados algunos medios de prueba que se usaban en la investigación de los delitos, a lo que Mommsen dice, "en las fuentes del derecho romano no se enumeran de una manera sistemática, ni se regulan completamente, los --

(8) Mommsen, Teodoro, Derecho Penal, Trad. Por P. Dorado, Bogota, Temis, 1976, p. 259.

(9) Salvioli, cit. por Pérez Palma, Rafael, Gua de Derecho Procesal Penal México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1975, p. 148

múltiples medios de que el juez podía servirse...; los más importantes de ellos y los únicos sobre cuyo empleo en Roma puede decirse algo con cierta precisión, son, de un lado, las declaraciones, tanto del procesado como de los testigos, y de otro, el material probatorio obtenido por vía de registro de la casa, y principalmente el material escrito o documental. La inspección ocular que el magistrado podía hacer en los casos de injuria, y -- otros medios de reconocimiento de que se podía hechar mano para la prueba, parece que no producían resultado, por cuanto el material que los mismos ofrecían no era suficiente para sacar conclusiones generales" (10) por su parte, Colin Sánchez nos ilustra sobre el derecho romano de la siguiente manera, "En Roma, durante la República, en las causas criminales el pueblo dictaba sentencia influenciado por el cargo o actividad del sujeto, o por los servicios políticos prestados, Naturalmente se atendían algunos medios de prueba como: los testimonios emitidos por los laudatores (quienes entre otros aspectos deponían acerca del "buen nombre del acusado"), la confesión y el examen de documentos. Debido a la ausencia de reglas -- precisas en materia de prueba, propiamente no se hacía un examen jurídico de la misma, por no existir separación entre los aspectos de hecho y de -- derecho de esta disciplina.

"En la questiones perpetuas, los tribunales aceptaban el resultado del tormento aplicado al acusado y, a pesar de la existencia de algunas normas (especialmente tratándose de los testigos), siguieron resolviendo los procesos conforme a los dictados de su conciencia.

(10) Mommsen, Teodoro. Ob. cit. pp. 259-260

"Durante el Imperio cayeron en desuso los tribunales populares, los jueces apreciaban los medios de prueba establecidos por las Constituciones Imperiales, acatando, algunas reglas concernientes a su aceptación, rechazo y trámite" (11)

Tratando de situar otros antecedentes de la prueba, decimos -- que en algunas épocas de obscurantismo, se recurrió a múltiples medios para probar; así en el Divinismo se refugiaban en la divinidad por tener un papel importante la deidad, lo cual es de entenderse como algo natural en el ser humano, si partimos del presupuesto que desde los hombres primitivos se caracterizaron por ser eminentemente religiosos.

También tuvo suma importancia los elementos de la naturaleza, es muy mencionado el caso cuando Jerjes azotó al mar por haber hundido su flota.

Posteriormente se llega a la prueba ~~bárbara~~, que se observa en la ordalía o Juicios de Dios, ~~donde~~ la divinidad tiene un lugar determinante por ser la que mueve a los seres animados y aún a los inanimados, se pueden citar como ejemplos los siguientes:

La prueba del hierro candente, que consistía en que si alguien afirmaba ser inocente, se le colocaba entre las manos una barra de hierro al rojo vivo, para que lo sostuviera durante un tiempo; después se le vendaban las manos, si al transcurso de determinado tiempo le habían cicatri-

(11) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales México, Ed. Porrúa, 1981, p. 301

zado las heridas, se le consideraba inocente, de lo contrario se le tenía por culpable.

Existió en otro tiempo la llamada prueba de la lanza, cuyo procedimiento se realizaba por el individuo que se juzgaba, arrojando una lanza hacia arriba, la cual si caía de punta y se enterraba en el suelo, era inocente y si no se lograba este objetivo se consideraba culpable.

Otro medio que se utilizó fue la prueba del estanque, que se empleó con el siguiente procedimiento: se llenaba de agua dicho estanque donde sumergían al individuo que se juzgaba, atado de pies y manos y si -- flotaba después de un tiempo era inocente y si no flotaba era el autor del delito.

Es necesario analizar y ubicar a la prueba en España, en razón de que sus leyes rigieron en México y que aún existen reminiscencias en -- nuestras leyes que comentaremos oportunamente, así encontramos que, "Bajo el Fuero Juzgo, en lugar de las ordalías o juicios de Dios y del combate judicial (que más tarde vuelven a cobrar nuevo valor), se encuentran medios de prueba dirigidos a procurar el examen racional de los hechos: la -- confesión del reo, es la primera en orden y en valor; le sigue la testimonial, pero se previene que los jueces 'ayan cuidado de saber la vedade', -- se autoriza el tormento como medio para descubrir 'el pecado' aunque sujeto a restricciones para el juez, condiciones para el acusador y limitado -- por razón de clases sociales" (12) En relación al mismo tema, también se

nos ilustra de la siguiente manera: "...se conocieron las pruebas típicamente formales a que hemos aludido, ...adquirieron tal arraigo que incluso las regulan las Partidas pese a su romanismo, mencionándolas el ordenamiento de Alcalá y las Leyes del Toro.

"...las ordalías..., perduraron más tiempo por no estar reservadas a una determinada clase social, y su desaparición fué debida a la influencia canónica... (a través de) excomuniones... También se conocieron... las clásicas pruebas de testigos, que... terminaron por desplazar a las demás, calificadas de 'bárbaras' y 'vulgares'...

"Posteriormente... (adquirió) predominio la prueba documental que en el Fuero Juzgo y las Partidas alcanza gran autoridad, incluso en la opinión pública, como lo corrobora el conocido brocardo: 'Donde hay cartas, barbas callan'.

"El desplazamiento de las llamadas pruebas vulgares, que respondía al triunfo del procedimiento inquisitorio sobre el acusatorio, tuvo como contrapartida, sin embargo, el arraigo de otro medio de prueba de la época imperial romana, el tormento. Conocido en el Fuero Juzgo, ... (y mencionado) en algunos fueros municipales..."(13)

Le dedicamos especial atención a la siguiente ley, en razón de tener una reglamentación que nos ayuda a entender a la prueba, "...Las leyes de Partidas del Rey Sabio, de Alfonso X, redactadas en el siglo XIII,-----

(13) Silva Melero, Valentín, Op. cit. pp. 10-11

nos dijeron que, "prevá es averiguamiento que se faze en juyzio en razón de alguna cosa dudosa"; señalemos ya que en aquel momento de la evolución de nuestra lengua, no existía otro vocablo derivado de verdad; y, por eso, pudo aparecer que en aquel momento jurídico existiera una confusión, la cual desaparece, idiomáticamente, si acudimos a la redacción latina de los pasajes de las Partidas; y así vemos que aquella Ley I, del Título XIV, de la Partida Tercera, nos aparece expresado como "probutio est rei dubiae -- in iudicio verificatio", allí ya no se produce la confusión idiomática. La prueba no consiste, pues, en averiguar sino en verificar" (14) es necesario observar la mutación que se realizó de la palabra averiguar por el de verificar, en el transcurso de cuatro siglos.

La conclusión de Colín Sánchez, en lo concerniente a la reglamentación de la prueba en el Derecho español, resulta bastante atrevida al manifestar, "Aunque en el antiguo Derecho español, legislaciones como el Fuero Juzgo, el Fuero de Castilla, el Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales de Castilla, la Nueva y Novísima Recopilación y otras más prestaron considerable atención a las pruebas, no establecieron, propiamente, un sistema" (15), independientemente de esto, nosotros afirmamos que si existían debidamente reglamentados los medios de pruebas y los sistemas de valoración, con sus formalidades procesales y sus consecuencias jurídicas.

En el Derecho mexicano, desde la época prehispánica, se regla-

(14) Sentís Melendo, Santiago. La Prueba, Los Grandes temas del Derecho Probatorio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979 pp. 10-11.

(15) Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. p. 302

mento la prueba entre el pueblo maya y entre los aztecas, puesto que -- ellos tenían estructurados a los organismos jurisdiccionales, en dónde se tramitaban los procesos, con la aportación de pruebas, mismas que se valoraban de acuerdo a sus leyes y costumbres.

*Muy
se acerca a
referencia*

Durante la conquista, los españoles implantaron y aplicaron -- disposiciones contenidas en Las Leyes de las Siete Partidas, específicamente la Tercera Partida y Séptima Partida, que se refieren a la justicia y lo relativo a las acusaciones, en esta ley se contempló el enjuiciamiento inquisitivo y como medio de prueba se reglamento el tormento, la ley en -- comento se aplicó después de consumada la independiencia, la que se fué -- modificando paulatinamente en sus disposiciones por las Constituciones de 1814, 1824, 1857 y otras leyes relgamentarias; es hasta el 1º de junio de 1880 cuando en el primer Código de Procedimientos Penales, se reconocen -- como medios de la prueba, los siguientes: confesión, documental, pericial, inspección judicial, testimonial, fama pública y presunciones; esto fué -- acogido por los Códigos de Procesos Penales de 1894, de 1929 y el de 1931.

Es importante señalar que en el recorrido histórico de la prueba, está ha tenido cambios; "Históricamente, la prueba penal ha sufrido -- una notable transformación, especialmente cuando el procedimiento penal logró independizarse del proceso civil; es factible afirmar que el proceso -- científico y la ideología predominante en un momento y lugar determinado, -- han sido factores definitivos para fijar el género de prueba más a tono -- con la realidad social." (16), y Franco Sodi dice; "Cada pueblo en cada --

(16) Ibidem, p. 301

época, tiene su gobierno, tiene su fé, y tiene su prueba en materia criminal, porque tiene un medio especial de luchar por su existencia" (17).

En la actualidad, afirmamos que la práctica judicial se debe de apoyar en los medios científicos probatorios para la averiguación de los delitos y la identificación de los criminales en los laboratorios y la ayuda de los peritos cuando se realicen diligencias técnicas.

2.) Marco conceptual de la prueba.

La palabra prueba presenta grandes dificultades para conceptualizarla, en virtud de que se tiene que atender su objeto, su finalidad o su justificación.

Desde su raíz etimológica, observamos la polémica que contiene la palabra prueba, puesto que se dice que proviene de "Probe", que significa honradamente, que en el ámbito procesal significa la persona que obra con honradez; también se considera que deriva de "Probandum" que denota: - recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fé; así mismo, se establece que probar proviene de "probare" que equivale a hacer experimento o examen de persona o cosa; otro criterio es que deriva de "probus", que significa bueno, recto, honrado, por lo que todo lo probado es bueno, lo anterior nos ayuda a entender lo que se debe concebir genéricamente como prueba, aunque hacemos notar que no hay que confundir los términos prueba y probar, por lo que es necesario distinguirlos, así tenemos que:

(17) Franco Sodi cit. por Acero, Julio. Procedimiento Penal, Puebla, México, Cajica 1976, p. 217

Probar: es establecer la existencia de la verdad.

Prueba: son los medios por los cuales el intelecto llega al --
conocimiento de la verdad.

Lo asentado nos obliga a tratar lo concerniente al concepto de
prueba, dentro del campo jurídico penal.

Al respecto se establece que tiene un significado polifacético (18), tanto genéricamente como en el ámbito puramente procesal, en lo correspondiente a lo genérico prueba significa: demostrar, justificar, verificar, conocer, certidumbre, convencer, constatar, examinar, etc., la misma dificultad encontramos en el aspecto puramente procesal, que da cabida a una gran variedad de conceptos, criterios y opiniones, dependiendo del enfoque que cada jurista y por cada procesalista, de los que se preocupan de tratar lo relativo a la prueba.

En la Ley de Partidas (Leyes 1, 2 y 3, Título 14, Tercera partida), se establece respecto a la prueba lo siguiente: "Averiguación que se hace en juicio de una cosa dudosa; o bien, el medio con el que se muestra y hace patente la verdad o falsedad de alguna cosa" (19); ha sido criticado severamente el que se considera averiguación a la prueba, argumentándose que no corresponde correctamente a nuestro idioma, sin embargo, -- para la época en que estuvo en vigor la ley mencionada, si fué acorde; lo

(18) Devis Echandía Hernando, Teoría de la Prueba Judicial, T. I, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1987, p. 20

(19) Pérez Palma, Rafael. Op. cit. p. 147

que no debemos pasar desapercibido de esta concepción, es lo relativo a la finalidad de la prueba que se nos dá, al decir, el medio con el -- que se muestra y hace patente la verdad o falsedad de alguna cosa, lo - que si nos ilustra para entender algo de la prueba.

Establecemos el criterio y la secuencia de como concibe a la prueba Carmignani Giovanni, quien se preocupó desde el año de 1863 sobre el particular al decir, "Probar es lo mismo que producir fé y ofrecer noticia cierta de lo que se trata. La prueba, pues, es todo lo que sirva para hacer fé" (20); y durante este estudio que realizó, posteriormente le agrega calificativos y el objeto de la prueba, al exteriorizar, "...La prueba, pues, es todo aquello que hace fé, plena o semiplena acerca de una materia en cuestión" (21). Para proporcionar su concepto completo concluye así, "...Definimos, por tanto, las pruebas criminales: actos legítimos mediante los cuales algunas circunstancias sirven para describir un delito o para demostrar la inocencia" (22). Esta acepción no satisface completamente, en razón de que no solamente se demuestra la -- inocencia, si acaso más, lo que se debe demostrar es la culpabilidad, - porque la inocencia se presume.

El tratadista Jeremías Bentham, considera a la prueba indispensable en el proceso al afirmar "...El arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas". (23) quien al

(20) Elementos de Derecho Criminal, Trad. Antonio Fereiro Otero, Temis

Librería, Bogotá 1979, pp. 201-202

(21) Ibidem, p. 203

(22) Ibidem, p. 204

(23) Bentham Jeremías, Tratado de las pruebas judiciales, Ed. E.J.E.A. Buenos Aires, 1971, p. 10

resolver que es la prueba, nos lo define en su acepción genérica y con respecto a su finalidad, de la siguiente forma, "...En el más amplio sentido de esa palabra, se entiende por tal un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho.

"Por lo tanto, toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno, que se puede llamar el hecho principal, o sea aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar; otro denominado hecho probatorio que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal"; (24) sobre estas ideas del autor comentamos que se nos esta hablando de la carga de la prueba, dentro del concepto que proporciona.

A fines del siglo pasado Framarino, consideró que la prueba puede analizarse en dos aspectos, ya sea en cuanto a su naturaleza y a su presentación, ya al efecto que origina en la mente ante quien ha sido aducida, para formar credibilidad, o certeza, luego nos señala "...la prueba en general es la relación concreta entre la verdad y el espíritu humano con respecto a sus especiales estados de credibilidad, de probabilidad y de certeza"; (25) en este enunciado observamos que existe la posibilidad de lograr convicción en el juzgador por medio de la prueba.

Silva Melero hace referencia a Castro Méndez y nos proporcio-

(24) Ibidem, p. 21

(25) Framarino dei Malatesta, Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, Trad. Simón Carrejo, Temis, Bogotá, 1978, pp. 95-96

na su concepto de prueba como "el presupuesto de la decisión jurisdiccional, que consiste en la formación a través del proceso en el espíritu -- del juzgador, de la convicción de que cierta alegación singular de hecho es justificadamente aceptable como fundamento de la misma decisión", (26) en esta expresión se afirma que la prueba tiene como finalidad formar -- convicción en el ánimo del juzgador.

El procesalista Eugenio Florian, considera que, "En su acep-- ción más genérica y puramente lógica, prueba quiere decir, a un mismo -- tiempo, 'todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa', y, en sentido más amplio y haciendo abstracción de -- las fuentes, significa el conjunto de motivos que nos suministran ese co nocimiento. La primera es una concepción subjetiva y la segunda es obje tiva", (27) en estas dos acepciones de la prueba se señala el medio de la prueba en el proceso y la convicción que puede producir en el juzga-- dor la prueba.

Al referirse a la prueba judicial Antonio Dellepiane, nos dice, "...implica en cierto modo una confrontación o verificación: la veri ficación o confrontación de las afirmaciones de cada parte con los ele-- mentos de juicio suministrados por ella y su adversario o recogidos por el juez para acreditar o invalidar dichas afirmaciones", (28) observamos que inicialmente considera que la carga de la prueba la tienen las par-- tes, pero que el juzgador puede allegarse también los medios probatorios

(26) Silva Melero, Valentín, Op. cit. pp. 30-31

(27) De las Pruebas Penales, Temis, Bogotá, 1990, p. 43

(28) Nueva Teoría de la Prueba, Temis, Bogotá 1972, p. 27

para conocer la verdad.

En la obra de Carlos Martínez Silva, encontramos que, en relación a las pruebas, se deben de distinguir las pruebas de la acción de probar, y nos dice "Probar es establecer la esencia de la verdad; y las pruebas son los diversos medios por los cuales la inteligencia llega al conocimiento de la verdad" (29), y a continuación señala el concepto de prueba "Se entiende también por prueba la producción misma de los elementos por los cuales debe establecerse la convicción como cuando se pregunta a quien incumbe la carga de la prueba" (30).

Después de haber establecido y analizado algunos criterios -- respecto a la concepción de la prueba de procesalistas y juristas extranjeros, podemos afirmar que no hay uniformidad de criterios, lo que se -- traduce en una gran variedad de conceptos, que ayuda al estudioso del derecho a formarse un criterio jurídico, no obstante de las diferencias -- que se puedan señalar entre las opiniones que sostienen.

A continuación haremos el estudio de las ideas que sustentan algunos autores mexicanos para conceptuar la prueba:

Recurrimos al tratado que hace el Licenciado Marco Antonio -- Días de León, en razón del estudio que realiza de las pruebas penales, -- en donde nos indica que "La prueba es, pues, un juicio, una idea que de nota necesidad ineludible de demostración, verificación o investigación

(29) Martínez Silva, Carlos, Tratado de Pruebas Judiciales, Ariel, Barcelona 1986, p. 15

(30) Ibidem, p. 16

de la verdad de aquello que se ha afirmado en el proceso" (31), consideramos que se nos ilustra parcialmente en lo relativo a la carga probatoria, al señalar que se debe demostrar lo afirmado, durante el proceso, - sin considerar que también la negativa, cuando contenga una afirmación, - se debe de probar de acuerdo al Art. 248 del CPPDF.

Juan José González Bustamante, nos indica que la prueba tiene dos facetas, al decir "La prueba en el procedimiento judicial es susceptible de tomarse en dos acepciones. A veces se entiende que consiste en los medios empleados por las partes para llevar al ánimo del juez la convicción de la existencia de un hecho; otras comprende el conjunto de elementos que tiene en cuenta el tribunal en el momento de resolver sobre una situación jurídica que se somete a su decisión. En el primer caso, - lo que llamamos prueba no es otra cosa que el objetivo que persiguen las partes para obtener el convencimiento del juez en un negocio determinado; su fundamento es la persuasión; descansa en el conocimiento de la verdad y son la Lógica y la Psicología sus más eficaces auxiliares. En el segundo caso, el análisis de la prueba, para quién goza de la facultad de declarar el derecho, es límite de acción y de conducta..."(32).

El maestro Colín Sánchez después de analizar etimológicamente y gramaticalmente el concepto de prueba, dice "Ahora bien, tomando en cuenta los aspectos generales antes consignados, prueba es todo medio -- factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y

(31) Díaz de León, Marco Antonio, Tratado sobre las pruebas penales, Ed. Porrúa, México 1982, P. 49.

(32) González Bustamante, Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México 1983.

personalidad del delinciente, para de esa manera estar en aptitud de definir la pretensión punitiva estatal", (33) con esto se establecen aspectos muy importantes de la prueba como son el emplear cualquier elemento probatorio para llegar a la verdad de los hechos y para conocer al autor del delito, y que al lograrse esos presupuestos se podrá dictar sentencia.

El Licenciado Rafael Pérez Palma, haciendo una recopilación de conceptos de la prueba nos ilustra de la siguiente manera: "...la palabra prueba tiene varios significados: 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 esta llamado a declarar" (34); para con esto fijar que hay dos aspectos en la prueba: los medios probatorios y la influencia que realizan en el ánimo del juzgador.

Consideramos suficiente todo lo que se ha vertido respecto al concepto de la prueba para que podamos ilustrarnos y de esta manera, poder concebirla desde varios criterios y poder exteriorizar algo sobre el particular.

(33) Colín Sánchez, Guillermo, Op. cit. p. 301

(34) Pérez Palma, Rafael, Op. cit. 147

Según nuestra opinión, consideramos a la prueba como: Todo -
medio suficiente y pertinente para descubrir la verdad que se busca y --
producir convicción en el juzgador .

Ahora bien, del citado concepto, debemos entender que al referirnos a "todo medio" abarcamos tanto los medios legales de prueba que nos señala el Art. 135 del CPPDF, así como el sistema lógico que se regula en el último párrafo del citado precepto; también encontramos este -- sistema lógico en el numeral 206 del CFPP.

Lo relativo a la prueba tiene que ser suficiente, debemos entenderlo como cualitativo y no cuantitativo, esto es, basta en ocasiones con un solo medio de prueba para conocer la verdad, puesto que la libertad del ofrecimiento y admisión de la prueba no faculta a utilizar todos los medios probatorios que reconoce y permite la ley; aun cuando se emplee un solo medio probatorio será suficiente, así tenemos que respecto a los testigos no es necesaria la cantidad, sino lo que se requiere es que sean las personas que perciban el hecho ilícito.

El elemento pertinencia es básico en la prueba, en razón de - existir pruebas que no prueban por no pertenecer al mundo del delito; en - tales circunstancias, las pruebas deben de estar relacionadas a los he-- chos ilícitos que se investigan, de lo contrario resultan inútiles y per- judiciales que sólo prolongan el juicio. La ley adjetiva penal del Dis- trito Federal consagra este principio en el numeral 314 al conceder tér-

mino de 15 días para ofrecer pruebas que estimen pertinentes las partes.

El aspecto verdad, a que hacemos mención, debe de entenderse como la certeza que se logra con la prueba, puesto que la verdad autentica es difícil de obtener, de tal manera que lo que obtenemos en los juicios es la verificación de los hechos por medio de las pruebas.

El último elemento que es la convicción del juzgador, a la vez es la finalidad de la prueba, y sobre el particular, decimos que es la apreciación que el juzgador va a realizar del valor de las pruebas que existen en autos, momento en que se determinará la eficacia del medio probatorio.

3.- Principios que rigen a la prueba. (Generales)

En toda la tramitación del proceso se aplican o se observan necesariamente principios procesales, respecto a ellos no ha sido posible determinar cuales y cuantos son los que deben de regir durante la secuela procesal, estos principios los podemos denominar genéricos en virtud de que se presentan en cualquier proceso, aunque no necesariamente se deben de observar todos en cada caso concreto, también es menester señalar que con respecto al nombre de principios procesales no es aceptado unanimemente, así Ricardo Raimundin, los denomina, los Principios Básicos del Proceso; James Goldsmidt habla de los Principios Fundamentales del Proceso; -- Gian Antonio Micheli, los estudia como Líneas Generales del Proceso de --

Cognición; Eduardo Pallares los denomina Principios Rectores del Proceso.

Sin atender al nombre que cada autor les otorga, los principios procesales (nombre que consideramos adecuado por presentarse, aplicarse u observarse durante el trámite del proceso) han sido diferentes en el transcurso del tiempo, y al respecto dicen "La estructura del proceso... no ha sido en todos los tiempos ni en todos los países la misma. - varían en el tiempo como en el espacio las concepciones que han inspirado los distintos sistemas. Por medio de generalizaciones, la Ciencia Jurídica-procesal, especialmente en Alemania, ha llegado a formular los diferentes principios de que depende la forma y el carácter de los tipos procesales. De tales principios constitutivos o configuradores, algunos son comunes a todos los sistemas; algunos aparecen solo en sistemas determinados, y pueden o no ser antiestéticos de los correspondientes fundamentos de otros tipos de enjuiciamiento." (35) en su misma obra enumeran como principios procesales los siguientes: dispositivo, impulsión, concentración, eventualidad, intermediación, oralidad y publicidad.

Necesitamos saber que son los principios procesales, independientemente del nombre que se les dé por cada autor; Pallares dice "Los principios rectores del procedimiento determinan la finalidad del proceso, las reglas que se deben seguir al tramitarlo y la correcta manera de interpretar y aplicar las normas procesales". (36)

(35) Gómez Orbaneja, Emilio y otro, Derecho Procesal Civil, T. I, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1969, p. 190

(36) Pallares, Eduardo, Derecho Procesal Civil, Ed. Porrúa, México 1961, p. 69.

El maestro Cipriano Gómez Lara, al referirse a los principios procesales manifiesta, "éstos ~~deben~~ entenderse como aquellos rasgos o peculiaridades esenciales en el desenvolvimiento del proceso." (37)

El Doctor José Ovalle Favela, concibe a los principios procesales así, "...son aquellos criterios o ideas fundamentales, contenidos en forma explícita en el ordenamiento jurídico, que señalan las características principales del derecho procesal y sus diversos sectores, y que orientan el desarrollo de la actividad procesal." (38)

Los conceptos transcritos nos ilustran para entender que son los principios procesales y que a la vez con ellos comprendemos los principios de las pruebas, interpretando que son, reglas y enunciados que se deben observar, aplicar, o que orientan, en la secuela procedimental, que pueden estar contenidos en una norma procesal o que se desprenden del contenido de las normas procesales.

Enseguida estableceremos algunos principios procesales que conforman el desarrollo del procedimiento penal, procurando relacionarlos en los momentos procesales donde tengan su correspondiente observancia, ya sea por el juzgador o por las partes, en las actuaciones procesales.

1.) Principio de Igualdad - En esta regla se asienta que las partes procesales, deben estar en igualdad de circunstancia, sin que exista privilegio

(37) Teoría General de Proceso, UNAM, México 1981, p. 288

(38) Ovalle Favela, José, Teoría General del Proceso, Harla, México 1991, p. 187.

gios procesales para ninguna de ellas, en el procedimiento penal aparentemente se rompe con este principio, porque en la averiguación previa de -- los delitos solamente actúa el Ministerio Público, sin embargo, se realiza de esta manera en base a lo dispuesto en el Art. 21 Constitucional, -- además de que en este momento procedimental no se está realizando aún el proceso.

2.) Principio Dispositivo. Se entiende que es aquel por el cual se confía a la actividad de las partes el funcionamiento judicial, para que el juzgador dicte la resolución con los elementos que se le aportan por -- ellas; en el proceso penal no es necesario el impulso procesal, para proseguir, aunque se le confieren derechos a las partes para actuar, con sus respectivos términos, como para ofrecer pruebas, para formular conclusiones, etc., pero en donde figura este principio es en el ejercicio de acción penal, que realiza el Ministerio Público, porque el juzgador no puede conocer o iniciar un proceso sin este requisito.

3.) Disponibilidad del Proceso. En este aspecto se entiende que el Juez se encuentra vinculado a la voluntad de las partes para extinguir el proceso, situación jurídica que se puede presentar en el proceso de los delitos perseguibles por querrela, en los que se puede dar por terminado el -- proceso por medio del perdón que otorgue el ofendido; también lo observamos cuando el Ministerio Público se desiste de la acción penal que realizó.

4.) Principio de Contradicción. Este postulado se basa en la antigua --

formula romana 'oigase a la otra parte', cuyo objetivo es colocar a las partes, en condiciones de aceptar, rechazar o modificar las pretensiones o peticiones que se aleguen dentro del proceso, como ejemplo tenemos, el momento procedimental de la declaración preparatoria en la que el inculpado se entera de las imputaciones y se le dá la oportunidad de contestar - al respecto.

5.) El Principio de Economía Procesal. Este principio nos denota simplificación y abreviación de los actos procesales o del mismo proceso, lo -- observamos desde el ejercicio de la acción penal que si son varios los de litos cometidos o varias las personas que realizan un delito, se consigna rá ante un mismo juzgador de acuerdo a la competencia.

6.) Principio de Publicidad. Dicho enunciado consiste en la libre concurrencia del pueblo para presenciar el desarrollo del Proceso, lo que tene mos regulado en el Art. 20 Constitucional, F. VI, que dice que "Será juzgado en audiencia pública" y el Art. 59 del CPPDF, al establecer "Todas las audiencias serán públicas..."

7.) Principio de Proyidad. Este principio impone reglas a las partes para conducirse durante el desarrollo del proceso: de buena fe, con honesti dad y con rectitud, se hace notar que este postulado no esta regulado expresamente en ningún precepto procesal penal, pero se desprende del conte nido del Art. 32 del CPPDF, al consignar que "las correcciones disciplina rias podrán imponerse de plano en el acto de cometerse la falta,..."

b/

8.) Principio de Eventualidad. Este, consiste en no realizar la conducta procesal dentro del término concedido por el juzgador o por disposición de la ley, y por lo tanto, se considera no haberse presentado en el evento procesal, ejemplo claro se observa en el término para ofrecer las pruebas en el juicio ordinario, que es de 15 días, en el que se deben de ofrecer, Art. 314 del CPPDF(*).

9.) El Principio de Convalidación. En el que se regula la concurrencia de las partes al evento procesal ya sea consintiendo el acto procesal o en su caso el aceptar determinadas anomalías durante su desarrollo y no impugnarlas oportunamente o hacerlas notar al juzgador, lo que se plasma en el Art. 430 del CPPDF, "La reposición... no pudiendo alegarse aquel con el que la parte agraviada se hubiera conformado expresamente, o contra el que no se hubiera intentado el recurso, o si no lo hay, si no se protestó contra dicho agravio en la instancia en que se curso.

10.) Principio de Concentración. Afirmamos que consiste en realizar varias actividades procesales en un solo momento procesal, (no se debe confundir con la Economía Procesal) como se regula en el Art. 308 del CPPDF, en el sentido de que en la audiencia principal se recibirán las pruebas, se puede formular conclusiones y atendiendo el contenido del Art. 309 del mismo Código, el juez podrá dictar sentencia en la misma audiencia.

11.) Principio de inmediación. Este principio tiene como objetivo princi

(*) Nota: existe la problemática en el sentido si se deben de admitir pruebas una vez transcurrido el término que fija el CPPDF, puesto que el 20 constitucional, F. V, nos deja abierto el término para ofrecer pruebas.

pal que el juzgador personalmente presencie el desahogo de las pruebas, -- ya sea de cosas o personas y no que haya presenciado el hecho, en este as pecto decimos que en la práctica no se cumple este principio, y en el aspecto legal el Art. 27 del CPPDF regula que, los miembros del tribunal de ben estar presentes en las audiencias o por lo menos la mayoría, de dónde se deduce que el Juez debe de estarlo en el desarrollo de los actos proce sales, y el 296 es más claro al decir "El tribunal deberá tomar conoci- miento directo..."

12.) Principio de Preclusión. Principio tan importante en el proceso, -- que evita que los procesos se hagan interminables, al operar ésto, en el sentido de cerrar las fases procesales impidiendo que se repitan y continúe la secuela procedimental, no tenemos disposición expresa al respecto, pero se deduce de algunas normas procesales de la materia penal como en el Art. 315, "...El juez declarará cerrada la instrucción y mandará poner a la vista...", dónde se observa que se dá por terminado un momento proce dimental y se pasa al siguiente acto procesal.

13.) Los principios de escritura y oralidad. Estos también se conocen -- como formas de realizar los actos procesales, siempre estarán presentes en el desarrollo del proceso y ambos se complementan por no poderse reali zar ninguna actuación eminentemente escrita o de viva voz solamente, aunque se sostiene que en el proceso penal priva la oralidad, pues al respec to se contempla en el Art. 30 del CPPDF, donde se faculta a las partes a promover en forma verbal ante el secretario del juzgado.

3.1) Principios de la Prueba. (Específicos)

En el estudio de los principios de la prueba, es necesario advertir que pueden coincidir con algunos de los principios procesales señalados con antelación, en este caso nos remitiremos a ellos, pero siempre se establecerá la utilidad específica que tienen dentro del derecho probatorio, aunque en ocasiones parezca repetitivo; debemos de tener en consideración que en los principios de la prueba tampoco se han puesto de acuerdo los autores para unificar criterios al respecto.

Por lo que corresponde a que entendemos por principios de prueba, a los que también se les denomina reglas de la prueba, principios formativos de la prueba, principios reguladores de la prueba, principios estructurales de la prueba; Oderico considera que "...es precisa la consulta a la política procesal penal, informada por la filosofía, por la ciencia, por el arte, por la historia y por el mundo; de donde se extraerán las ideas fundamentales de las instituciones procesales penales, que se llaman también principios procesales, porque por ellas se principia para la formación, para la estructuración del proceso...". (30)

También existe la idea de que el principio de la prueba es lo relativo al punto de partida de ésta o el inicio de la prueba, al considerarlo genéricamente Melendo, "...un principio de prueba es una prueba -lo dice su propia denominación- no acabada; una prueba incompleta, una semiplena prueba, que no puede determinar la convicción de cer-

(30) Oderico, Mario A., Derecho Procesal Penal, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 68

teza...",(31) lo manifestado no es nuestro objetivo, lo que se pretende es establecer los principios (32) que regulan la conformación de la actividad probatoria que deben de atender: el juzgador, las partes procesales, eventualmente terceros, para su debido desarrollo en atención a lo dicho, señalamos algunos principios de la prueba, los cuales son aplicables en todos los procesos, la mayoría de ellos; también señalaremos los específicos para el procedimiento penal.

1º) **Necesidad de la prueba.** Se requiere que las partes aporten pruebas durante el proceso para que justifiquen sus aseveraciones, o que el juez allegue pruebas respecto al hecho que se investiga; este principio se regula en el Art. 314 del CPPDF, en el sentido de que las partes tienen un período para proponer pruebas y el juzgador allegarse las que estime necesarias.

2º) **Principio de documentación de las pruebas.** Consiste en que el juzgador no debe resolver por el conocimiento extrajudicial que tenga, sino que debe basarse, exclusivamente, en las pruebas que obren en autos, enunciado que se complementa con el apotegma: 'lo que no obra en autos no existe en el mundo del derecho'.

3º) **Principio de unidad de la prueba.** Se entiende como la obligación del juez de valorar en su conjunto todos los medios probatorios que se han aportado durante el proceso, ya sea para condenar o absol--

(31) Sentís Melendo, Santiago. Op. cit. p. 97

(32) Para su desarrollo nos basaremos en algunos principios que se contienen en la obra citada de Devis Echandia, Hernando, pp. 114-140.

ver; lo cual se contiene en los Arts. 261 del CPPDF y el 286 del -- CFPD, que establecen: el primero, que se valoren todas la presuncio nes y el segundo que se valoren todos los indicios, en ambos casos debemos de entender que se deben valorar todas las pruebas que exis ten en el expediente.

4º) Principio de adquisición de la prueba. De acuerdo a este principio la prueba no es de quien la produce, sino que una vez admitida (des ahogada), es para el proceso, por lo tanto la parte que la produjo no la puede retirar, aunque le perjudique, puesto que ya forma parte del proceso.

5º) Principio de la probidad. Tiene el carácter de general, por lo tan to no es exclusivo de la prueba, puesto que la buena fe, con la que se deben de conducir las partes, debe de ser en todos los actos - procesales, por lo que debemos de entender que la prueba debe ser - veraz, quedando prohibido la producción de pruebas falsas.

6º) Principio de la contradicción de la prueba. Bajo este postulado se significa que las partes deben producir sus pruebas en debate, para poderse contradecir lo que da oportunidad de discutir, objetar o im pugnar las pruebas, ésto lo contemplan los artículos siguientes del CPPDF: el 250, que brinda la oportunidad de redargüir de falsos los documentos públicos, el 251, que especifica que se pueden objetar - los documentos privados y el 292, cuando faculta al órgano acusador

y a la defensa a interrogar al inculpado; los aspectos señalados de muestran este principio de contradicción, aunque debemos aclarar -- que esta presente en todo el proceso penal.

7º) Principio de igualdad de la prueba. Que consiste en que las partes tengan las mismas oportunidades durante la producción de la prueba, tanto en su ofrecimiento como en su desahogo, por lo que se conceden igual número de oportunidades a cada una de las partes, para -- ofrecer pruebas, (Arts. 307 y 314 del CPPDF); es importante observar que en la actualidad en razón de las reformas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de fecha 8 de enero - de 1991, al adicionarse el Art. 59, en el sentido de que las audiencias se celebrarán concurran o no las partes, salvo el Ministerio - Público que no podrá dejar de asistir; aquí se rompe con el principio de igualdad, puesto que es dable que se celebre la audiencia de desahogo de pruebas sin que concurra la defensa, y si lo interpretamos ampliamente, se puede celebrar sin la asistencia del procesado.

8º) Principio de publicidad de la prueba. Este principio lo analizamos entre los generales del proceso, sin embargo, en relación a las - pruebas, se pretende con este principio que las partes y aún terceros, conozcan directamente los motivos probatorios por los que el - juzgador dictó la sentencia, donde valora esas pruebas que se desahogan en audiencia pública, misma que al celebrarse, puede concu--

rrir el público, según el Art. 60 del CPPDF al establecer, "todos - los que asistan a la audiencia... sobre las pruebas que se rindán..." lo que permite la posible concurrencia del pueblo a dicho evento procesal, realizando de esta manera la función de fiscalizador.

9º) **Principio de formalidad.** Este postulado consiste en acotar las reglas que fija el código procesal respectivo, para cumplir con el -- tiempo, lugar y modo, en que se deben de hacer llegar las pruebas - en el proceso por las partes, también el juzgador debe cumplir con las formalidades de tiempo y modalidades en la admisión, prepara--- ción, desahogo y valoración de las pruebas, citamos como ejemplos: el término para ofrecer pruebas, la forma para ofrecer pruebas, que puede ser verbalmente o por escrito, el de proporcionar nombres y direcciones de los testigos o de los peritos, en lo que corresponde a las partes; el juzgador debe desahogar las pruebas dentro del término legal, (dentro de los 30 días siguientes a la admisión de las pruebas, Art. 314 CPPDF), tomar la protesta a los testigos, separar a los testigos, calificar las preguntas del interrogatorio, etc.

10º) **Principio de preclusión de la prueba.** Este enunciado lo analizamos anteriormente en los principios procesales, en donde asentamos que consiste en la pérdida del derecho que debió de ejercitarse por las partes dentro del término concedido, retomamos este tema porque, -- según Florian dice, "...que, sin menoscabar las garantías formales de las partes, ni prolongar indefinidamente la posibilidad de la --

investigación y de la presentación de la prueba, no se señalen límites o términos absolutos para la aprehensión o adquisición de los medios de prueba, fuera de los que se hacen inevitables en virtud de la necesidad de poner fin al proceso...", (33) a esto el autor lo denomina 'ausencia de preclusiones'; en el procedimiento penal, puede que sea cierto, pero se debe atender que lo que propone es -- que no se reglamente, lo cual sería de beneficio para encontrar la verdad con los medios de prueba, sin embargo, cuando se tiene reglamentado como en el sistema procesal penal del Distrito Federal, se deben observar los términos para ofrecer las pruebas, para que no opere la preclusión, aunque se presta a confusión la reforma hecha al Art. 135 del CPPDF al decir que se admitirá "...todo aquello que se ofrezca..."

11^o) **Principio de intermediación.** Concebimos este principio como el deber del juez de estar presente dirigiendo y viviendo la recepción de -- las pruebas, específicamente las declaraciones, ya sea del procesado o de los testigos, sin que se le exima de las demás pruebas, como en la inspección, en sus diversas modalidades, puesto que de -- este modo recibirá directamente la ilustración probatoria; insertamos la idea de Cappelletti, en relación al tema, cuando hace propuestas para reformas al proceso, "...las más coherentes de las cuales conducirían a acentuar la concentración oral de la causa, inclusiva (sic) de la asunción de las pruebas, la cual debería tener lugar en la intermediación de la relación con el órgano juzgador..." (34)

(33) Florian, Eugenio, Op. cit. pp. 321-322

(34) Cappelletti, Mauro. La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil, E.D.E.A. Buenos Aires, 1972, P. 50

el principio que estamos estudiando se encuentra en el Art. 136 del CPPDF, al considerar que ante el juzgador se debe rendir la confesión, el Art. 174 de la misma ley, faculta al juez a preguntar al perito respecto al dictamen presentado, el Art. 190 de la ley en mención, que impone el deber de examinar a los testigos, el 140 de esta ley dice que el juez debe practicar la inspección; en la práctica quien presencia y conduce estos actos procesales son los secretarios de acuerdos, personas que no van a resolver el proceso.

12º) Principio de la pertinencia de la prueba. "...la pertinencia consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar, y puede existir a pesar de que su valor de convicción resulte negatorio...", (35) si observamos el Art. 314 -- del CPPDF, veremos que se reglamenta la pertinencia de la prueba al establecer "...las partes para que propogan, ... las pruebas que es timen pertinentes,..." lo que significa que las pruebas deben estar relacionadas con el hecho ilícito que se investiga.

13º) Principio de irrenunciabilidad de las pruebas. Que consiste en que ni los medios de prueba, ni los términos legales de prueba se pueden renunciar por las partes, aunque lo convengan entre ellas, el no empleo de algún o algunos medios probatorios, lo cual no sería válido y se puede violar lo acordado en base a que las disposiciones procesales son de orden público, independientemente de que no tengamos precepto legal que lo establezca, en materia procesal - --

(35) Devis Echandía, Hernando. Op. cit. p. 133

penal; lo que si está regulado en el proceso civil por el Art. 283- del CPCDF, que explica "ni la prueba general ni los medios de prueba establecidos por la ley son renunciables".

14º) Principio de evaluación de las pruebas. Se enfoca este principio a la necesidad de otorgarle valor a los medios de prueba que se aportaron durante el proceso y establecer la influencia que causo en el ánimo del juzgador, sin importar los sistemas de valoración que se empleen para emitir la resolución correspondiente, lo cual se contempla en el artículo 72 del CPPDF, al decir los requisitos de la sentencia, exige las consideraciones que haga el juzgador, que, necesariamente serán lo concerniente al valor que les otorgue a los medios probatorios que se aportaron.

15º) Principio inquisitivo en la obtención de la prueba. En este principio se considera que el juzgador puede allegarse pruebas para conocer la verdad de los hechos que se investigan, sin lesionar el principio de igualdad a que tienen derecho las partes, dicha facultad la tenemos regulada en el Art. 135 del CPPDF, en el sentido de que el juez puede investigar la autenticidad de los elementos probatorios aportados por las partes; pero en relación a la investigación de los delitos materia del proceso, el Art. 314 del CPPDF, en su parte final del primer párrafo, al referirse al término para el desahogo dice: "...igualmente todas aquellas que el juez estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad...", esta disposición resulta letra --

muerta, en razón de que el juzgador no se allega pruebas oficiosamente.

Los principios que hemos mencionado no son los únicos, pero se deberían observar para que se conforme adecuadamente toda la fase probatoria, independientemente de cuantos concurren para su desarrollo, no obstante que existen otros criterios que también son de tomarse en consideración, y que se anotan enseguida.

Colín Sánchez, considera que los principios que imperan en materia de prueba son: Presunción de dolo, pertinencia (analizado en el 12º principio en el desarrollo de este tema) y utilidad, respecto al primero nos dice "...La presunción *juris tantum* de dolo, atañe al procedimiento penal, y concretamente a la prueba, independientemente que en nuestro medio, la parte general del Código Penal la prevea en el artículo 9, cuyo texto indica: La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe algunas de las siguientes circunstancias..." (36) comentamos que, durante la investigación de los delitos por medio de las pruebas, se puede demostrar que no hubo dolo al cometerse el delito; y en relación al principio de utilidad, considera, "...la prueba debe ser útil; su empleo se justifica si conduce a lograr lo que se pretende. No debe confundirse la utilidad con la eficacia, no siempre lo útil resulta eficaz a los fines propuestos; empero, como en nuestra constitución (Art. 20 Fracción V) ordena en cuanto al procesado, que le sean recibidos los

(36) Colín Sánchez, Guillermo, Op. Cit. p. 304

testigos y demás pruebas que ofrezca , la interpretación irracional nos - llevaría a concluir que todo lo promovido por aquél (en el orden probatorio) debe ser aceptado. Esto, en ninguna forma, corresponde al espíritu del precepto en cita. Semejante interpretación se traduciría en la práctica de una serie de diligencias inútiles e ineficaces contrarias a la celeridad que debiera caracterizar a todo el proceso. Por otra parte, interpretando a contrario sensu, la parte final del artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, concluimos: el juez - está legalmente facultado para rechazar las pruebas inconducentes o innecesarias". (37)

Por último, en relación al tema de estudio, asentamos el cri- terio de Jiménez Asenjo, Enrique, (38) "...el inicial de presunción de do lo, conforme al cual todas las actuaciones u omisiones se consideran voluntarias; el subjetivo de la inocencia u honorabilidad personal de todo acusado que opera en tanto no se destruya su inocencia y buena conducta - penal; el de oficialidad, por el que la carga de la prueba se encomienda al instructor sin perjuicio de la debida intervención de las partes; el - de universalidad, que exige la colaboración de todos en la demostración - de las circunstancias relacionadas con el hecho; y el de libertad de criterio , que permite la apreciación en conciencia de las pruebas aportadas en conjunto".

Para cerrar este punto de los principios de la prueba, hace-

(37) Ibidem, pp. 304-305

(38) Cit. por González Blanco, Alberto, Ob. cit. p.152

mos la siguiente consideración, su enumeración es casi imposible en razón de que cada autor proporciona diferentes criterios, mismos que nos llevarían a inútiles repeticiones en razón de que muchas de las veces el nombre es diferente, pero el contenido es igual al proporcionado por otro -- procesalista o estudioso del derecho, sin embargo, cada quien nos ilustra con sus valiosas ideas al respecto.

4.- Elementos de la Prueba.

Es unánimemente reconocido como elementos de la prueba: el objeto de prueba, el órgano de prueba y el medio de prueba, de estos tres elementos, al que más páginas de estudio se han dedicado es al objeto de prueba, por ser a veces confusa su aceptación; estudiaremos cada uno de los elementos de la prueba a continuación.

4.1) El objeto de la prueba.

Podemos partir de la idea genérica de que los hechos son el objeto de la prueba, en razón de que el derecho no requiere que se pruebe; lo anterior puede tener variantes o accesorios en materia penal, al atender al hecho ilícito que se investiga, como dijera Florian, "...el objeto de la prueba puede identificarse con los hechos que constituyen el contenido mismo de la imputación; por ejemplo, el hecho del homicidio, el -- del hurto, etc. Este objeto lo llamamos fundamental o general de la prueba, o, más brevemente, objeto de la prueba; es lo que en un tiempo, en -- los libros antiguos, se llamaba *Thema probandum, quod in iudicium deductum*

y que ahora algunos lo llaman hecho sobre el cual a de decidirse... Este caso corresponde a la hipótesis más simple, pero que también es menos frecuente, esto es, cuando el hecho del delito se comprueba directamente, -- por ejemplo, mediante testigos que presenciaron el asesinato, que oyeron las palabras injuriosas, etc.

"Sin embargo, la mayoría de las veces la comprobación directa del hecho delictuoso en sus propias manifestaciones no es posible, y - entonces pueden surgir diversas circunstancias... que a su vez deben comprobarse, con lo cual se llega a ser objeto de prueba. Por lo tanto y en segundo lugar, hay pues, un objeto de prueba penal secundario, indirecto y accesorio...". (39)

Siguiendo estas ideas decimos que el objeto de la prueba --- puede abarcar cualquier aspecto o manifestación de la vida humana, física o inmateriales que se traduce en los hechos, las cosas, los documentos y la persona física, por lo que afirmamos que no sólo los hechos se prueban, sino que a veces es necesario los principios de la experiencia, los principios jurídicos que hemos mencionado.

También existe el pensamiento jurídico de que el objeto de la prueba, son las alegaciones (como sinónimo de afirmaciones y de hechos) que existen en el proceso, se confirma esta postura, con lo que dice Silva Melero, que en síntesis es: el objeto de la prueba son los hechos y - las afirmaciones, estas comprenden las negaciones, al contener una afirma

ción, y por lo tanto, el objeto de la prueba son las alegaciones, puesto que existe una identificación entre el objeto de la prueba y el objeto de la alegación, aunque como regla general lo no alegado no requiere prueba, puede que se prueben directamente; también se excluyen de probar los hechos admitidos en el proceso, pero hay que advertir que no opera en el proceso penal, no se debe de relevar la prueba respecto a los hechos confesados o admitidos, (40) así tenemos que en nuestro sistema, la confesión realizada en el proceso exige requisitos para que se perfeccione, es decir, mediante otros medios probatorios se considera confesión judicial para otorgarle valor (Art. 249 CPPDF).

No obstante las confusiones que se pueden presentar para establecer qué es el objeto de la prueba, existen conceptos concretos que nos ayudan a entenderlo como el siguiente: "Por objeto de prueba debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba; es una noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes, de idéntica aplicación en actividades extraprocesales, sean o no jurídicas...", (41) por lo tanto, es todo aquello que siendo necesario para el proceso, sea susceptible de demostración, ya sea que haya existido, que exista o que pueda existir y no meramente situaciones lógicas; de lo anterior, consideramos que en definitiva los hechos pasados, presente y futuros y en los casos pertinentes, los usos, las costumbres y el derecho extranjero, es el objeto de la prueba.

(40) Cfr. Silva Melero, Valentín, Op. cit. pp. 53-56

(41) Devis Echandía, Hernando, Op. cit. 142.

El Doctor Erich Döhring, en relación a este tema lo analiza como el objeto de la labor probatoria y nos manifiesta, "Por regla general el objeto que se persigue con tales empeños son hechos; hechos de cuya -- existencia el legislador ha hecho depender la producción de una consecuencia jurídica, o circunstancias fácticas no integrantes de una hipótesis -- legalmente normada, las cuales, sin embargo, con el auxilio de la expe--- riencia, permiten deducir la existencia de otros hechos que constituyen, por su parte, una característica legal de una hipótesis (indicios)". (42)

Alberto González Blanco, siguiendo la idea que son los hechos el objeto de la prueba, expresa "El objeto de la prueba en materia penal - no es otro que la comprobación de los elementos que sean suseptibles de - lograr el esclarecimiento del hecho punible que se investiga y de ahí que constituya la razón de ser del proceso, a grado tal que sin ella no se -- concebiría su existencia, ni la necesidad de las mismas". (43) Al refe-- rirse este autor a elementos se refiere a los medios para probar y res-- pecto al hecho punible, se abarca sus circunstancias de ejecución, que, - también, son hechos relativos al delito cometido.

Se consideran como objeto de la prueba: la conducta o hecho, las personas, las cosas y los lugares, con todos esos elementos se demuestra el delito y sus circunstancias o modalidades, la responsabilidad del sujeto y el daño causado. (44)

Hay que considerar que el objeto de la prueba es lo que hay

(42) La Prueba su Práctica y apreciación, EJEA, Buenos Aires, p. 13

(43) Op. cit. p. 152.

(44) Cfr. Colín Sánchez, Guillermo, Op. cit. p. 306

que determinar en el proceso, y de acuerdo a nuestra legislación se debe: acreditar la acción (en todas las condiciones y los motivos que impulsaron al sujeto a actuar); la modificación que el mundo exterior ha experimentado con la ejecución del delito (también lo relativo al sujeto pasivo y al daño causado); la personalidad del sujeto activo del delito de acuerdo a los artículos 51 y 52 del Código Penal y por último, la sanción que le corresponde al autor del delito. (45)

En resumen, el objeto de la prueba es todo aquello que es necesario demostrar en el proceso, ya sea la circunstancia o el acontecimiento que se debe de conocer, tanto en lo sustancial como en lo accidental de los hechos, para determinar las consecuencias jurídicas que se aplicarán.

4.2) El órgano de Prueba.

Al referirnos al órgano de prueba, debemos concebir a las personas como el órgano de la prueba, por ser quien hace llegar la prueba en el proceso, es por esto que se sostiene que, "...la persona intermedia que se interpone entre el objeto de la prueba y el juez y que le suministra a éste el conocimiento del objeto de prueba, adquiere una importancia especial, asume una actitud propia, una función característica, y por ello nos parece que esta persona puede considerarse y definirse como órgano de prueba.

(45) Cfr. Rivera Silva, Manuel; Op. cit. pp. 205-206

"Así pues, órgano de prueba es la persona por medio de la -- cual se adquiere en el proceso el objeto de prueba, es decir, por medio - de la cual dicho objeto llega al conocimiento del juez y eventualmente de los demás sujetos procesales". (46)

La persona que suministra la prueba es el órgano de prueba, - por lo que, al juzgador no lo podemos considerar órgano de prueba, éste, es órgano de decisión, de tal manera que, es a quien se le instruye por medio de las pruebas; por lo que, decimos que el órgano de prueba son: -- los testigos, los peritos, esencialmente, aunque lo pueden ser las partes, cuando hacen sus declaraciones o confiesa el procesado, y en algunas ocasiones los terceros ya sea que intervengan en el proceso o que ellos hayan intervenido en la creación del medio probatorio, como en el caso de las do cumentales, en las que participaron para su perfección.

El criterio de Hernando Devis Echandía, en lo que corresponde al órgano de prueba, es amplio e ilustrativo cuando manifiesta "...Órganos son las personas que se limitan a colaborar con el juez en la actividad probatoria, como peritos y testigos de las inspecciones judiciales, o a suministrarle el conocimiento del objeto de la prueba, como testigos comunes, interpretes, funcionarios judiciales o administrativos o de poli cía, que expiden copias o certificados y que rinden informes con destino al proceso, y aun los detectives y funcionarios de la policía o de labora torios forenses que investigan los hechos para suministrar indicios, huellas digitales, pruebas de otro orden y cualquiera otros experimentos - -

científicos que tenga algún valor probatorio; por lo tanto, los órganos de prueba son generalmente los terceros no intervinientes, y las partes sólo cuando son autoras del medio de prueba, confesión o documento; nunca el juez". (47) En éste estudio se incluyen a varios sujetos como órgano de prueba pero además, el documento cuando se toma como punto de partida, su origen o creación en el que pueden ser órgano de prueba, la autoridad inclusive judicial, con tal de que sea diferente del órgano de conocimiento.

El procesalista Juan José González Bustamante en forma categórica, nos dice "El órgano de prueba es toda persona física que concurre al proceso y suministra los informes de que tiene noticia sobre la existencia de un hecho o circunstancia, según su personal observación". (48) se nos da a entender que las personas colectivas no pueden ser órgano de prueba, lo que es cierto si atendemos que sólo las personas pueden serlo, pero cuando se considera que en las documentales, que se puede tener el órgano de prueba, en razón a su creación, entonces decimos que puede ser órgano de prueba una colectividad, o varias personas.

El jurista Rivera Silva, basándose en Florían concibe al órgano de prueba como "...la persona física que suministra al órgano jurisdiccional, en su calidad de tal, el conocimiento del objeto de la prueba", con este concepto deja claro que el juzgador no puede ser órgano de prueba.

(47) Op. cit.p. 260

(48) Op. cit. p. 336

El concepto de órgano de prueba de Guillermo Colín Sánchez, es demasiado genérico al decir que es la persona que proporciona el conocimiento por cualquier medio factible, para que después del concepto proporcione quiénes son órgano de prueba enumerando a: el probable autor del delito, el ofendido, el legítimo representante, el defensor y los testigos; luego excluye: al órgano jurisdiccional, al Ministerio Público y a los peritos, (49) con respecto a este último no fundamenta porqué no lo considera órgano de prueba; respetando este criterio, consideramos que sí es órgano de prueba en razón a que el perito al rendir su dictamen perfecciona la prueba pericial, independientemente de que no introduzca otro hecho, porque con su dictamen sólo ilustra, pero esta ilustración precisamente está compuesta de los elementos que está aportando en torno al hecho ilícito -- que se investiga y por consiguiente está aportando aspectos técnicos o conocimientos especializados de los cuales carece el juzgador.

4.3) El medio de prueba.

Los medios de prueba en el procedimiento penal son vastos, - pues no son exclusivamente los que enumeran los Códigos procesales, ésto - es, no es limitativa, existe la posibilidad de que se utilice en el período probatorio aunque no estén dentro del catálogo de las leyes, pues basta que esté relacionado con el hecho ilícito penal que se investiga y que se resolverá en base a esos elementos probatorios que se hagan llegar al juzgador o que él los instrumente de oficio.

(49) Cfr., Colín Sánchez Guillermo, op. cit. pp. 307-309

El medio de prueba entonces, es un elemento de conocimiento que lleva una cantidad de verdad en el proceso si resulta pertinente, así, Florian nos dice "Ordinariamente se considera medio de prueba todo lo que sirve para establecer la verdad de un hecho que tiene importancia para la sentencia, es decir, todo lo que se presenta a la razonable convicción del juzgador; en suma, el medio de prueba es un medio de conocimiento", (50) - al mismo autor no le satisface el concepto en razón de que se presca a confusión con el objeto de la prueba y los medios de prueba, y sobre este particular debemos de separarlos o mejor dicho, debemos distinguir que se entiende por cada uno; el objeto de prueba lo hemos establecido en el tema - 4.1 de este estudio, en el que concluimos que principalmente versa sobre - los hechos que se deben justificar con sus circunstancias y modalidades; - el medio de prueba podemos decir que es con lo que se demuestra el hecho y sus circunstancias o modalidades; así, Kisch (51) dice que, 'medio de -- prueba es el objeto corporeo por medio del cual se obtiene la prueba; por consiguiente, lo que inspecciona el juez, el testigo que declara, el documento que es citado', también es necesario distinguir a los medios probatorios de las fuentes de la prueba, y el mismo Sentís Melendo, nos manifiesta "que las fuentes son los elementos que existen en la realidad y los medios están constituidos con la actividad para incorporarlos al proceso; no se trata de una operación mental..., sino de una actividad física y material; la operación mental, será más adelante en el proceso probatorio, una actividad valorativa; pero la fuente tendrá este carácter determine o no - la convicción". (52)

(50) Ob. cit. p. 169

(51) Sentís Melendo, Santiago, Op. cit. p. 148

(52) Ibidem, p. 150

Nos ilustra Juan José González Bustamante al respecto con lo siguiente: "El medio de prueba está constituido por el acto mediante el cual determinadas personas físicas aportan a la averiguación el conocimiento del objeto de la prueba, como serían, por ejemplo, la declaración testimonial; el juicio de peritos, etc." (53) con estas ideas se corrobora que los medios están en potencia para llegar al proceso por medio de alguien para que se consideren por el juzgador. En cuanto a la opinión de Ribera Silva, "...el medio de prueba es la prueba misma; es el modo o acto por -- medio del cual se lleva el conocimiento verdadero de un objeto". (54) consideramos que en este concepto se está prejuzgando al afirmar que se obtiene el conocimiento verdadero, puesto que esta actividad será posterior, -- como lo establecimos con anterioridad.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, inicialmente se enumeran los medios probatorios, Art. 135, posteriormente se admite cualquier medio probatorio, entre los que se mencionan como medios de prueba tenemos, la confesión, los documentos, la pericial, la inspección, la testimonial, las presunciones y del contenido del capítulo de la prueba se desprenden las visitas domiciliarias, los cateos, la traducción, la interpretación, la reconstrucción de hechos, la confrontación, el careo, el reconocimiento de cosas y personas, el cotejo y la fama pública.

5.-) Clasificación de las pruebas.

La palabra clasificación denota: la acción y efecto de cla-

(53) Op. cit. p. 336.

(54) Op. cit. p. 191

sificar y este verbo viene del latín *clasificare* que a su vez deriva de -- las raíces latinas, *classis*, que significa clase, y de *facere*, que se refiere a hacer; que lo concebimos como ordenar o disponer por clases algo, también se entiende como separación diferenciadora; de todo esto, decimos que las pruebas se distinguen entre sí, de acuerdo a diferentes tópicos, - circunstancias o formas, para integrar clases de prueba con nombres propios de acuerdo a sus particularidades y en algunos casos convencionales.

En base a lo establecido en el párrafo anterior, se desprende que existen varios criterios para clasificar las pruebas; señalaremos algunos, por no poder agotar las múltiples clasificaciones creadas en el ámbito del derecho:

1º) **Críticas y Artificiales.** Se considera que Aristóteles hizo esta clasificación con base en raíces humanas y psicológicas; en el que las pruebas críticas tuvieron su origen en la oratoria; respecto a esta clasificación, Eugenio Florian dice, "...hay medios de que el orador es amo y creador, que pertenecen por completo a su arte, que se dirigen a convencer; y hay medios, en cambio, que tienen una consistencia objetiva, una eficacia de atestación histórica, por decirlo así, sobre los cuales el arte oratorio tiene poderes limitados. Por ello se llaman artificiales aquellas pruebas que se derivan del arte del declamador (combinaciones de circunstancias, deducciones, etc.) y se llamaron naturales aquellas que por sí mismas y sin arte retórica hacen que exista o no un derecho o un hecho". (55)

Esta clasificación subsiste, aunque no como se concibió en su origen, -- puesto que la oratoria sólo se utiliza en la actualidad en los sistemas -- procesales penales donde todavía se juzga, por medio del jurado popular; -- en dónde las partes deberán crear sus pruebas con sus alegatos; sin embargo, podemos decir que existen las pruebas críticas en nuestro procedimiento penal, cuando el juez aplica la presunción humana, en la que realiza -- procesos lógicos necesariamente para que del hecho conocido, llegue al hecho desconocido, (Art. 261 CPPDF); y los naturales o no artificiales son todos los demás medios probatorios legales que llevan objeto de prueba sin necesidad de inferencias o procesos lógicos.

2º) De acuerdo a la fuente, las pruebas pueden ser: personal y real; la prueba personal es la que lleva el individuo al proceso, como la testimonial y la real es la referente a las cosas, como los documentos y los objetos o instrumentos que sirvieron de medio para realizar el hecho. Esta clasificación es clásica, en razón de que se analiza frecuentemente para comprender de dónde emana la prueba, sí de las personas o de las cosas.

3º) Directas e Indirectas. Esta distinción se realiza deducida del objeto, debido a la relación con lo que se quiere probar; podemos afirmar que es casi unánimemente acogida por los estudiosos del derecho probatorio este criterio, entre los que lo analizan esta Francois Gorphe, en el siguiente sentido, "1) Las directas o relativamente simples que, siendo normalmente serias, llevan en sí mismo un valor probatorio, cuando no son discutidas y se producen en condiciones de garantía: son las verificaciones judi-

ciales, los documentos y la confesión.

"2) Las indirectas y complejas que, siendo esencialmente inciertas, sólo -
presentan verdaderamente un valor probatorio cuando se las reconoce sufi--
cientemente seguras como resultado de un exámen crítico más o menos profun--
do; son las pruebas más importantes en el proceso penal: los indicios o --
prueba circunstancial y el testimonio...". (56) por lo tanto, las pruebas
directas también conocidas como inmediatas, son las pruebas que producen -
conocimiento sin intermediario y es directamente percibido por los senti--
dos del juzgador el objeto de prueba. Las indirectas o mediatas son las -
pruebas que requieren de un órgano de prueba para llevar al juez el objeto
de prueba, ejemplo de la primera es la inspección y de la segunda la testi--
monial.

4º) Preconstituidas y por Constituir. Las primeras son las que existen -
antes del procedimiento penal* y las segundas son las que se van a crear -
durante el procedimiento; las primeras tienen coplo, la documental y la --
presunción legal; las segundas son todos los demás medios de prueba que se
perfeccionan en el procedimiento, como la inspección, la testimonial, la -
pericial, etc. El término preconstituidas para esta clasificación, fué in--
troducido por Jeremías Benthan, quién tuvo que seleccionar entre los cali--
ficativos de prueba preestablecida y prueba preconstituida, al estudiar es--
ta última dedujo otra con el nombre de semipreconstituida, que al respecto
estableció "El testimonio aportado a un juicio, consistente en un escrito

(56) Op. cit. p. 173.

*Nota: Se advierte que a diferencia del proceso civil, en donde normalmen--
te existen pruebas preconstituidas, antes de iniciarse; en el aspec--
to penal sólo en determinadas ocasiones se presentan, en razón de --
que el delincuente cuida no dejar pruebas al cometer el delito.

auténtico, que ha sido hecho con arreglo a ciertas formas legales para ser empleado eventualmente con el carácter de prueba jurídica, se le puede denominar preconstituida.

"Más es preciso distinguir cuidadosamente la prueba preconstituida *ex parte*, es decir, por una sola de las partes, como un libro de comercio, de la prueba preconstituida *a partibus*, es decir por las dos partes interesadas, como un contrato, la primera clase podría llamarse prueba *pre* constituida". (57)

5º) **Pruebas principales y pruebas secundarias.** Las pruebas principales son las que tienen como propósito demostrar el hecho que se pretende probar por sí solas como la testimonial; las secundarias o auxiliares son las que se perfeccionan con otro medio de prueba para formar una unidad de conocimiento, que serían de la testimonial, los careos o la confrontación.

6º) **Nominadas e Innominadas.** Las pruebas nominadas son las que tienen nombre, que están fijadas y reglamentadas específicamente en la ley; las pruebas innominadas también son reconocidas por la ley sin estar especificadas, las que se deben de considerar en el proceso si están relacionadas con el hecho que se investiga, el Art. 135 del CPPDF, enumera las pruebas que se reglamentan en el cuerpo del Código, y en su párrafo final, acepta las pruebas innominadas al establecer "...todo aquello que se ofrezca como tal..." dejando abierta la interpretación, sobre el particular, consideramos que se debe entender cualquier medio que ayude a encontrar la verdad -

en el proceso.

7º) Plena y Semiplena. Esta clasificación se apoya en el resultado de -- las pruebas; o sea, la convicción que puede darle al juzgador la prueba; - la primera tiene como misión que por sí sola forme convicción en el juzgador, para tener por probado el hecho que se investiga, como ejemplo tenemos la documental pública o la confesión, aunque en el procedimiento penal no será suficiente una sola prueba, puesto que requiere que se refuercen - con otras pruebas para lograr convicción en el juzgador; las segundas son aquellas pruebas que por sí solas no producen convicción en el juzgador, sólo aportan motivos o elementos para que con el auxilio de otras pruebas si sean suficientes para resolver, tenemos como ejemplo la prueba indiciaria que es suficiente para dictar el auto de formal prisión pero no para resolver en sentencia definitiva.

8º) Críticas e históricas. Las pruebas críticas son las que permiten al juzgador realizar ecuaciones lógicas para poder determinar la existencia - o la inexistencia de un hecho, por lo que, el juzgador mediante el procedimiento de una serie de juicios e inferencias llega a la convicción, como - en las presunciones; la prueba histórica es la que reproduce el hecho que se investiga; que se realiza por medio de la testimonial, la confesión o los documentos, de esta última decimos que se puede contener los hechos tales y como se crearon o produjeron los mismos, (si no fué alterado posteriormente el contenido del documento); pero en relación a la testimonial y la confesional se debe de tomar con reservas la reproducción en razón de -

que la mala memoria o la falta de explicación de los hechos pueden desvirtuar los hechos reproducidos en el procedimiento.

Dejamos la enumeración de clasificación de las pruebas, en atención a que si bien nos ilustra y ayuda a acrecentar el acervo de conocimientos jurídicos, también debemos de afirmar que en el desarrollo del procedimiento penal no es aplicable con nombres específicos el empleo de la prueba, sin embargo, de acuerdo a todo lo asentado, podemos establecer que en la investigación de los delitos existen pruebas que se reproducen normalmente como: la declaración de los testigos, del procesado, del ofendido; el dictamen pericial; la inspección judicial con sus modalidades; -- las presunciones, los indicios, etc.

6.-) Los sistemas probatorios.

Sistema probatorio es el conjunto de medios de prueba que se autorizan emplear a las partes y al juez en los procesos; el legislador ha establecido los medios probatorios para encontrar la verdad en la secuela procedimental, debiéndose usar únicamente los reglamentados por la ley; en las leyes procesales se delimitan con nombres específicos los medios -- probatorios, o solamente lo autorizan genéricamente sin establecer cuales ni cuantos y algunas leyes procesales abarcan tanto la enumeración como la libertad probatoria, de lo dicho se desprende que existen los sistemas legal y lógico de los medios probatorios.

No Existe

Página

Es menester aclarar que en la actualidad no podemos hablar de ninguno de los dos sistemas que se presenten puramente escrito o puramente oral, puesto que ambos se complementan, sin embargo, la división subsiste atendiendo a la forma que predomine, para determinar si el procedimiento es oral o escrito.

En el código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, podemos decir con fundamento en el Art. 30 del mismo, que la aportación de la prueba se puede realizar en forma oral, ante el Secretario de - acuerdos, puesto que con claridad dice, 'durante la instrucción' y es en este momento cuando se ofrecen pruebas; y en relación con la asunción de la prueba al reglamentarse por esta ley procesal su desahogo, observamos - que esta contemplada la oralidad en: la declaración de testigos, que se hace el interrogatorio en forma oral y las contestaciones las dará el testigo de viva voz (Art. 207); en los careos al reconvenir las contradicciones de su declaración lo harán en forma oral (Art. 228), etc., pero todo lo - manifestado se debe escribir en la acta de actuaciones, por lo que, nues-tra afirmativa de no tener procedimientos de prueba, meramente oral o ex-clusivamente escrita, se constata.

6.1) Sistema Legal.

El sistema legal de los medios probatorios, se refiere a la reglamentación taxativa que hace la ley respecto a los medios probatorios a emplear en el transcurso del procedimiento penal, sin que permita otros

medios probatorios, el procesalista, Manuel Rivera Silva, nos dice: "...El sistema legal establece como únicos medios probatorios los enumerados limitativamente en la ley", (59) esto confirma que en este sistema no se admiten más pruebas que las que se enumeran y reglamenta el código procesal; se complementa esta idea con lo que establece Hernando Devis Echandia, en lo siguiente: "Algunos códigos le dan un carácter taxativo a la enumeración de los medios de prueba... puede discutirse si sería válido un medio diferente de los contemplados por la ley. Creemos que en todo sistema de regulación legal de los medios de prueba, la enumeración que contenga, bien sea en un texto especial o en los varios que los reglamentan, tienen carácter taxativo, aun cuando no se diga expresamente...", (60) agotamos este punto asentando que este sistema es demasiado rígido y es casi imposible que subsista en el procedimiento penal si partimos de la base de que lo que se pretende es conocer la verdad de los hechos, debería de haber flexibilidad.

6.2) Sistema lógico.

El sistema lógico de los medios probatorios consiste en que la propia ley deja abierta la posibilidad de hacer uso de cualquier elemento probatorio durante el procedimiento; sobre el particular se establece - "...El sistema lógico acepta como medios probatorios todos los que lógicamente pueden serlo: todo medio que pueda aportar conocimiento". (61) Se nos ilustra en el sentido de que se deja en libertad de aportar cualquier

(59) Op. cit. p. 193

(60) Op. cit. p. 557

(61) Rivera Silva, MANUEL. Op. cit. p. 193

elemento de prueba, sin embargo, consideramos que debe estar condicionado a lo siguiente, siempre que el medio probatorio sea pertinente para la investigación del hecho; a lo antes dicho, el postulado de Eugenio Florian que al respecto nos agrega "... el espíritu vivificador de este sistema, llevan conjuntamente a la conclusión de que los medios de prueba no pueden señalarse en una enumeración taxativa e inmodificable. Así se manifiesta en toda su firmeza al principio de la libertad de los medios de prueba". (62) aunque le cambia de nombre, este autor se refiere al sistema lógico probatorio; el mismo autor en cita, agrega, "Esta libertad de los medios de prueba encuentra, naturalmente, dos limitaciones jurídicas dignas de notar, una de ellas substancial y la otra formal; la primera en el sentido de que el medio de prueba no esté prohibido por la ley; la segunda en el sentido de que el medio de prueba no puede utilizarse sino en cuanto se ha aportado con todas las formalidades al acervo procesal ..." (63)

6.3 Sistema probatorio en el procedimiento penal mexicano.

Es necesario establecer un breve antecedente de los sistemas probatorios, respecto a nuestra ley procesal del Distrito Federal, tomamos la referencia que hace Manuel Rivera Silva, "Nuestras leyes han ido de un sistema a otro: el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal de 1894 fijaba en su artículo 206 un sistema absolutamente legal, enumerando limitativamente los medios probatorios y, por el contrario, el Código del Distrito de 1931 adopta un sistema lógico, aceptando como prueba todo aquello que se presenta como tal, siempre que a juicio del funcio

(62) Op. cit. p. 223

(63) Ibidem, p. 224

nario que practique la averiguación, pueda constituirlo" (Art. 135). La enumeración contenida en el propio artículo no tiene sentido, pues la parte transcrita permite que no sólo se reconozcan como medios de prueba los listados, sino todos los que lógicamente puedan serlo. El Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 establece en su artículo 206 un sistema plenario logicista, repitiendo lo fijado en el Código del Distrito de 1931, pero borrando la innecesaria lista de medios probatorios consignada en este último Ordenamiento". (64) Comprendemos que actualmente la nueva legislación procesal contiene el sistema lógico, como nos dice el autor, pero no prescinde del sistema legal, al enumerar los medios probatorios primeramente, mismo que en el cuerpo del Código citado, se reglamenta su dinámica de desarrollo para realizar el procedimiento.

En relación al Código Federal de Procedimientos Penales, el hecho de que en su Art. 206 no enumere a los medios probatorios, no significa que no contemple el sistema legal, puesto que en el contenido del mismo se reglamentan los mismos medios probatorios que se enlistan en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En conclusión, en estos dos códigos procesales penales, se contienen los dos sistemas, esto es, el legal y el lógico, porque primeramente se tiene que atender cuando el medio probatorio está reglamentado para cumplir con sus formalidades y en caso de que el medio probatorio no está reglamentado, cae en la hipótesis del sistema lógico.

7.-) Sistemas de valoración de las pruebas.

La palabra valoración proviene del portugués avaliacao, --
valorizacao: que denota el acto y efecto de otorgarle valor a las cosas;-
en el derecho lo concebimos genéricamente como el valor que se le conce--
den a las pruebas por el juzgador al dictar sentencia, como lo señala - -
Sentís Melendo "Cuando las pruebas se han adquirido, hay que valorarlas.-
Es el momento solemne del proceso para llegar a la sentencia, para consti
tuir ésta definitivamente. Sentencia viene de sentir: es lo que el juez
siente ante ese fenómeno que es el proceso y en el desarrollo del cual ha
ejercido su jurisdicción... Hemos llegado al final de éste, de un proceso
que es, ante todo prueba. El juez que la ha vivido o ha debido vivirla,
se enfrenta con ella, la contempla en su totalidad y en cada uno de sus -
elementos". (65) Refiriéndose este autor a que la valoración es actividad
del juzgador y al momento en el que la realiza es de mucha importancia,-
pues de realizarse antes de la sentencia se estaría prejuzgando; se nos
aclara más esta actividad de la valoración de las pruebas cuando se nos -
dice "...cuestión que parcialmente afecta a la determinación de los pode--
res que la normativa legal confiere al juez, para formar el propio conven
cimiento, en relación a la existencia o no de los hechos, o a la veraci--
dad o falsedad de las afirmaciones". (66) Hacemos notar que no sólo se --
presentan afirmaciones, sino que también negaciones que tienen afirmacio
nes y sería conveniente hablar de aseveraciones.

(65) Op. cit. pp. 20-21

(66) Silva Melero, Valentín, Op. cit. p. 121

Respecto a la valoración de las pruebas, Eugenio Florian - lo concibe como un ejercicio (agregamos mental) al decirnos "El resultado de la prueba se debe considerar como la contribución que de un objeto de prueba o de un medio de prueba puede surgir en favor o en contra de la de mostración de una verdad de hecho o jurídica, que pertenece al proceso o que influye en él. Este resultado implica, por consiguiente, un ejercicio de valoración". (67) Aunque no incluye al juzgador, se deduce que es él a quien va dirigida esa verdad al decidir respecto a lo probado.

Colín Sánchez en forma concreta nos ilustra de la siguiente forma: "...la valoración de las pruebas es un acto procedimental, caracterizado por un análisis conjunto de todo lo aportado a la investigación (relacionando unas con otras), para sí, obtener un resultado en cuanto a la conducta o hecho (certeza o duda) y a la personalidad del delincuente (certeza)". (68) Esta concepción la consideramos de gran utilidad por delimitar el objeto de la valoración, y se toma la acepción de certeza en lugar de convicción, como se considera por Díaz de León, quien lo manifiesta así "...La valoración de la prueba no es otra cosa que la afinación mental que realiza el juzgador con objeto de formarse una convicción sobre la eficacia que tengan los medios de prueba que se hubieran -- llevado al proceso". (69)

Aunque la mayoría de los autores incluyen en sus conceptos los elementos, actividad mental del juzgador y finalidad, convicción o -

(67) Op. cit. p. 536

(68) Op. cit. p. 317

(69) Op. cit. p. 117

certeza, para llegar a la verdad, por medio de la valoración de la prueba; vamos a dejar asentado lo que concibe Jorge Alberto Silva Silva, "La valoración o apreciación de la prueba (especialmente de los datos recolectados) (sic) es el proceso intelectual que consiste en una interpretación individual o integral de los resultados, que conduce a asignarles o rechazarles consecuencias jurídicas". (70) Esta acepción pretende que se valoren todos los medios probatorios que estén en el expediente ya sea en sentido negativo o positivo, lo cual parece acertado para cumplir con el principio de congruencia respecto a los medios de prueba que se aportaron en el proceso.

Nosotros consideramos que en el procedimiento penal existen momentos diversos de valoración de las pruebas, a saber:

a.-) En la averiguación previa, cuando el Ministerio Público, determina respecto a la investigación de los hechos ilícitos de que tuvo conocimiento ya sea para integrar el cuerpo del delito y para establecer la probable responsabilidad.

b.-) Al resolver el juzgador dentro del término constitucional de las sesenta y dos horas, para resolver respecto a la situación jurídica del imputado.

c.-) Al dictarse sentencia definitiva, por el juzgador para condenar o absolver al sujeto que se ha procesado.

Debemos manifestar que en los dos primeros momentos existe una valoración provisional de las pruebas y en el tercer momento se considera valoración definitiva en caso de que cause ejecutoria la resolución.

En la actividad valorativa de la sentencia, el juzgador, - al valorar cada medio de prueba que exista en el proceso, va a examinar - la cantidad de verdad que se posee o que se le concede a la misma; para - realizar esta actividad de la valoración de la prueba, existen varios sis- temas: tasado, libre apreciación, mixto y la sana crítica.

7.1) Valor de la prueba.

El vocablo valor proviene del latín; valor, -oris, que sig- nifica genéricamente grado de utilidad de las cosas para satisfacer las - necesidades; también se concibe en varias acepciones como: cualidad, fir- meza, precio, eficacia, estimación, etc., por el momento nos basamos en - la palabra eficacia, para establecer qué valor de la prueba es, la fuerza o eficacia de las pruebas para producir efectos en el ánimo del juzgador; también lo concebimos en relación al grado y decimos que es, la cantidad de verdad que contiene el medio probatorio que le es concedido por la ley o por el juzgador; de este concepto deducimos que se puede conceder valor al medio probatorio desde dos puntos de vista: primero, cuando la ley le fija la cantidad de verdad al medio probatorio, el que se debe de acatar por el juzgador, segundo, cuando se deja a criterio del juez fijarle la - cantidad de verdad al medio probatorio, con facultad amplia discrecional.

Cuando el juzgador le otorga valor al medio probatorio --- realiza una serie de silogismos, con base a una máxima de la experiencia para llegar a un resultado de acuerdo al medio probatorio.

En cuanto a que la ley le fija valor al medio probatorio, el juzgador esta obligado a respetar la voluntad de la ley.

Framarino, no contempla el valor de los medios probatorios, para el producen certeza, y al respecto dice "...admitimos que la certeza surge ordinariamente del influjo de la verdad objetiva; pero afirmamos que aunque por lo común sale de la verdad, no es la verdad misma, sino simple mente un estado subjetivo, que a las veces, por obra de nuestra propia imperfección, no responde a la verdad objetiva. Sostenemos también que la certeza considerada en su naturaleza intrínseca, como es y no como sería mejor que fuese, consiste en un estado subjetivo del espíritu, y por ello debe estudiarse en esa condición, y no confundirla con la realidad exterior". (71) al considerar que la certeza es de naturaleza mental, se refiere a la mente del juzgador, que la interpreta al valorar las pruebas, ya sea a voluntad de la ley o aplicando su criterio el juzgador.

7.2) Sistema tasado.

Respecto al sistema de valoración tasada de los medios probatorios, también conocido como sistema legal; en él se fijan reglas legales para el convencimiento del juzgador, por lo que la ley le fija valor a (71) Op. cit. p. 15

la prueba en forma taxativa.

Consideramos prudente hacer una referencia histórica de este sistema de pruebas con base en lo que establece Framarino dei Malatesta, "...la evolución histórica de la humanidad, que gradualmente ha ido en ascenso, condujo a la previa apreciación de la esencia de las pruebas, con - criterios fijos, por parte de la ley, que determinó en qué condiciones pro batorias debía existir certeza y en cuáles no, originándose así las prue -- bas legales. Y hablo de las pruebas legales como progreso histórico, porque ellas vinieron después de las ordalías y de los duelos judiciales, que eran sistemas probatorios bárbaramente taumatúrgicos, fulminados con anate ma por el cuarto concilio de Letrán. De modo, pues, que aunque el sistema del libre convencimiento fue históricamente más antiguo, las pruebas lega -- les, en cuanto al tiempo en que estuvieron en boga, constituyeron realmen -- te un progreso, que fue tanto más benéfico porque ellas se unieron al pro -- ceso inquisitorio y se convirtieron así en un correctivo del arbitrio judi -- cial, temible en esa forma de procedimiento". (72) A esto debemos agregar el pensamiento de Eugenio Florian "...históricamente el método de las prue -- bas legales, que se hizo posible por la decadencia o desaparición del juez popular, se consideró como una exigencia del proceso inquisitorio, puesto que concediéndole en este proceso al juez todo poder de iniciativa, de in -- vestigación y de decisión, y quedando el procesado desprovisto de su pro -- pia defensa, el legislador intervino para limitar los poderes del juez en el momento culminante, en el cual éste debía de proceder a absolver o con -- denar, tomando como base los resultados obtenidos en su propia investiga--

ción. Por ello, este método, antes que una coerción de la conciencia al juez, se interpretó como una eficaz defensa del acusado frente al juez y - también como un poderoso auxilio prestado al juez, el auxilio de una experiencia amplia y profunda, de una experiencia secular y colectiva, una experiencia, por decirlo así, codificada", (73) en ambos criterios encontramos la justificación del sistema de valoración tasada o legal, que se consideró apropiada posiblemente al reglamentarse, el que se crítica severamente en razón que si en la ley existe previamente contemplando el valor que se le va a dar al medio probatorio, se está prejuzgando y además el juzgador no realiza ninguna actividad mental, solamente traslada la voluntad de la ley.

Este sistema de valoración tasada lo acoge el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, aunque con las reformas del 8 de enero de 1991 se le haya quitado ese carácter a la prueba confesional, lo encontramos en la testimonial cuando las declaraciones de dos testigos convengan en la substancia y en los accidentes, Art. 256; o cuando -conviniendo en la sustancia no convengan en los accidentes, pero que no modifiquen el hecho, Art. 257; los instrumentos públicos harán prueba plena de acuerdo al Art. 250; y la inspección judicial hará prueba plena, según el Art. 253; en todos estos medios probatorios la ley le está fijando va--lor probatorio, lo que debe de observar el juzgador al dictar sentencia.

7.3) Sistema de libre apreciación.

En el sistema de libre apreciación de la prueba, el juzgador no se rige por ningún criterio establecido con antelación en la ley, - puesto que lo dejan en libertad de aplicar su propio criterio, de acuerdo a como lo considere adecuado, por lo tanto, él mismo le fija el valor a la prueba; este sistema también se le conoce como libre convencimiento, fué - primero que el sistema tasado, al considerarse que en los primitivos procesos lo aplicaron los juzgadores populares, y perduró un tiempo hasta su total decadencia; pero al caer en desuso la forma inquisitoria de los procesos, se restableció con el sistema procesal acusatorio; y se justificó el sistema de la libre apreciación al contradecir que la ley establecía limitaciones con el sistema tasado, en este sentido nos ilustra Eugenio Florian, al decir, "La formación del convencimiento, libremente elaborada por el -- juez según su propio criterio, es el método que corresponde a una estructura del proceso que, con auxilio de garantías para las partes, repudia las desconfianzas y las limitaciones previas de la ley...", (74) tenemos que - comentar que la desconfianza de las partes no debe encaminarse al sistema de valoración de las pruebas, en todo caso, se debe desconfiar del órgano decisor por ser quien aplica la norma, puesto que él debe realizar la valoración.

Marco Antonio Díaz de León, en relación al sistema de la -- libre apreciación nos relata, "...está basado en la circunstancia de que - el juez al juzgar forme su convicción acerca de la verdad de los hechos -- afirmados en el proceso, libremente por el resultado de las pruebas, es de cir, empleando las reglas de la lógica, la experiencia y el conocimiento -

de la vida, se establece como requisito obligado en este sistema, la necesidad de que el juez al valorar la prueba motive el juicio crítico en que basa su apreciación. Consecuentemente, el sistema no autoriza al juez a valorar a su capricho, o a entregarse a la conjetura o a la sospecha, sino que supone una deducción racional partiendo de datos fijados con certeza", (75) el comentario que hace este autor en el sentido que el juez no debe valorar a su capricho, es cierto, pero consideramos que debemos aclarar -- que si el juzgador valora a su capricho estaría fuera de las reglas de la libre apreciación, puesto que esta libertad no hay que confundirla con libertinaje, sino que debemos de apegarnos a las constancias de lo actuado -- durante el proceso, para con ello decidir, relatando los medios probatorios que se contengan y considerarlo con raciocinio para otorgarle el valor a cada medio probatorio y formar una unidad de todos ellos, con la finalidad de concederles el valor definitivo en su conjunto.

En conclusión, en el sistema de la libre apreciación se le deja a la potestad del juzgador otorgarle el valor a las pruebas de acuerdo a la propia estimación del juzgador, porque así se lo faculta la ley.

En nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su Art. 254, se deja al criterio del juzgador valorar la -- prueba pericial y el Art. 258 contempla que el juzgador estime la testimonial de acuerdo a su criterio en el caso de que existan testigos contradictorios.

(75) Op. cit. p. 119

7.4) El sistema mixto.

El sistema mixto es el producto de la combinación de los -- sistemas: tasado y el de libre apreciación, sin embargo, muchos autores -- niegan su existencia, como lo manifiesta Hernando Devis Echandía, cuando - afirma que "no hay sistemas mixtos o el juez tiene libertad de apreciación, o no la tiene; no existe libertad a medias. Cuando la ley impone reglas - de valoración para ciertas pruebas y deja al juez el determinar la fuerza de convicción de otras o le permite calificar su contenido para rechazar-- las a pesar de que formalmente reúnan los requisitos para su obligatoriedad... existen atenuaciones al sistema de la tarifa legal y no un sistema mixto". (76) no compartimos este razonamiento, en virtud de que precisamente de sus propios argumentos se desprende que, si bien la ley autoriza la - valoración con un valor prefijado es un sistema tasado y si la misma ley - faculta para otorgarle valor a la prueba, estamos ante la libre apreciación, luego entonces, si la ley contempla las dos caras de la moneda está acep-- tando una combinación de los dos sistemas que se denomina mixto, o si bien queremos ser muy estrictos al no existir una mezcla de los dos sistemas di ríamos convencionalmente que es un sistema ecléctico, en razón de que en la ley se regulan los dos sistemas.

En conclusión, con este tercer sistema se tiene determinado en la ley el valor a algunas pruebas, reglas a las que se tiene que basar el juez para otorgarles valor probatorio; y en otras pruebas se le deja en libertad al juzgador para determinar el valor probatorio de las pruebas, - como lo estime, de los casos citados en los sistemas anteriores de desprenen

de que en nuestro Código Procesal Penal para el Distrito Federal, se admite este sistema mixto, en la inspección judicial, documental pública, tasa da; en la pericial y algunos casos la testimonial, libre apreciación.

7.5) Sistema de la sana crítica.

En relación al sistema de la sana crítica, también existe - discrepancia en que se dice que es el mismo sistema de la libre aprecia--- ción; inclusive, se ha equiparado su denominación como: apreciación razona da, libre apreciación razonada, independientemente del nombre se concibe la sana crítica como: "...libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con - la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal - del juez, sean aplicados al caso". (77) En este sistema es requisito funda mentar el porqué le formo convicción al juzgador las pruebas en su conjun- to, puesto que no se debe dejar de valorar todas las que existan en el pro ceso; con la debida aplicación de la experiencia jurídica, puesto que los juzgadores son peritos en derecho y por último, que su resolución sea ló- gica con las constancias del expediente; en síntesis, se le debe dejar al juzgador discernir con absoluta libertad para tener por probados los hechos con las pruebas que existen en autos, con la única limitación que razone - el porqué le produjo convicción los medios probatorios para apreciar la -- verdad.

Consideramos que el Art. 261 del CPPDF, contiene el sistema de la sana crítica y con apoyo del Art. 72, F. IV del CPPDF, nos permitimos

(77) Ibidem, p. 99

transcribir el primer artículo mencionado. "Los jueces y tribunales, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de las presunciones hasta poder considerar su conjunto como prueba plena".

Interpretando este numeral decimos:

a) La frase, 'según la naturaleza de los hechos', significa que necesitamos experiencia jurídica para determinar la naturaleza de los hechos ilícitos.

b) Lo relativo a: la prueba de ellos y el enlace natural, más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca; para poder cumplir este enunciado, requiere el juzgador aplicar la lógica, mediante el procedimiento de la deducción.

c) Lo concerniente a que, apreciaran en conciencia el valor de las presunciones hasta poder considerar su conjunto como prueba plena; tenemos que explicar que la apreciación se deja al criterio del juzgador (aquí conciencia no es de acuerdo a su sentir) valorar; también debemos entender que -- las presunciones son los medios probatorios que se deben valorar en su conjunto, no aisladamente, para formarse convicción el juzgador.

El segundo artículo citado en su fracción correspondiente,

dice "Las consideraciones y los fundamentos legales de la sentencia" de -- donde se infiere que la consideración que haga el juzgador será su razonamiento.

De acuerdo a este análisis, decimos que se contiene en el - código procesal penal mencionado la sana crítica.

7.6) Análisis de nuestra legislación.

Se considera que nuestra legislación procesal penal para el Distrito Federal, establece un sistema de valoración de la prueba mixto, - aparentemente, carácter que viene desde el Código de 1894, donde la confesión, los documentos públicos y privados, la inspección judicial y la testimonial, contienen valor tasado; la pericial y las presunciones, se dejan a la libre apreciación del juzgador; en esta ley predominó el sistema tasado y en mínima parte, se regulo la libre apreciación, sin embargo, al contener los dos sistemas, resultó ser un sistema mixto.

En relación al Código de Procedimientos Penales para el - - Distrito Federal, que rige actualmente, según Rivera Silva, tiene carácter mixto, al manifestar, "El Código que comentamos da normas al juzgador para la apreciación de las pruebas, y de los seis medios probatorios que enumera, solo en dos... deja libertad de apreciación. Los medios probatorios - de valor tasado son: la confesión*, los documentos públicos y privados, la

*Nota: Actualmente no tiene valor tasado la prueba confesional, a raíz de las Reformas del 8 de enero de 1992, al Art. 249 del CPPDF, se le quita la calidad de prueba plena.

inspección judicial y la prueba testimonial. Los medios con libertad para la apreciación de su valor, son: la prueba pericial y la presuncional... - el sistema adoptado en el Código vigente del Distrito Federal es el mixto*, con inclinación al sistema tasado...". (78)

Diferimos del calificativo de sistema mixto, porque la legislación que estamos comentando, no solo contiene los sistemas tasado y libre apreciación, para dar como resultado un sistema mixto, sino que contempla la sana crítica, (como lo establecimos en el punto 7.5 de este trabajo), que se regula en los Arts. 72 y 261 del CPPDF, pero además tenemos otros aspectos que debemos señalar: la regulación de las actividades del Ministerio Público en la investigación de los delitos, cualquiera que sea la diligencia, (se establece en general) tendrán valor probatorio pleno si se realiza en base al Código de la materia, lo relativo actualmente a la confesión, que no se le coloca en ninguno de los sistemas tradicionales de valoración (tasado o libre apreciación); lo concerniente a la duda; en base a todo ésto decimos que en este Código, hay un sistema híbrido, en razón de que se regulan varios sistemas de valoración de distinta naturaleza y con peculiaridades propias.

8.-) Aplicación de la duda en el procedimiento penal.

La acepción duda, viene del verbo dudar, que tiene su raíz

*Nota: Siguen este criterio: Juan José González Bustamante, Guillermo Colín Sánchez, Sergio García Ramírez, Guillermo Borja Osorno, por lo que decimos que en la doctrina mexicana es casi unánime este sentir.

(78) Op. cit. pp. 199-200

latina: *dubitare*, que significa estar en ánimo perplejo entre resoluciones o juicios contradictorios; en relación a la existencia de valores en el que se tiene que resolver, Flamarino, nos ilustra con ésto "La duda es un estado complejo. Hay duda, en general, cuando una proposición presenta motivos afirmativos al mismo tiempo que motivos negativos; ahora bien, puede existir predominio de los motivos negativos sobre los afirmativos, y tenemos entonces lo improbable; puede haber igualdad entre las dos clases de motivos, y se tiene lo creible en sentido específico; y por último, puede suceder que prevalezcan los motivos afirmativos sobre los negativos, y en ese caso existe la probabilidad. Pero lo improbable no es otra cosa que la inversión de lo probable por el aspecto de mayor validez, es improbable por el lado de los motivos menos atendibles, y por eso la duda no se reduce propiamente, sino a las dos subdivisiones simples de lo creible y de lo probable". (79) Con los silogismos que nos brinda este autor, observamos que se llega a valorar también ante la duda en que se encuentra un sujeto frente a dos juicios para poder decidir; otro criterio respecto a la duda es "...cuando quiera que nuestra mente sospecha de la verdad o falsedad de una proposición de manera de reconocer iguales razones de una y de otra -- parte, permaneciendo el juicio en suspenso, sin poder resolverse por la -- una antes que por la otra, se encuentra en aquel estado que se llama duda".(80) Entonces también puede haber duda respecto de un juicio si presenta dilema, que nos ponga a dudar, antes de resolver en uno u otro sentido.

Cabe aclarar que la duda es en relación al aspecto subjeti-

(79) Op. cit. pp. 11-12

(80) Carmignani, Giovanni, Op. Cit. p. 203

vo del juzgador, al resolver el proceso dictando sentencia, porque de atenderla en relación al sujeto, regresaríamos a la fase precientífica de la - criminología, como en el siglo XVII; donde, según Rodríguez Manzanera, se dieron casos de duda, de acuerdo a lo que nos dice, "Estos detalles nos in dican claramente que los jueces del 1700 y principios del 1800 observaban personalmente a sus delincuentes antes de juzgarlos.

"Claro que hay otros antecedentes bastante dudosos en este aspecto; hay un mandato terrible que dice: 'cuando tengas duda entre dos presuntos culpables, condena al más feo', (Edicto de Valerio)". (81) Esta máxima no es posible de aceptar en la actualidad.

Existe el criterio de que la duda en el campo del derecho - es inoperante "...el famoso aforismo 'in dubio pro reo' como tantos aforismos, parece formulado para profanos: con relación a hoy, podríamos decir que para emocionar jurados, porque para un jurista carece de sentido: sobre la duda no se puede condenar a nadie;... cuando estemos en duda, como vengo señalando, no es que ésta deba jugar en favor del reo, sino que, -- por no existir prueba, se le debe absolver", (82) se continúa sobre lo -- mismo en forma ilustrativa, con lo siguiente, para condenar a una persona... es necesario no dudar; sentirse en la certeza absoluta de que las cosas han ocurrido de determinada manera que coincide o no en lo afirmado -- por una parte. Y entonces se dice ¿qué es la duda?. No se absuelve por-- que se duda y esta duda beneficia al reo; se absuelve porque no se cuenta

(81) Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología, Ed. Porrúa, México, 1981, p. 181.

(82) Sentís Melendo, Santiago. Op. cit. pp. 86-87

con prueba plena de que aquellas afirmaciones... correspondan a la realidad", (83) éstos razonamientos son adecuados, puesto que al no justificarse las aseveraciones del órgano acusador, no se puede condenar, y estamos ante la falta de prueba para condenar o la insuficiencia de las pruebas -- que existen para condenar, pero nuestro análisis no esta solamente en la falta o ineficiencia de la prueba, va encaminado a la aplicación de la du da.

Considerar que la duda existe en todos los casos en su comienzo, pero a veces se pueden superar para dejar abierta la vía al con vencimiento pleno, pero para ello se requiere esfuerzo y ahínco para vencer la, se señala que hay casos en la que no tiene cabida la duda, como: en los casos en que se puede resolver con ayuda de la experiencia que estan bien establecidas por la ciencia o la investigación. (84)

En resumen, decimos que la duda como principio procesal universal si es reglamentada en nuestra legislación penal, en el Art. 247 del CPPDF, que dice "En caso de duda debe absolverse".

Se afirma que el momento en el que aparece la duda es al valorar las pruebas, puesto que éstas dan certeza o duda. El juzgador al encontrarse frente a la duda debe aplicar el principio exegético, in dubio pro reo, al estar ante la incertidumbre que pueden darse en cuanto a los aspectos del delito, como la existencia o no de algún elemento negativo --

(83) Ibidem, p. 293.

(84) Cfr. Döhring, Erich, Op. cit. pp. 442-443

del delito o las modalidades de la conducta, la prescripción, a las llamadas condiciones de punibilidad, a los requisitos de procedibilidad, etc. - Puede también presentarse la duda respecto a la culpabilidad, al determinarse por el juzgador: si el acusado es realmente el autor del delito; a la capacidad de querer y entender la conducta, a las formas de culpabilidad, dolo o culpa, es necesario el debido cuidado de la aplicación de la duda para no caer en el 'siempre lo más favorable para el criminal' o -- 'frente a la duda siempre se le debe favorecer al culpado'.(85)

En conclusión, la duda opera en favor del procesado cuando el juzgador requiere valorar entre dos juicios que se le presentan al valorar las pruebas y dictar sentencia en caso de tener que dubitar, al respecto deberá favorecer al procesado.

Si al resolver el juzgador se encuentra con la falta de - - pruebas o la insuficiencia de éstas, también se debe de absolver, pero no conbase en la duda, sino que por falta de elementos probatorios.

9.-) Problemática sobre la carga de la prueba en nuestra legislación.

Para este tema partimos del siguiente presupuesto: Toda -- prueba aportada en el proceso tiene la finalidad de demostrar algo, y el - que la aporta tiene un interés dentro del proceso para justificar ya sea - su afirmativa, ya sea su negativa, cuando encierra una afirmación; lo ante -----

rior nos lleva a decir que, en virtud del beneficio que le puede traer al sujeto procesal la aportación de la prueba, se preocupa por ella, lo que - se traduce en una carga, aclarando que no es una obligación*, o como se concibe por otros procesalistas**, sobre esta institución jurídica se han - elaborado muchos criterios y conceptos.

Rafael de Pina nos dice que, carga procesal es la "Necesidad de ejercer en el proceso una actividad, para evitar un perjuicio o para obtener un resultado favorable a quien la satisface". (86) En esta - - acepción, entendemos que la carga de la prueba existe en todos los procesos, ya sea civil o penal, inclusive en todas las materias del Derecho.

Coutore, también nos proporciona su criterio respecto a la carga, que comprende a todas las materias del Derecho al decir "La carga procesal puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él". (87) Observamos que la carga no es exclusiva de la prueba, sino que se puede presentar en cualquier momento procedimental, según este razonamiento, pero lo que si queremos hacer notar es que no es indispensable que se regule en la ley para que se -

*Nota: Ribera Silva, Manuel y Cabanellas, Guillermo, Nuestra legislación Procesal Penal del Distrito Federal.

**Nota: García Ramírez, Sergio la acepta relativamente, Guillermo Borja - Osornio, piensa que debe desaparecer del procedimiento penal; - - Malatesta dice ser necesario imponer la obligación de probar, Rivera Silva al decir que no existe la obligación de aportar pruebas, Colín Sánchez dice que hay que determinar si esta obligación opera en esta disciplina, refiriéndose a la carga en materia penal.

(86) Diccionario de Derecho, Porrúa, México, 1983, p. 141

(87) Coutore, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editora Nacional, México, 1983, p. 211

realice la actividad, puesto que al existir requerimiento, estaríamos ante una obligación, en virtud de la consecuencia que sería una sanción.

Haremos una somera referencia histórica, a la evolución de la carga de la prueba, y así poder justificar su existencia en los procesos:

Desde los procesos primitivos hubo la necesidad de demostrar la existencia o inexistencia de los hechos.

En el derecho antiguo romano, la carga le correspondía por igual a las partes; el período clásico se caracterizó por asignar la carga en cada caso con criterio práctico; en el derecho justiniano, se impuso la carga de la prueba al que afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho.

Los procesos germanos primitivos, establecieron la carga de la prueba al demandado, por conocer éste los hechos controvertidos, pero existen otros criterios, aseguran: que era a ambas partes; que sólo al actor le correspondía, y que el juez determinaba a quién le correspondía.

En la Edad Media se revive el derecho romano, se establece que cada parte debe probar los hechos que afirma puesto que el demandado, al excepcionarse se convierte en actor; inclusive si niega el efecto de la norma.

En España en las Partidas, la ley 1a. Tit. 14 de la Partida 3a. estableció que "Pertenece la prueba al demandador cuando la otra parte negare la demanda o la cosa o el hecho sobre el que hace la pregunta" y -- también se exigía la prueba cuando la negativa contenía una afirmación.*

Hemos señalado lo cambiante que ha sido la prueba, en el campo del derecho procesal civil, sin embargo ésto no excluye su presencia en el proceso penal, como lo analizaremos a continuación.

Malatesta considera que en el juicio penal, la carga de la - - prueba, es al órgano acusador a quien le corresponde, al decir, "De ordinario los hombres son inocentes, luego la inocencia se presume, y es a la -- acusación a la que le corresponde la obligación de probar en el proceso -- penal". (88) Sobre el principio de inocencia se han realizado muchos estudios para apoyar que exclusivamente la parte acusadora es a quien le co--- rresponde probar su imputación; lo cual no lo aceptamos por completo, en - razón de que el principio de inocencia que tienen a su favor todas las per-- sonas, se vulnera al estar un individuo sujeto a la investigación del he-- cho ilícito que se le atribuye haber realizado, esto es, que todas las personas son inocentes ante la sociedad, aunque ésto no indica que al estar - ante el procedimiento penal opere definitivamente en el sentido que la persona sujeto al proceso se dedicara a invocar que tiene a su favor el prin-- cipio de inocencia, exclusivamente, sin aportar ninguna prueba, pues basta

*Nota: Esta referencia se toma de la obra citada de Hernando Devis Echan-- día, en las páginas de la 421 a la 423.

(88) Framarino dei Malatesta, Nicola. Op. cit. p. 165.

ría la imputación respaldada por cualquier otro elemento probatorio para condenarlo.

Para Eugenio Florian existe la carga de la prueba en el proceso penal y al respecto dice, "...la carga de la prueba se convierte en el interés práctico que un sujeto tiene en presentar la prueba que le da base para invocar la aplicación de un principio jurídico, al cual aquella le sirve de apoyo... la prueba le corresponde al que afirma no al que niega, *adfirmanti, non neganti incumbit probatio*; pero en realidad en el proceso penal se trata de un interés para probar la existencia o la inexistencia de determinados hechos, interés positivo o negativo, esto es, por la afirmación o por la negación de un hecho, y no de un deber, ya que la prueba de una cosa puede obtenerse ventajosamente en una fuente que no sea la suministrada por quien haya afirmado la cosa o por aquel a quien le aproveche", (89) con esta aseveración concluimos que el juzgador puede aportar pruebas, para conocer la verdad de los hechos que se investigan en el proceso penal.

En su concepto Rivera Silva dice, no hay carga de la prueba en materia penal, inicialmente, pero luego la acepta, al decir que si impera el principio de inocencia a favor de las personas, entonces el Ministerio Público debe probar; y ante una presunción probada, la carga de la prueba la tiene el inculpado. (90)

(89) Op. cit. p. 145

(90) Cfr. Rivera Silva, Manuel, Op. cit. pp. 200-201

El maestro Guillermo Colín Sánchez, después de descartar al Ministerio Público y al procesado de la posibilidad de que tengan la carga de la prueba en materia penal, nos dice "... La carga de la prueba no opera en el procedimiento penal; éste es de interés público; ante la inactividad del Ministerio Público, o del procesado y su defensor, el tribunal puede tomar la iniciativa necesaria para que se realicen los fines específicos del proceso". (91)

Todo lo anterior nos lleva a decir que en materia procedimental penal, si hay carga de la prueba, que ésta está a cargo del órgano acusador (en nuestro sistema, el Ministerio Público), en sus dos facetas, ya sea como autoridad investigadora en donde tiene que recabar pruebas, para poder ejercitar la acción procesal penal, ya sea en el proceso donde es parte procesal, para continuar su acusación también debe aportar pruebas; está a cargo de la defensa (constituída por el defensor y el inculpado), - el detenido y el defensor pueden aportar pruebas desde la averiguación previa, Art. 270 del CPPDF, de donde se infiere que desde este momento pueden hacerlo en razón del interés que se tiene de conocer la verdad del hecho ilícito que se investiga; y durante toda la secuela procedimental hasta antes de la audiencia final del juicio, en donde pueden aportar documentos - si les beneficia.

En relación al juzgador, si bien se le autoriza a recabar - elementos probatorios, no tiene la carga de la prueba, en su caso debemos de hablar de obligación o deber procesal, porque a él no le beneficia.

(91) Op. cit. p. 327

10.-) CONSIDERACIONES.

PRIMERA.- La prueba dentro del procedimiento penal, es el núcleo central de toda la investigación que se realiza en torno al hecho ilícito, hasta acumular los suficientes elementos para verificar las aseveraciones vertidas por los sujetos que intervienen en las actuaciones para valorarlas y dictar sentencia definitiva, absolviendo o condenando.

SEGUNDA.- La evolución de la prueba en el transcurso del tiempo, nos demuestra que no ha quedado estática, tanto en su concepto como en lo relativo a los principios que la rigen, ambos aspectos de la prueba dan motivo a numerosos estudios e investigaciones para estar acorde con el avance científico de la vida.

TERCERA.- Los sistemas de valoración de la prueba que existen y que se regulan en nuestras legislaciones penales, son operantes, sin embargo sería conveniente que predominara en nuestras leyes el sistema de la sana crítica, en la valoración de los medios probatorios, a excepción de la documental pública.

CUARTA.- En lo concerniente a la duda, se debe delimitar su aplicación para no dejar impune los delitos, puesto que nuestra legislación no establece reglas para su empleo, y lo deja demasiado abierto para interpretarse con ayuda de los principios generales del proceso penal.

QUINTA.- La carga de la prueba es imprescindible en el procedimiento penal mexicano y merece reformar el Art. 247 del CPPDF, en el sentido de cambiar la palabra obligación por la de carga para ser congruente con la realidad jurídica, independientemente de las obligaciones que se puedan señalar al Ministerio Público en la investigación de los delitos y las obligaciones que se le impongan al juzgador para conocer la verdad de los hechos.

II.- LA PRUEBA EN LA AVERIGUACION PREVIA.

En la averiguación previa no podemos prescindir de las pruebas, en razón de que el Ministerio Público las requiere para la investigación del hecho ilícito punible del que tiene conocimiento, dichas pruebas pueden aportarse desde la denuncia o querrela por el ofendido, o el representante social los deberá recabar para determinar en definitiva en relación al hecho que investiga; se establece que esta actividad procedimental, como todo el procedimiento penal, es de interés social y por ello "A todo proceso se vincula el interés social por establecer la existencia del delito y la culpabilidad de sus autores mediante pruebas eficaces. De aquí la importancia de las denuncias, exposiciones de los ofendidos, declaraciones peritaciones, todas obligatorias y de interés social.

"Al producirse el delito se establece una relación entre el Estado y los infractores, para hacerles sufrir las consecuencias que son - penas y medidas reparatoras. El titular de la acción penal es el Estado y - la inicia y concluye por medio de los jueces competentes. Así se patentiza el interés social acerca de las pruebas oficiosas sobre imputabilidad y culpabilidad. Declarar, rendir dictámenes, es un deber social de ineludible cumplimiento,... las pruebas no son actividad exclusiva de las partes, sino función oficiosa de los funcionarios competentes...", (78) de acuerdo a este criterio, las pruebas específicamente en la averiguación previa, deben llegar a ésta cuando el ofendido las aporte o el indiciado, que también puede aportar las pruebas que considere, pero quien de oficio debe --

(78) Iragori Díez, Benjamín. Curso de Pruebas Penales, Temis, Bogota, 1983, pp. 12-13

allegarse pruebas, es el Ministerio Público, para cumplir con su misión de representante social, sin embargo, el autor es drástico al decir que el Estado debe hacer sufrir las consecuencias al infractor, en la actualidad de bemos entender que el Estado tiene como objetivo corregir al infractor con la variedad de sanciones y medidas de seguridad.

I.- Inicio de la averiguación previa.

La averiguación previa es el primer periodo del procedimiento penal mexicano, que se inicia desde que el Ministerio Público, tiene -- conocimiento de un hecho que puede tener carácter delictivo, entonces lo investiga para reunir elementos probatorios necesarios, para integrar el - cuerpo del delito y la probable responsabilidad, para que pueda ejercitar la acción procesal penal ante el órgano jurisdiccional, o no realizarla en caso de no reunir elementos probatorios, sobre el particular nos dicen que averiguación previa es "...la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal". (79) en este concepto se emplea la palabra diligencias, la cual es una actividad que se realiza para obtener los elementos probatorios, que se requieren en la averiguación previa.

Guillermo Colfn Sánchez por su parte, nos dice que la averiguación previa es la "...etapa procedimental en que el Ministerio Público

(79) Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa, Porrúa, México 1981, p. 15.

en ejercicio de la facultad de policía judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad". (80) Decimos que él también considera necesario reunir elementos probatorios en este momento procedimental; el autor citado, considera que el Ministerio Público, hace funciones de Policía Judicial, lo cual se debe descartar; ésta concepción que se contiene en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en el Código Federal de Procedimientos Penales, es una supervivencia que se contempló en los Códigos procedimentales penales de antaño, que no tiene razón de estar en la actualidad, si bien en esa época se justificó el nombre de diligencias de Policía Judicial, fue porque todavía no se delimitaba la función del Ministerio Público, al que se le consideraba auxiliar del órgano jurisdiccional y realizaba funciones de Policía Judicial.

El nombre averiguación previa se debe a que se realiza esta actividad antes de estar ante el órgano jurisdiccional, éste requiere que se analicen las dos palabras: previo viene del latín *praeivus*, que denota: anticipado, que va adelante o sucede primero; averiguar, es palabra latina compuesta de *ad* y *verificare*, ésta a su vez tiene las raíces: *verum*, que significa verdadero y *facere*, que es hacer, por lo tanto es inquirir la verdad hasta descubrirla; con lo antes señalado decimos, que la averiguación previa, es la actividad procedimental que inicia el procedimiento penal, para indagar la verdad de un hecho, y poder determinar si hay elemen-

(80) Op. cit. p. 233

tos probatorios para seguir la secuela procedimental ante el órgano jurisdiccional.

La actividad de la averiguación previa esta encomendada al Ministerio Público, como lo dispone el Art. 21 Constitucional, al referir: "...La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público...", debemos entender que la palabra persecución es equivalente a investigar, por lo tanto se faculta al Ministerio Público a la función persecutoria, que se debe entender como la investigación de los hechos ilícitos, de los que llega a tener conocimiento por medio de la denuncia o la querrela.

Apuntamos a la denuncia y a la querrela en razón de que son los medios que se reglamentan en los Códigos de Procedimientos Penales, para iniciar la averiguación previa, aunque si atendemos al contenido del -- Art. 16 Constitucional, parece contener tres figuras al señalar en su parte relativa "...sin que proceda denuncia, acusación o querrela...", interpretamos estas palabras de la siguiente manera: la acusación genéricamente significa imputar; y por lo consiguiente podemos hacer la imputación a alguien por medio de la denuncia o la querrela al señalar al autor del delito, y puede haber denuncia o querrela sin imputación (acusación); otra interpretación es que la querrela y la acusación son sinónimos; Rivera Silva nos ilustra al respecto al señalar "...el propio artículo no establece -- tres instituciones diferentes, a saber: denuncia, querrela y acusación, si no exclusivamente dos: la denuncia y la querrela o acusación. Querrela o acusación son términos que el legislador usa en forma sinónima". (81) No-

obstante estos razonamientos, nos apoyamos en la legislación procesal penal, para decir que sólo se inicia la averiguación previa por medio de la denuncia y la querrela, por ser las únicas figuras que se regulan.

1.1) La denuncia.

La denuncia en sí es un elemento probatorio, porque se hace por medio de la declaración que contendrá, necesariamente, el hecho ilícito que se narra, y un sujeto a quién se le atribuye haber realizado dicha conducta, que puede ser persona determinada o indeterminada.

La denuncia es uno de los medios por el cual se inicia el procedimiento penal, que se realiza ante el Ministerio Público por regla general; esta institución, al parecer, no estuvo reglamentada en el derecho romano al inicio, en tal sentido se expresa Alberto González Blanco, "...fué desconocida durante la vigencia del proceso romano acusatorio, debido a que el procedimiento penal en aquellos tiempos se seguía con base en la acusación que se consideraba como una función pública.

"No fué sino hasta la época de los Emperadores, cuando se introdujo la denuncia en forma escrita y secreta...", (82) respecto a la denuncia en el derecho romano, se establece que "...En todos los casos -- igual en las inquisiciones que hacían los gobernadores de provincia contra cierta clase de delincuentes que en las denuncias presentadas ante los comandantes de los puestos militares, se prescindía del procedimiento acusa-

torio, y por regla general la denuncia oficial (notoria) se substanciaba - por vía de cognición". (83) La denuncia secreta se suprimió en el derecho romano en tiempos posteriores, con la finalidad de que se evitara el abuso de acusaciones, "...El procedimiento acusatorio de esta época era ya poco más que un medio para restringir las peligrosas y odiosas denuncias, haciendo que el denunciante se hiciera acusador siempre que fuere posible, - con lo que se facilitaba la responsabilidad por el ejercicio abusivo del - derecho de acusar..." (84) al acusador se le concibió a inicios del siglo pasado como: "la persona que, por causa de la salud pública, denuncia ante el juez un delito cometido por otro, y con ello, promueve una investigación criminal. Es público o privado: público cuando en cumplimiento de su propio cargo persigue los delitos públicos; privado cuando indica las ofensas causadas a sí mismo o a sus parientes...", (85) todo lo anterior nos demuestra que la denuncia en su inicio no revestía demasiada importancia, al grado que se permitió se hiciera de manera secreta, esto, en nuestro Derecho Positivo, no es admisible en razón de que el espíritu del legislador al elaborar el Art. 16 Constitucional, va enfocado a no permitir las denuncias anónimas, como se presentaron durante la Santa Inquisición.

La denuncia se entiende como "...la exposición fundamental del delito que debe ser juzgado...", (86) hemos de señalar que la denuncia es el medio por el que se da la noticia del hecho delictuoso al relatarlo ante la autoridad competente.

(83) Mommsen, Teodoro. Ob. cit. p. 209

(84) Ibidem, p. 233

(85) Carmignani, Giovanni. Op. cit. p. 194

(86) Framarino dei Malatesta, Nicola. P. 33

Según Manuel Rivera Silva, "La denuncia es la relación de - actos, que se suponen delictuosos, hecha ante autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos...". (87)

En base a estos dos criterios, consideramos que la denuncia es el relato de hechos que se consideran delictuosos, realizada ante el -- Ministerio Público, por cualquier persona; de ésta acepción decimos que la denuncia contiene los elementos siguientes:

a) Exposición de hechos, lo que se realiza sin ninguna formalidad o requisito a satisfacer y se puede hacer en forma verbal (normalmente es la más usada) o en forma escrita.

b) Realizada ante el Ministerio Público, para esta actividad solamente está facultado el Ministerio Público para recibir las denuncias por el órgano autorizado, de acuerdo al Art. 21 Constitucional y por excepción, se puede de realizar ante la Policía Judicial, o ante cualquier funcionario, en los casos de urgencia, con la obligación de éstos de hacerlo saber de inmediato al Ministerio Público, lo que se regula en el Art. 116 del CFPP, debemos establecer con claridad que esta excepción no vulnera la regla general de ser ante el Ministerio Público ante quien se interponen las denuncias, puesto que si es ante las personas mencionadas, éstas resultan ser sólo -- intermediarias para conocer.

c) En relación al sujeto que interpone la denuncia, decimos que es cual--

(87) Ob. cit. p.

quier persona, y no necesariamente el ofendido, en razón de que existe una facultad-obligación para todas las personas que tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que se persiga por denuncia, debe hacerse lo saber al Ministerio Público, en razón de que tiene una obligación moral ante la sociedad, a la cual pertenece, para que no se vulnere la tranquilidad y el orden social, y se viva en un estado de zozobra por todos, al estar rodeados de delincuentes; aunque normalmente la denuncia la realiza la persona que es ajena a la autoría del hecho ilícito, hay casos en que el mismo delincuente es quién lo narra y sería la excepción a la regla general, lo que se denomina autodenuncia.

Presentada la denuncia, puede que se aporten pruebas como: documentales, los objetos que sirvieron como medio para la realización del hecho ilícito, testimoniales, reconocimiento, o que el Ministerio Público las recabe; al interrogar a los testigos o al indiciado, al practicarse la inspección ocular y recoger las huellas o vestigios que se dejó al realizarse el delito, al solicitar la intervención de peritos, etc.

1.2) Querella.

La querella es el otro medio que concede la ley a determinadas personas para hacer del conocimiento del Ministerio Público los hechos ilícitos que han sufrido, la que se ha concebido como sinónimo de demanda en cuanto a su aspecto general, "tanto la querella como la denuncia son, - por decirlo así, la exposición fundamental del delito que debe ser juzgado,

y mientras ellas se limiten a exponer el delito con las determinaciones, - así se refieran al elemento subjetivo, con las que se ha presentado el que rellante o denunciante..." (88) esta forma de entender a la denuncia y a la querrela, es cierto, sin embargo tiene su diferencia la una con la otra y por lo tanto, debemos de entenderla como autónoma, puesto que de no ser así, no se justificaría la existencia de las dos figuras jurídicas.

Específicamente la querrela es "...tanto una participación de - conocimiento sobre la comisión de un delito, de entre aquellos que sólo se pueden perseguir a instancia de parte, como la declaración de voluntad, -- formulada por el interesado ante la autoridad pertinente a efecto de que, - tomada en cuenta la existencia del delito, se le persiga jurídicamente y - se sancione a los responsables". (89) También se concibe como "...el derecho que se le concede a la víctima de un delito que por disposición de la ley se presiga a instancia de parte, para poner ese hecho en conocimiento del órgano competente, y expresarle su voluntad de que se proceda en con-- tra del delincuente." (90) En estas acepciones, independientemente del su jeto que realiza la querrela y ante quien se realiza, es menester señalar que consideran requisito que exista la manifestación del ofendido en el -- sentido del deseo que se le persiga y castigue, como una diferencia respec to a la denuncia, puesto que se nos dice que "La querrela es como la denun cia, la relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Mi-- nisterio Público por el ofendido o por su representante, pero expresando - su voluntad de que se persiga." (91) y Manuel Rivera Silva nos dice, "La-

(88) Framarino dei Malatesta, Nicola; op. cit. p. 33

(89) García Ramírez, Sergio. Op. cit. pp. 380-381

(90) González Blanco, Alberto, Op. cit. p. 89

(91) Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México, Kratos, México, 1981, p. 53

querella se puede definir como la relación de hechos expuesta por el ofendido ante el Organó Investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito." (92) Todo lo expuesto nos da a entender que la querella es un medio para acudir ante el órgano autorizado para la investigación de los delitos, y se persiga al autor del mismo. Para nosotros la querella es el relato de hechos que se consideran delictuosos, realizado ante el Ministerio Público, por las personas a quienes faculta la ley.

En nuestro concepto, establecemos los dos primeros elementos igual que en la denuncia (exposición de hechos y ante el órgano investigador) y consideramos en el tercer elemento que la querella solo la pueden interponer las personas expresamente facultadas por la ley para realizarla, con lo que señalamos la diferencia entre la denuncia y la querella, que es precisamente, que en la primera cualquier persona puede denunciar y en la segunda sólo personas específicas pueden querellarse; sobre este particular se ha dicho que con la querella cae el derecho penal en el campo del Derecho Privado, en razón de que se deja a determinadas personas el querellarse o no para la iniciación del procedimiento penal, consideramos que esta postura no tiene fundamento, puesto que, si bien se deja a elección de la víctima o del ofendido el querellarse o no, no es menos cierto que lo que se pretende con esta libertad es que se medite antes de querellarse el daño que se puede causar a la víctima, al dar a la luz pública el daño sufrido por la víctima, que puede trascender en su vida cotidiana, al enterarse la población causándole un daño mayor al sufrido; debemos hacer notar que este razonamiento es correcto y válido en los delitos sexua-

les, que eran los que esencialmente se reservaban para ser perseguidos por querrela de la víctima o el ofendido, porque en la actualidad se ha abusado en legislar al respecto, por lo que se regulan gran variedad de delitos que se persiguen por querrela, lo cual desvirtúa la naturaleza de la querrela, al grado de que se presta para el comercio de los delitos durante el proceso, lo que no es dable respecto al honor de las personas cuando es lesionado en razón de un delito sexual.

También hemos mencionado que en la querrela esta facultado para interponerla la víctima y el ofendido, aunque pueden coincidir en una sola persona la dualidad de victima-ofendido, consideramos necesario diferenciarlas, por lo que decimos que víctima es la persona que de manera directa sufre o recibe el daño por la violación a un interés jurídicamente tutelado y ofendido es todo aquel sujeto a quien de manera indirecta le alcanzan los efectos de la violación del interés jurídicamente tutelado.

La querrela produce efectos una vez presentada, el primordial es que se reúnan elementos probatorios, que pueden ser los que se aporten al realizarla ante el Ministerio Público, o las que éste se allegue durante la investigación.

En la vida cotidiana existen razones por las que se inicia la averiguación previa, ya sea por la denuncia o la querrela y también suficientes razones del porque las personas se abstienen de acudir ante el órgano investigador.

En relación al enunciado que antecede, en base a lo que nos dice Jeremias Bentham, (93) se establece lo siguiente:

Los motivos para acusar pueden ser:

Primero.- El espíritu público, el patriotismo, que se traduce en la facultad-deber de los individuos de demandar o querellarse por el bien de la so ciudad.

Segundo.- La benevolencia o interés en que se haga justicia al dañado o - lesionado para garantizar que se le haga justicia.

Tercero.- La antipatía, con o sin motivo, contra el autor del delito, por el simple hecho de haber realizado una conducta reprochable.

Cuarta.- Amor al poder. Está en la naturaleza humana ese sentimiento que lleva a las personas a encontrar un goce en el espectáculo de los importan tes efectos resultantes de su voluntad y de sus esfuerzos.

Quinto.- Amor a la reputación. Deseo de hallar la satisfacción al sancio nar al autor del delito en base a su denuncia o querella.

Los motivos de abstención más frecuentes son:

Primero.- Temor a una enemistad inmediata o mediata por parte del autor

(93) Cfr., Op. cit. pp. 335- 336

o autores del delito, y a veces, de los familiares de él o ellos.

Segunda.- Timidez, ya sea por el temor de lograr que se sancione al autor del delito o que la sociedad le reproche su conducta de denunciar sin el éxito que se pretende.

Tercera.- La apatía y la falta de tiempo, los individuos en la mayor de las veces se muestran indiferentes a los hechos ilícitos, cometidos en su contra o de otra persona, y en otras ocasiones valoran el tiempo que tendrían que dedicar al denunciar o querellarse, al presentarse a interponerlas ante el Ministerio Público o al estar ante el órgano jurisdiccional.

2.-) Las pruebas preconstituídas.

Hemos establecido que al presentar una persona su denuncia o querrela, puede aportar elementos probatorios, respecto al hecho ilícito, que pone en conocimiento del órgano investigador o que el Ministerio Público, de oficio se allegue las pruebas conducentes a la investigación que realiza respecto al hecho ilícito del que tuvo conocimiento; esos elementos probatorios puede que existan antes de realizarse el hecho ilícito, y entonces estamos ante la prueba preconstituída, también llamada preexistente.

La Prueba preconstituída se considera primordialmente al documento*, cuando se considera que se creó antes del hecho ilícito, sin - -

*Como lo aceptan Bentham, Jeremías, Ob. cit., Silva Melero, Ob. cit., al decir que son las que están formadas con antelación como los documentos.

embargo, debemos de ampliar esta concepción de la siguiente manera, es -- prueba preconstituida aquella que existe antes de que se ponga en conoci-- miento el hecho ilícito ante el órgano investigador, por lo tanto pueden -- ser las pruebas que existían antes del hecho o que las pruebas que se gene raron al momento de ejecutarse el hecho ilícito, de donde la enumeración -- tentativa sería, documentos, las cosas y la testimonial.

En relación a los documentos pueden ser públicos o privados, los primeros son los expedidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, que pueden ser como el instrumento notarial, las actas del re-- gistro civil, etc., los segundos son los integrados por los particulares, como los cheques, las letras de cambio, los pagarés, los contratos entre particulares, las cartas, los libros de contabilidad, etc., que se pueden presentar durante la averiguación previa.

Por lo que respecta a la testimonial se debe de atender al testigo que forma parte de un documento creado antes de que se inicie la -- averiguación previa, en donde intervino para su perfeccionamiento, no así al testigo que va a declarar en la averiguación previa sin ese antecedente.

En cuanto a las cosas, este vocablo es bastante amplio, por lo tanto abarca mucho al decir cosas, pero debemos partir de la idea de -- que son las cosas relacionadas con el hecho ilícito que se investiga, las que resultan ser los medios con que se realizaron los hechos ilícitos, y -- las que se relacionan con el mismo hecho, que pueden ser: los bienes inmue-- bles, los bienes muebles y, en general, los objetos que se deben de inte--

grar a la averiguación previa o se deben dar fé de su existencia; en nuestra legislación tenemos disposición al respecto en el Art. 95 del CPPDF -- que dice "Cuando se encuentren las personas o cosas* relacionadas con el delito, se describirán detalladamente, su estado y las circunstancias conexas," establecemos que los objetos con los que se ejecutan los hechos no se crean en ese momento, como las armas, las balas, el cuchillo, los palos, las piedras, etc., éstos ya existían.

Lo más importante de estas pruebas, ya sea que existan antes del hecho que se investiga o al realizarse el hecho ilícito, es que se aseguren inmediatamente en razón de que el tiempo que todo lo borra, es el peor enemigo para la investigación; para el aseguramiento de la prueba y su eficacia, es menester que el Ministerio Público, al tener noticia del hecho ilícito, recoja o tome todas las pruebas relacionadas con el delito; - para lo cual debemos de advertir que el Ministerio Público debe de estar - suficientemente preparado, según lo requiera el hecho ilícito, para recogerlas, inclusive con la ayuda de los peritos, por lo que hay que atender si los hechos ocurrieron en lugar cerrado, en lugar abierto o en despoblado, o si se trata de documentales que se consideren alteradas o falsificadas, para esos casos u otros que se puedan presentar, se debe asegurar las pruebas inmediatamente en razón de que al transcurrir el tiempo, éstas se perjudican o pueden desaparecer.

En resumen, para la averiguación previa no es indispensable

*Subrayado nuestro.

que la prueba sea preconstituída o no, lo que interesa es que esté relacionada la prueba con el hecho ilícito que se investiga y que se asiente en el acta de averiguación previa, como lo ordena el Art. 94 del CPPDF, que reza "Cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la policía judicial lo hará constar en el acta que levante, recogiénolos si fuere posible", nosotros aseguramos, asegurando las que lo requieran.

3.-) Los indicios en el lugar de los hechos.

Los indicios, cuyo nombre proviene del verbo indicare, indicare, que significa indicar, hacer conocer algo, presenta polémica desde varios criterios: el nombre, su concepto, si es o no prueba, si se regula en la legislación, etc., comenzaremos por decir que, hablar de indicios se le equipara a presunción*, sospecha, conjetura, hipótesis, ficción legal, circunstancias y prueba**.

Históricamente, se señala que desde Cicerón y Quintiliano, dedicaron gran importancia a los indicios; en la edad media se le dio fuerza probatoria y se aportaron diversas clasificaciones; en la Ley Carolina se facultó a los jueces para averiguar los indicios y aprovecharlos debidamente, también se autorizó el uso del tormento para obtenerlos, puesto que en esa época no era suficiente la presunción, se debía comprobar su debida legitimidad. (94)

* El Art. 260 del CPPDF, dice "Producen solamente presunción... y agrega la F. IV de este artículo, "Las pruebas no especificadas..."

**El Código Federal de Procedimientos Penales, en su Art. 285, establece: "Todos los demás medios de prueba... constituyen meros indicios."

(94) Cfr. Colín Sánchez, Guillermo, op. cit. p. 423

Se ha querido desconocer el carácter de prueba a los indicios al decirse: "Por más que se pretenda hablar de una prueba específica induciaria, circunstancial o presuncional, todo se reduce a un juego de -- palabras,...." (95) en este criterio, se considera que indicio no es medio de prueba, aunque lo considere así el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, puesto que las presunciones que establece son el resultado del análisis lógico (inductivo) de los indicios.

Se ha concebido al indicio como sinónimo de hipótesis, conjetura y sospecha al decirse que esta identificado en lo siguiente, "Tiene (sic) de común que del conocimiento de algún hecho o circunstancia y -- con el auxilio de la lógica, ordinariamente empleando el método deductivo nos proponemos ordenar el conocimiento de la verdad que buscamos;" (96) sin desconocer la importancia de los aspectos generales en los que pueden coincidir algunas acepciones con los indicios, y que por supuesto tienen diferencias específicas, nos dedicaremos exclusivamente a los indicios.

Así decimos que los indicios "...son circunstancias que el juez, guiado por las reglas de la crítica, puede considerar relacionadas -- verosímilmente con el delito y con su autor. Pero como esta relación verosímil depende de las reglas de la crítica y las reglas de la crítica directriz de los juicios criminales se encuentra en lo posible, señaladas por -- la ley..." (97) aquí observamos que los indicios giran al rededor del hecho ilícito y con el autor del delito, siempre que se relacionen.

(95) Ibidem, p. 429

(96) Domínguez del Río, Alfredo. Compendio Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil, Ed. Porrúa, México, 1977, p. 248

(97) Carmignani, Giovanni, Op. cit. p. 229

Por su parte Nicola Framarino del Malatesta considera, - -
"...que indicio es el raciocinio probatorio indirecto que, mediante la re-
lación de causalidad, deduce lo desconocido de lo conocido", (98) este con-
cepto nos señala también la necesidad de la lógica para obtener el resulta-
do mediante los indicios; en el mismo aspecto lógico nos manifiesta Echan-
día Devis, lo siguiente "... entendemos por indicio un hecho conocido del -
cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio --
que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada
en las normas generales de la experiencia o en principios científicos o --
técnicos". (99) Considera este autor la necesidad del auxilio de la expe-
riencia, a lo que agregamos que debe de ser la experiencia jurídica.

En razón de ser abundantes los indicios y casi imposible de
enumerarlos, a manera de ilustración, basándonos en la clasificación de --
Giovanni Carmignani*, del siglo pasado, presentamos un cuadro sinóptico, -
en razón de que todavía tienen aplicación la mayoría de los indicios que -
considera que pueden concurrir al realizarse un hecho ilícito.

En el siguiente cuadro que se inserta en este trabajo, se --
establecen varias clases de indicios, que por su naturaleza tienden a la --
investigación de los delitos que se han realizado y a establecer al proba--
ble responsable del delito.

(98) Op. cit. p. 255

(99) Op. cit. p. 601.

* Esta clasificación se toma de las páginas 229-231, de su obra citada, en
la que nos enseña la importancia que tiene este criterio para tomarse en
consideración por ser muy objetiva.

I
N
D
I
C
I
O
S

INDICIOS
LEGITIMOS

LOS QUE SE
RELACIONAN
CON EL --
DELITO

PROXIMOS
O
PROBABLES

- 1.- Presencia en el lugar de los hechos no expli cable.
- 2.- Encontrarle al autor - del delito los objetos relacionados al hecho.
- 3.- Haber auxiliado a los- facinerosos con auten- ticidad.
- 4.- La confesión extrajudi cial.
- 5.- La transacción sobre - el delito.
- 6.- La aseveración de un - testigo.

CONTINGENTES

REMOTOS
O
VEROSIMILES

- 1.- La causa de Delinquir.
- 2.- El provecho que resul- ta del delito.
- 3.- Pregonar la intención- de delinquir.
- 4.- La fama anterior a la- captura.
- 5.- La fuga del sujeto des- pués del delito.
- 6.- Nerviosismo al descu- brirse.
- 7.- Ser inculpado por el - ofendido.
- 8.- Costumbre y hábitos de delinquir.
- 9.- Estar convicto de men- tira.
- 10.- Ser señalado culpable- por algún complice del delito.

INDICIOS
ILEGITIMOS

Sin conexión
con el delito

Otro criterio para establecer los indicios es el que nos propociona Jeremias Bentham*, derivado del comportamiento del sujeto activo, al escudarse en la clandestinidad, que son:

- 1º) Clandestinidad para ocultar el hecho principal; que se hubiera realizado a la luz pública, sin recurrir a la noche o donde no sea visto.
- 2º) Clandestinidad para ocultarse en el acto del delito, como el usar dis fraz.
- 3º) Clandestinidad para ocultar la participación del supuesto delincuente, al destruir los objetos utilizados en el acto criminal.
- 4º) Clandestinidad por alejar a las personas que puedan presenciar el hecho delictivo y lo puedan después declarar.
- 5º) Clandestinidad para engañar o sobornar a una persona que presenció el hecho delictivo.
- 6º) Clandestinidad, por alejar, destruir, ocultar o borrar las pruebas -- comprometedoras de la realización del hecho delictivo.
- 7º) Clandestinidad para substraer, ocultar o alterar documentos que se -- puedan utilizar como pruebas respecto al delito.

*Los criterios fueron sintetizados y en algunos casos interpretados, de lo asentado a páginas de la 343 a la 348 de su obra citada.

Se aportà otros indicios en relación a la substracción de la acción de la justicia de parte del sujeto activo, a saber:

- 1º) Expatriación, emigrar al extranjero, donde no se castiga el hecho ilícito cometido.
- 2º) Exprovincialización, emigrar a otra entidad federativa del mismo Estado con igual finalidad que el anterior.
- 3º) Desaparición, cuando el delincuente se oculta para evitar ser juzgado.
- 4º) Transferencia u ocultación de bienes, para entorpecer la investigación del hecho delictivo.
- 5º) Relaciones secretas con los funcionarios o acusadores para sobornarlos.

El doctor Rodríguez Manzanera, en base al criterio del Profesor P.F. Ceccaldi, nos dice que hay dos clases de indicios:

"A) Los indeterminantes. Son aquellos indicios concretos o definidos que consisten en manchas o substancias de naturaleza química sobre todo, es decir, tienen una composición y estructura determinada que sólo puede ser conocida por medio de un análisis químico detallado...

"B) Son determinantes cuando su naturaleza es física. En estos casos no se requiere un análisis de su composición, sino solamente un estudio cuidadoso tanto a simple vista, con diferentes clases de iluminación, con la ayuda de lentes de aumento y del microscópio. Son determinantes ya que guardan una relación directa con el objeto o persona que los dejó o produjo, permitiendo determinar con toda certeza la existencia del objeto o persona. Podemos mencionar como ejemplo de este tipo de indicios las huellas dactilares, las huellas de pisadas, las de fracturas, etc." (100)

El mismo Rodríguez Manzanera*, menciona varios indicios que pueden encontrarse con más frecuencia en el lugar donde se ha cometido el delito, que son:

1º) Huellas y marcas: Impresiones dactilares, huellas de pisadas humanas, huellas de pisadas de animales, huellas de herramientas, huellas de llantas, huellas de lucha, huellas de dientes, marcas de lavandería, marcas de papel al escribir en hoja superior.

2º) Manchas: sangre, semen, pintura, grasa, aceite, etc.

3º) Pelo y fibras: pedazos de tela o fibras sueltas, pelos humanos, pelos de animales, plumas.

(100) Criminología, (Criminalística), T. III, UNAM, México, 1979, pp. 159-160

* Sintetizamos este criterio, al tomarlos de las páginas de la 161 a la 163 de su obra Criminología (Criminalística), T. III.

5º) Polvo: polvo, cenizas, mugre de origen animal o vegetal, polvo: metálico, mineral, de limaduras.

5º) Armas: de fuego, cartuchos, balas, impactos, rebotones, etc.; signos de quemaduras, fognazo, tatuaje sobre ropas o partes del cuerpo; contundentes, cortantes, punzantes, punzocortantes, etc.

Todas las clases de indicios que hemos mencionado, son -- ejemplificativos en razón de no ser posible enumerarlos todos; pero consideramos que con los que se señalan podemos observar la importancia que revisten en la averiguación de los delitos, y la imposibilidad de prescindir de ellos, puesto que, si bien se dice que el indicio se reduce a una operación lógica de deducir el conocimiento de un hecho, de una cosa, o de una situación que se ignora, esa misma aseveración nos lleva a afirmar -- que los indicios tienen como misión llevarnos a conocer el otro hecho -- que desconocemos, que es la verdad de como se realizó el hecho ilícito que se investiga.

Durante la averiguación previa se tienen que recabar todos los indicios que esten relacionados con el hecho ilícito que se investiga o los que esten en torno al autor de ese delito, se apoya esta aseveración con lo dispuesto por los Arts. 94 y 95 del CPPDF, al establecer el primero de los mencionados, "Cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la Policía judicial lo hará constar en el acta; reuniéndolos si fuere posible", y --

el segundo numeral citado regula: "Cuando se encuentren las personas o cosas relacionadas con el delito, se describiran detalladamente su estado y las circunstancias conexas", además de que se debe de hacer acompañar por peritos para realizar la investigación siempre que se requieran conocimientos especializados ya sea para evitar que se destruyan los indicios o para asegurarlos antes de que desaparezcan.

Nos resta resolver si los indicios son medio de prueba, en virtud de que muchos autores* le niegan este carácter; es Echandia Devis, quien nos resuelve este problema con lo siguiente "La circunstancia de -- que el hecho indiciario no sea objeto de prueba, no excluye su condición de medio de prueba respecto al hecho indicado, de la misma manera como la confesión extrajudicial, la judicial y los testimonios o peritaciones producidos en otro proceso, son medios autónomos de prueba, no obstante que también necesitan ser probados mediante testimonios o copias legalmente expedidas. Ese indicio, probado por otros medios, es a su vez el vehículo o conducto que le suministra al juez los argumentos probatorios, para formar su convencimiento sobre el hecho que investiga. Es decir, los indicios son una de las varias clases de prueba que deben ser probadas a su vez, por otros medios". (101) Según esta expresión, no debemos dudar en que los indicios sí son medios de prueba que, inclusive, nos atrevemos a exteriorizar que es el mundo de los indicios en donde se encuentran, las 'pistas' (datos) que nos ayudan a lograr una adecuada investigación de los hechos delictivos y a establecer al probable responsable, cuando no tene-

*Eugenio Florian, le niega calidad de prueba al contemplar el hecho en sí mismo, separado del contenido que obtiene el juez, Op. cit. p. 201, Sentfs Melendo, al afirmar que no son un medio de prueba, sino cualquier medio de prueba, Op. cit. pp. 105-106

(101) Op. cit. pp. 603-604

mos conocimiento de éste o existe duda de su conducta delictuosa.

En nuestra legislación procesal penal, se regulan los indicios, aunque hacemos notar que es deficiente en razón de que a veces se confunde con presunciones y en otros casos no establece reglas claras para su procedimiento, ni qué son, como tampoco determina su valor probatorio, así vemos que:

En el Art. 260 del CPPDF, se enumeran los medios probatorios que producen presunción, cuando que si se tratan de hechos conocidos debería decirse indicios, mismos que por sí solos no tienen fuerza probatoria y requieren de otras pruebas; además de que este listado resulta insuficiente por no abarcar a todos los indicios, sin embargo, se salva en la última fracción de este artículo, al asentar "Las pruebas no especificadas a que se refiere la última parte del artículo 135,..." remitiéndonos al numeral mencionado, observamos que se admiten como prueba en el procedimiento penal, todo aquello que se ofrezca siempre que este relacionado al hecho que se investiga, de donde inferimos que todos los demás elementos probatorios son los indicios.

En el Art. 285 del CFPP, en forma precisa regula la palabra indicio, para abarcar a todos los demás medios de prueba que no tengan señalado valor o los que se hayan recabado en la investigación, que no tengan nombre de prueba específico, todo esto, resulta adecuado al contemplarse de manera general el mundo de los indicios, sin embargo, no con

cebimos adecuado que a la confesión se denomine indicio en virtud de ser una prueba autónoma, puesto que, si es cierto que no le debemos de conceder valor pleno, debemos de atender su naturaleza de cada medio, la prueba confesional histórica, representativa y se perfecciona por sí sola, el indicio es una prueba crítica-lógica, que requiere de otros medios probatorios para su perfeccionamiento, por lo que decimos que la prueba confesional, al no tener valor pleno, es una prueba incompleta y no plena, pero no debemos equipararla con el indicio.

Concluimos que el indicio es todo cambio o alteración que se produce en el mundo exterior por la realización del hecho delictuoso. También por medio del indicio, encontramos los datos suficientes para integrar el cuerpo del delito y establecer la probable responsabilidad y -- aun la plena responsabilidad del sujeto; estos indicios pueden ser, por -- regla general, anteriores, concomitantes y posteriores; los anteriores y los posteriores se encaminan normalmente a descubrir al autor del delito y los concomitantes a integrar el cuerpo del delito, sin prescindir de los dos anteriores.

4.-) Diligencias que debe practicar el Ministerio Público para reca
bar pruebas.

El Ministerio Público inicia la actividad de la averigua--
ción previa, con la denuncia o la querrela, que le narra el sujeto, lo --
que trae consigo que al tener la noticia criminis, se deben practicar las

diligencias que se requieran, por y ante el Ministerio Público; la finalidad de estas diligencias se traduce en recabar pruebas, datos, indicios, evidencias, etc., para determinar si existe hecho delictivo y sujeto como probable responsable.

Las diligencias son las actividades que debe realizar el Ministerio Público, primordialmente, que se inician desde la misma denuncia o querrela que recibe hasta que determina respecto a la averiguación previa; la palabra diligencia se deriva del latín *diligentia*, que significa cualidad y actividad de ejecutar una cosa, de su significado genérico decimos, que diligenciar es "Realizar las diligencias oportunas para la tramitación de un asunto". (102) Con base a estos enunciados decimos que -- las diligencias que se deban practicar en la investigación de los delitos se realizarán con el debido cuidado y prontitud para obtener mejores resultados en la averiguación previa.

La práctica de las diligencias que deba realizar el Ministerio Público en la investigación de los delitos, se fundamenta en el Art. 20 Constitucional y en los Arts. 3º, F. I y 12 del CPPDF, de los cuales se desprende que el autorizado para investigar los delitos es el Ministerio Público, y que éste debe practicar las diligencias, o dirigir las que le solicite a la Policía Judicial, además en la práctica de las diligencias, se puede actuar en cualquier día y hora, sin necesidad de habilitar días feriados.

También consideramos que dentro de la gama de diligencias que debe y está obligado a practicar de oficio el Ministerio Público, de acuerdo al Art. 262 del CPPDF y al art. 113 del CFPP, podemos afirmar que no se requiere impulso del denunciante o querellante para su realización e integración de la averiguación previa.

El objeto de las diligencias en la averiguación previa, -- esencialmente es confirmar la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de su autor como finalidad positiva, porque en caso -- contrario, sería la no integración del cuerpo del delito y por ende la -- ausencia del probable responsable.

Si es difícil obtener un criterio uniforme respecto a cuales son las diligencias que se deben practicar, en razón de que son varias las actividades a realizar en la averiguación previa; así tenemos que Alberto Silva Silva, de acuerdo a la ley considera las siguientes:

"a) Dar asistencia a los damnificados. Encontramos así la asistencia médica y la restitución de ciertos bienes tutelados por la ley.

"b) Aplicar ciertas medidas cautelares... cual es recoger vestigios, ordenar detenciones en los casos específicamente establecidos, vigilar lugares o cosas (aseguramientos), substituir la detención por caución, protesta y arraigo.

"c) Realizar la investigación.

"d) Desahogar medios probatorios...

"e) Dictar órdenes de inhumación de cadáveres.

"f) Documentar sus actividades". (102)

Es necesario advertir que el nombre de diligencias que estamos utilizando, se regula específicamente en el capítulo denominado "Diligencias de Policía Judicial e Instrucción" del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, lo que también se establece en el Código Federal de Procedimientos Penales, bajo el nombre de "Reglas especiales para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de policía judicial", en ambos casos se utiliza diligencias de Policía Judicial, lo cual no compartimos, en razón de que quien debe practicarlas, o en su caso dirigirlas, es el Ministerio Público, (de acuerdo a los Arts. 20 constitucional, 3º del CPPDF y 1º del CFPP), por ser el facultado, y la falsa concepción que se argumenta al decir que es correcta la denominación porque en ese momento procedimental el Ministerio Público está realizando funciones de policía judicial, no es admisible, pues sería tanto como revivir la institución de antaño del Ministerio Público, en donde se consideraba que el Ministerio Público realizaba funciones de policía judicial, pero además, que dependía del órgano jurisdiccional, esta situación se debe descartar, si atendemos que en la actualidad el Ministerio Público tie

ne autonomía e independencia en su actuar; en base a todo ésto, decimos - que el nombre correcto debe ser, Diligencias del Ministerio Público.

En relación a las diligencias a practicar en este período procedimental son: diligencias generales, diligencias especiales y diligencias que quedan al arbitrio del Ministerio Público, las que se analizarán a continuación.

4.1) Diligencias generales.

Al darles el calificativo de generales a estas diligencias, damos a entender que se pueden practicar en cualquier tipo de delito que se requiera investigar, de acuerdo a lo fijado en la ley, a los que Manuel Rivera Silva denomina, Práctica de Investigaciones fijadas en la ley para todos los delitos en general, que considera se encuentran en los Arts. -- del 94 al 103 del CPPDF. (103)

Existe otro criterio que fija dos clases de diligencias: -
"a) Obligatorias, señaladas en la ley para la comprobación de toda clase de delitos o para algunos determinados delitos en particular, y;

"b) Discrecionales, que sin estar expresamente señalados en la ley, son necesarias lógicamente para la comprobación de los elementos del delito". (104)

(103) Cfr. ob. cit. pp. 106-107

(104) Arilla Bas, Fernando, P. 57

En relación a la primera de las diligencias llamadas obligatorias, en ellas se contemplan las generales y las especiales, en las segundas denominadas discrecionales, son las mismas que llamamos que quedan al arbitrio del Ministerio Público.

De los Artículos 94 al 103 del CPPDF, pueden mencionarse las siguientes diligencias con carácter de generales que debe practicar el Ministerio Público.

- 1) Recoger y hacer constar los vestigios, huellas o pruebas que haya de la perpetración del delito, de acuerdo al Art. 94.
- 2) Describir en el acta correspondiente el estado en que se encuentran las personas y las cosas relacionadas con el hecho ilícito que se investiga, con base en el Art. 94.
- 3) Solicitar el auxilio de peritos para que lo ilustren respecto a las circunstancias de las personas o cosas relativas al delito, Art. 96.
- 4) Trasladarse al lugar de los hechos donde se cometió el delito para realizar la inspección ocular, Art. 97.
- 5) Recoger y asegurar los medios con que se ejecutó el delito, como armas, instrumentos y objetos de cualquier clase que estén relacionadas con el delito, describiendo en donde y en que condiciones se encontraban, Art. 98.

6º) Solicitar la intervención de peritos para dictaminar respecto a lugares, armas, instrumentos u objetos, relacionados con el delito, Art. 99.

7º) Sellar, retener y conservar los instrumentos, armas u objetos, asentándolo en el acta correspondiente, tratándose de vehículos dar fe de los daños causados, regresándolos a su propietario, si se trata de delitos imprudenciales, Art. 100.

8º Levantar plano del lugar donde se cometió el delito; ordenar tomar fotografías del lugar y de las personas víctimas del delito, para ser agregados en el acta que se elabora, Art. 101.

9º Solicitar dictamen de peritos cuando hayan desaparecido las huellas o vestigios del delito, para que determinen si fueron borrados o desaparecidos intencionalmente, Art. 102.

10º) Cuando el delito cometido no deje huellas o vestigios, se procederá - al examen de téstigos si lo hubiera, o se utilizarán cualquier otro medio probatorio para acreditar la perpetración del acto delictivo con sus circunstancias, Art. 103.

4.2) Diligencias especiales.

En algunas investigaciones la ley fija para determinados - delitos algunas reglas a seguir para la práctica de las diligencias, a -- las que denominamos específicas o diligencias obligatorias, que se reali-

zan para la comprobación de delitos que por su naturaleza requieren trato diferente a los demás; nuestro Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los regula en los artículos del 104 al 123, a excepción del Art. 122, que es la regla general para todos los delitos, de la siguiente manera:

1º) Como regla general la autopsia, debe practicarse en los delitos de homicidio, sin embargo, si de las diligencias practicadas se desprende que no hay delito respecto a la muerte del individuo, se debe dispensar (el Art. 105, dice que deberá ser el juez quién ordene la dispensa), se aclara que el juez no interviene en la averiguación previa, por lo que, quién la ordena es el Procurador General de Justicia, entregando el cadaver al que lo solicite, Arts. 104, 105.

2º) Solicitar la intervención de peritos para que practiquen la autopsia, dictaminando las causas que provocaron la muerte y el estado que guarda el cadáver, debiéndose además de identificar el cadáver por testigos (como mínimo dos), de no ser posible se tomarán fotografías del cadáver para ser fijadas en los lugares públicos, con el objeto de que si alguien lo reconoce, se presente para su identificación ante el Ministerio Público, Arts. 105-106.

3º) Si el cadáver no es encontrado, pero existen testigos, se les tomará su declaración en la que deberán describir al cadáver que vieron, expresando las heridas que presentaba o huellas de violencia, el lugar donde -

lo vieron y las armas que consideren que fueron con las que se hayan causado; también deberán narrar los antecedentes del sujeto respecto a sus - costumbres y hábitos que tenía, enfermedades que padeciera, lugares que - frecuentaba, etc., para que con base en estos datos dictaminen peritos. - En caso de no haber testigos presenciales, se buscará el testimonio de -- personas que lo hayan conocido, que sepan sus costumbres, que sepan las - enfermedades que padecía, agregando desde cuando y donde lo vieron la úl- tima vez, la posibilidad de que hubieran ocultado o destruido el cadáver, y los motivos que consideren por los que se cometió el homicidio, Art. -- 107 y 108, debemos de advertir que aquí existe una ficción legal, en ra-- zón de que sin constatar la existencia del cadáver, se da por cierto la - realización del delito de homicidio.

4º) Ordenar la curación de las lesiones que presenten las personas, que - realizarán los médicos legistas, o médicos de los nosocomios penales, - - quienes deberán informar el estado que guarde el herido al Ministerio Pú- blico o en su caso al juez; se podrá autorizar la atención médica en el - domicilio del lesionado, previa responsiva médica que se otorgue por el - médico particular, quien también deberá informar al Ministerio Público de su estado de salud, pero se seguirá la supervisión por los médicos legis-- tas, Arts. 109 y 110.

5º) En los casos de lesiones causadas por contagio o envenenamiento, se - debe de dar intervención a peritos médicos para que determinen las causas de la enfermedad, describiendo los síntomas que presente el enfermo, tam-

bién se debe de examinar, en caso de envenenamiento, los vómitos y las de
fecaciones, asimismo, se recogerán los objetos que haya utilizado el pa---
ciente, Arts. 111 y 113.

6º) En lo relativo al aborto, se deberá examinar a la madre y al producto
de la concepción, a la primera, mediante el dictamen médico ginecológico,
para determinar las lesiones que presente; al segundo, también mediante -
dictamen médico para establecer si nació viable o no y su edad, y con el
apoyo de otros elementos probatorios, establecer la naturaleza del delito,
Art. 112.

7º) En el delito de robo, se practican diligencias para establcer el apo-
deramiento, al comprobarse los elementos materiales del delito, con lo si
iguiente: por tener en su poder la cosa el indiciado y no justificar su --
procedencia, por la declaración de testigos que establezcan la preexisten
cia de propiedad y falta posterior, por la prueba de que el ofendido te--
nía en su poder la cosa, (antes de las reformas del 8 de enero de 1991, -
se decía "se hallaba en situación de poseer", al reformarse, se dijo, "se
halla en situación de poseer", esta reforma no es adecuada, puesto que --
cuando se realizó el hecho es lo que interesa y no después de realizado,
luego entonces, el cambio de pasado a presente no es correcto); se deben
de realizar otras diligencias para establecer las modalidades del delito
de robo, para constatar que se ejecutó haciendo escalamiento, horadación,
fracturas o se usaron llaves falsas, auxiliándose de peritos en los casos
necesarios, Arts. 114 y 115. Para la comprobación de los delitos de fra

de, abuso de confianza y peculado, se hará con base en los elementos materiales del delito y los elementos subjetivos, en relación al peculado, la justificación de que el indiciado sea servidor público, Art. 116.

8º) En los casos en que el incendio haya sido el medio para realizarse el daño en propiedad ajena, homicidio o lesiones, se debe de dictaminar por peritos, el modo, tiempo, lugar y circunstancias para determinar si fué - accidental o intencional, Art. 118.

9º) Para los delitos de falsedad o falsificación de documentos, se debe - describir el documento que es motivo de la investigación, haciendo que -- firmen sobre el documento quienes declaren respecto a la falsedad, agre-- gándose a la averiguación dicho documento, hacemos notar la necesidad de la intervención de los peritos para realizar la prueba respectiva, ya sea para determinar si hubo alteración de documento o para la falsificación - de firmas, Art. 119.

10º) Requerir a la persona que tenga en su poder algún documento falso. - Art. 120, en su contenido, este artículo menciona que se debe exhibir ante el juez, lo que es un error, en razón de que esta diligencia se realiza ante el Ministerio Público.

11º) Al realizarse la inspección ocular, de ser necesario, deberán asistir peritos de la materia respecto a lo que se debe examinar, también deberán concurrir el topógrafo o el fotógrafo, Art. 121.

4.3) Diligencias que quedan al arbitrio del Ministerio Público.

En las diligencias que se dejan se practiquen a juicio del Ministerio Público, en principio hay una libertad absoluta para que se realicen todas las que considere necesarias para determinar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, siempre que se deriven de la averiguación que se está integrando, aunque no por esta facultad se descarte la práctica de las diligencias generales o especiales; así, señalamos que toda diligencia que practique el Ministerio Público, deberá ajustarse a las disposiciones del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para que en el futuro, se les dé valor pleno, Arts. 124 y 286. Con respecto al artículo 124, se debe observar que autoriza al juez para realizar las diligencias discrecionales, lo cual es un error, que fué tomado de los Códigos Procesales Penales anteriores, puesto que de acuerdo a lo regulado por el Art. 21 Constitucional, la averiguación previa le corresponde al Ministerio Público.

Hemos señalado en el estudio de las diligencias la necesidad del aseguramiento de la prueba, en cualquier diligencia de las mencionadas, que sea necesario para la investigación de los delitos, su procedimiento es el siguiente:

Para el aseguramiento de la prueba y su eficacia, es menor que el Ministerio Público, al tener noticias del hecho ilícito, recoja o tome todas las pruebas relacionadas con el delito; para lo cual debemos de advertir que el Ministerio Público debe de estar suficientemente -

preparado según lo requiera el hecho ilícito que se investiga, por lo que hay que atender si sucedieron los hechos en lugar cerrado, en lugar abierto o en despoblado, o si se trata de documentales que se consideran alteradas o falsificadas, para estos casos u otros consideramos que se debe de asegurar las pruebas inmediatamente en razón que al transcurrir el tiempo éstas pueden desaparecer.

Al trasladarse en su caso el Ministerio Público al lugar - de los hechos, debe hacerse acompañar de los peritos que se requieran que puedan ilustrarlo y que deben de recoger todos los vestigios o indicios - para asegurarlos como prueba en la investigación; en atención a lo anterior no se debe permitir que sea la policía preventiva la primera en estar en el lugar de los hechos; por lo que el Ministerio Público con los peritos y el fotógrafo al llegar donde sucedieron los hechos debe seguir los siguientes pasos:

- a) La protección del lugar de los hechos, evitando el acceso a personas - ajenas inclusive de periodistas.
- b) La observación del lugar, realizando la inspección ocular, para examinar todo el lugar y los objetos que se encuentren ahí, así como las manchas y huellas que se localicen.
- c) La recolección de los indicios, que debe de realizarse por el perito - en criminalística al momento que concurre el Ministerio Público.

d) Envío de los indicios al laboratorio, para determinar la naturaleza de los mismos.

e) Las tomas fotográficas, son de esencia puesto que en ellas se fijan to dos los objetos que no se logran apreciar a simple vista.

El ministerio Público y la Policía Judicial acompañados de los peritos deben de hacer constar en el acta que se instrumente lo siguiente:

- 1) Los vestigios, huellas, manchas y objetos.
- 2) Describir a las personas relacionadas al hecho y tomarles la declaración en el lugar de los hechos o citarlos a que se presenten a declarar - en las oficinas del Ministerio Público.
- 3) Recoger todos los objetos relacionados con el hecho ilícito incluyendo armas, mismos que deberán sellarse y en su caso remitirlos al laboratorio para examinar las manchas y huellas que contengan.
- 4) Realizar el levantamiento de cadáver en los casos de homicidio con la intervención de peritos médicos.
- 5) Mandar practicar la necropsia para determinar las causas de la muerte.

6) Practicar la identificación del cadáver por los medios que estén a su alcance.

Con lo anterior se podrá:

- a) Investigar el delito mismo e integrar la averiguación.
- b) Fijar al o a los probables responsables del hecho ilícito.
- c) Determinar las circunstancias de ejecución tentativamente.

Con este procedimiento se podrán obtener todos los medios que estén relacionados con la investigación del hecho ilícito. pero debemos de advertir que estas pruebas aseguradas son provisionales en razón de que su eficacia será valorada por el juzgador.

5.-) Integración del cuerpo del delito en la averiguación previa.

Durante la averiguación previa, el Ministerio Público al practicar las diligencias que amerite la investigación que esta realizando, reúne elementos probatorios, con los que integra el cuerpo del delito.

La palabra integración no la regula la legislación procesal para el Distrito Federal ni el Código Federal de Procedimientos Penales, como tampoco se contempla en las Leyes Organicas de la Procuraduría Fede-

ral, ni en la de la Procuraduría del Distrito Federal, estas leyes regulan la comprobación, por lo que consideramos que se debe atender a los momentos en que se establezcan durante el procedimiento penal, así decimos que, en la averiguación previa se integra el cuerpo del delito y en el término de las setenta y dos horas se comprueba el cuerpo del delito.

El maestro Colín Sánchez, distingue las palabras mencionadas de la siguiente manera: "Integrar significa componer un todo con sus partes; en cambio comprobar es evidenciar una cosa, cotejándola con otra, repitiendo las demostraciones que la prueban y acreditan como cierta". -- (105) En esta distinción se observa que son actividades diferentes y en el procedimiento penal, corresponden a diferentes órganos, la primera al órgano acusador y la segunda al órgano decisor.

La integración del cuerpo del delito es una actividad encomendada al Ministerio Público, que la realiza durante la averiguación previa con base en lo que le ordenan las leyes procesales.

Para cumplir con esta encomienda, el Ministerio Público debe practicar las diligencias necesarias que esten de acuerdo al hecho ilícito que investiga, para poder reunir los elementos que se requieran, y de acuerdo a lo que dice Colín Sánchez, "...existen infracciones en las que es necesario, al integrar el cuerpo del delito, determinar algunos -- elementos típicos subjetivos y los normativos, mismos que atendiéndolos -- estrictamente al criterio del legislador y al de la Suprema Corte, queda-

rían excluidos, y en tal caso, nos atenderíamos exclusivamente a los elementos objetivos; es decir, a aquellos que sólo pueden ser conocidos por la aplicación de los sentidos (objetivamente)". (106) En conclusión, en la integración del cuerpo del delito pueden concurrir los elementos subjetivos, normativos y objetivos según el delito, y no solamente objetivos como se regulaba en el Art. 122 del CPPDF, antes que se reformara y que -- ahora expresa: "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 delictivo o según lo determina la ley penal...", es el mismo texto el que se contiene en el Art. 168 del CFPP, de acuerdo a éstos van a reunirse, según el delito realizado, elemento meramente objetivo, - elementos objetivo y normativo; elementos normativo, subjetivo y objetivo, o elementos objetivo y subjetivo.

Enseguida haremos referencia al cuerpo del delito, puesto que esta acepción es de suma importancia desde la antigüedad, Jiménez -- Asenjo recuerda como, "en el Derecho Antiguo, cuando faltaba cuerpo del delito no era posible imponer ni pena capital ni penas ordinarias, sino -- sólo las denominadas sanciones extraordinarias, en el sentido de inferiores a las indicadas para los casos de 'cuerpo presente', sanciones que no podían tener además el carácter de irreparables". (107) De no contar -- con el cuerpo del delito en el procedimiento penal, se estará en la imposibilidad de sancionar como se observó desde hace siglos.

(106) Ibidem, p. 279

(107) Cit. por García Ramírez, Sergio, Op. cit. p. 387

Jeremías Bentham, concibe al cuerpo del delito como al "Estudio de la cosa que ha sido objeto del delito. Esto comprende no solamente las cosas propiamente dichas, sino también las personas, en cuanto pertenecen a la categoría de las cosas, es decir, a su estado físico, independientemente de las facultades intelectuales, como en el caso de las marcas producidas por enfermedad o violencia externa". (108) Este autor considera que existen las cosas materiales y las huellas o señales que se dejan en la realización del delito, como elementos del cuerpo del delito; en otro sentido se considera que el cuerpo del delito no es la suma de elementos, sino una unidad funcional, puesto que el "Cuerpo del delito es expresión aclimatada, aunque erróneamente se le haya tomado por ciertos procesalistas como suma de elementos y no como lo que ella denuncia: unidad funcional. El cuerpo de algo es una composición global, su forma, y no un simple agregado de partes.

"Es preciso rectificar. Si bien es cierto que el cuerpo del delito dió aliento a la tipicidad, por lo menos en el entendimiento de que aquél estaba constituido por factores y presupuestos materiales, no es posible seguir manteniendo la idea de que las dos nociones llegan a confundirse pues, "...a tiempo que la tipicidad es una realidad normativa el corpus delicti es una realidad fáctica predicable de una conducta típica'.

"...Una vertiente doctrinaria lo estudia como la descripción y confrontación de todos los datos objetivos y subjetivos que contiene

ne un precepto penal determinado. Estimamos que esta noción es la que resulta más comprensible tanto para quien ejecuta el acto como para el que lo sufre o lo juzga...". (109) se concluye con este criterio que la tipicidad comprende el estudio de los tipos penales en sus múltiples elementos, surge claramente la diferencia con el cuerpo del delito, en que éste está integrado por factores externos y el tipo erigido más universalmente sobre elementos objetivos, normativos y subjetivos.

Generalmente se considera que el cuerpo del delito se integra por los elementos materiales de la infracción, sin meditar que no es lo mismo el cuerpo del delito que los medios de comprobación del mismo, si nos basáramos en que sólo se integra el cuerpo del delito con los elementos materiales de la infracción, dejaríamos fuera otros tipos penales que contienen elementos subjetivos y elementos normativos, de donde se infiere que sólo serían delitos los que se integrarían con elementos exclusivamente materiales, lo cual no es aceptable.

El tipo penal se integra con elementos objetivos, subjetivos y normativos; los elementos objetivos son los que se pueden apreciar por medio de los sentidos, es decir las cosas materiales; en ocasiones el legislador incluye elementos subjetivos en el tipo penal, entonces se está requiriendo un estado anímico en el sujeto activo o en el sujeto pasivo; en otras ocasiones se requiere en el tipo penal elementos normativos, mismos que son valoraciones sociológico-jurídicas, respecto al sujeto activo o del sujeto pasivo.

(109) Pérez, Carlos Luis, Tratado de Derecho Penal, T. II, Temis, Bogotá, 1977, pp. 218-219.

Concluimos que el tipo penal es la descripción que hace la norma de una conducta como acreedora de una sanción y el cuerpo del delito es la fase externa de la conducta que se integra con todos y cada uno de los elementos particulares del tipo penal realizado, por lo que, si el delito cometido contiene puramente elementos objetivos, con esos se integra el cuerpo del delito; si además el tipo penal tiene elementos subjetivos o normativos, y en algunos casos ambos, se integrará el cuerpo del delito, con todos esos elementos que se describa en la norma.

También concluimos que la integración del cuerpo del delito consiste en la actividad (practicar diligencias) realizada por el Ministerio Público, durante la averiguación previa, para reunir los elementos probatorios necesarios descritos por la norma penal.

6.-) El Probable responsable en la averiguación previa.

En los artículos 16 y 19 constitucional, se regula que es requisito la probable responsabilidad en la investigación de los delitos; el primer artículo se refiere concretamente al requisito que se debe satisfacer en la averiguación previa, al decir "...no podrá librarse ninguna orden de aprehensión... sin otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado..." de donde se deduce que durante la averiguación previa el Ministerio Público, debe, con base en las pruebas recabadas, determinar la probable responsabilidad del indiciado. En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su Art. 297 F. V, se con-

sagra "Todo auto de formal prisión, deberá reunir los siguientes requisitos..., todos los datos que arroje la averiguación, que hagan probable la responsabilidad del acusado...", lo que quiere decir que en la averiguación previa se debió de establecer la probable responsabilidad antes de ejercitar la acción procesal penal; y el Art. 19 Constitucional, exige que se tenga un probable responsable.

La palabra probable que se emplea en la constitución y en la ley procesal penal, es aplicada tanto en la averiguación previa como en el término constitucional de las setenta y dos horas, sin embargo, en la práctica forense y en la doctrina, se usa indistintamente probable o presunto en relación a la responsabilidad, considerándose que son sinónimos: esta concepción no es adecuada si observamos que tienen diferentes significados; lo probable es lo fundado en razón prudente, o que se puede probar, y la palabra presunto viene del latín praesumpta, que con la terminación femenina, ptos. es presunta que equivale a presunción, y ésta significa lo que se tiene como verdad; de acuerdo a lo anterior decimos que se deben de emplear para distintos momentos procedimentales; así la probable responsabilidad de un sujeto se establece en la averiguación previa con los elementos probatorios que se hayan obtenido durante la investigación, que pueden ser el conjunto de indicios, puesto que es suficiente para que se le considere a la persona como probable responsable; y la presunta responsabilidad se debe de ubicar al resolver la situación jurídica del individuo dentro del término constitucional de las setenta y dos horas, en donde el juzgador, para dictar el auto de formal prisión, deberá obser

var si los elementos probatorios tienen el carácter de presunciones, esta acepción de presunta responsabilidad es la usada normalmente al dictarse el auto de formal prisión.

Es necesario saber qué debemos entender por responsabilidad, misma que en opinión de Eugenio Cuello Calón, se establece así, "Es responsable el individuo imputable que por haberse probado su culpabilidad debe de responder del hecho realizado, así, la responsabilidad es el deber jurídico que incumbe al individuo imputable de responder del hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas". (110) Es clara esta exposición en el sentido de la plena responsabilidad, misma que aparece cuando hay sentencia definitiva en el procedimiento penal, que es el otro momento procedimental donde se establece la responsabilidad, aunque el aspecto que nos interesa, de lo que dice este autor, es 'el deber jurídico de responder del hecho realizado' en razón de que al estar sujeto a investigación un individuo, está respondiendo respecto al hecho que se le atribuye haber realizado.

La probable responsabilidad, que se determina en la averiguación previa, se concibe por muchos autores como presunta responsabilidad, como lo hace Cesar Augusto Osorio y Nieto, al decir "...se entiende la probabilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos -- fundados para considerar que un sujeto es probable sujeto activo de algu-

(110) Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1980, p. 426

na forma de autoría: concepción, preparación o ejecución o inducir o com-
peler a otro a ejecutarlos. Se requiere para la presunta responsabilidad
indicios de responsabilidad, no prueba plena de ella, pues tal certeza es
materia de sentencia". (111) Estamos de acuerdo con este concepto, en --
cuanto que es solo una probabilidad de que una persona haya cometido un -
delito, puesto que al estar el individuo sujeto a investigación, su situa-
ción jurídica es provisional hasta que haya sentencia definitiva; también
Colfn Sánchez, incurre en lo mismo al considerar "La determinación de la
presunta responsabilidad del procesado corresponde, fundamentalmente, al
juez: sin embargo, también concierne al Ministerio Público. Es indudable
que durante la averiguación previa, para estar en posibilidad de resolver
si procede la consignación o la libertad del sujeto, analice los hechos y
todas las pruebas recabadas, porque, aun habiendo integrado el cuerpo del
delito, sin estar demostrada la presunta responsabilidad, no podría cum-
plir con el ejercicio de la acción penal.

"El órgano jurisdiccional por imperativo legal, también de-
berá establecer si existe probable responsabilidad, para decretar la or--
den de captura y el auto de formal prisión". (112) consideramos que se --
usan las palabras 'presunta' y 'probable' para evitar ser repetitivo, pe-
ro insistimos que en la averiguación previa debe emplearse probable res--
ponsabilidad. El maestro Manuel Rivera Silva, sobre este particular agre-
ga, "...Lo técnico es elaborar el elemento medular en estudio con la pro-
babilidad o con la posibilidad, ya que tanto una palabra como otra no in-

(111) Op. cit. p. 44

(112) Op. cit. p. 287

dican comprobación absoluta, sino simplemente se refieren a lo que puede ser o existir, o a lo que se puede fundar en alguna razón sin que por --- ello se concluya la prueba plena del proceder...", (113) con esta ilustración, concluimos que la probable responsabilidad es una mera posibilidad que se ha encontrado a un sujeto, que puede ser responsable de haber realizado o intervenido en un hecho ilícito, que se investiga en la averiguación previa, pero que resulta suficiente para ejercitar la acción penal.

7.-) Determinaciones del Ministerio Público.

El resultado de la averiguación previa, una vez practica-- das todas las diligencias, es integrar o no el cuerpo del delito y esta-- blecer o no que hay un probable responsable, ésto lleva a la vez al Minis terio Público a decidir al respecto.

Las resoluciones que se establecen en la culminación de la averiguación previa se denominan determinaciones, las que se consideran - que se dan "Una vez que se hayan realizado todas las diligencias conducen tes para la integración de la averiguación previa, ya sea a nivel de Agenc cia Investigadora o Mesa de trámite, deberá dictarse una resolución que - precise el trámite que corresponda a la averiguación previa o que decida, obviamente a nivel de averiguación previa, la situación jurídica plantea-- da en la misma". (114) Esta acepción de determinación es en el sentido - amplio. al considerar que se precise el trámite que corresponda, de donde

(113) Op. cit. p. 166

(114) Osorio y Nieto, Cesar Augusto, op. cit. p. 35

concluimos que no solamente en la culminación de la averiguación previa, sino que también durante su estructuración, se puede determinar lo siguiente: Envío a Mesa de Trámite Desconcentrada, envío a Mesa de Trámite del Sector Central, envío a la Agencia Central de Ministerio Público, envío a otras Agencias del Ministerio Público, envío a la Procuraduría General de la República, por incompetencia en relación al fuero, envío al Consejo Tutelar para Menores Infractores en el Distrito Federal, entre otras que se pueden considerar.

Específicamente al haberse realizado en la averiguación --previa todas las diligencias, el Ministerio Público se encuentra en la posibilidad de resolver lo que proceda, al respecto Guillermo Colín Sánchez, dice "Cuando se ha llevado a cabo ese conjunto de diligencias, el Ministerio Público estará en aptitud de dictar la resolución en el acta de Policía Judicial, cuyo contenido se expresa en lo que se conoce con el nombre de: determinación". (115) Por consiguiente el Ministerio Público puede determinar: la consignación de la averiguación previa al órgano jurisdiccional, el archivo de la averiguación previa, o la reserva de la averiguación previa, dependiendo de los elementos probatorios que se hayan recabado.

7.1) El archivo de la Averiguación.

La determinación de archivo que realiza el Ministerio Público se basa en que una vez agotada la averiguación previa no se haya inte-

(115) Op. cit. p. 259

grado el cuerpo del delito o la probable responsabilidad, se determina el no ejercicio de la acción penal, a lo que en práctica se le ha denominado determinación "de archivo", que al parecer significa que esta concluida definitivamente la averiguación previa, a lo cual no se esta de acuerdo, puesto que "La determinación de archivo no significa que: 'Por haber resuelto así, ya no es posible hacer nada'; pues en cuanto aparezcan nuevos elementos, el Ministerio Público queda obligado a continuar la averiguación previa, porque carece de funciones jurisdiccionales y sus determinaciones no causan estado". (116) Es cierto que la determinación de archivo no se puede considerar definitiva, porque debemos de pensar que el delito, por ser de carácter público, debe continuarse su persecución aún después de haberse decretado esta resolución si aparecen nuevos elementos -- probatorios; podemos decir que la determinación del archivo debería ser competencia del órgano jurisdiccional "...pero cabe pensar que por economía y práctica procesal es correcto que no se acuda a los tribunales para que hagan la declaratoria de la no existencia del delito, cuando el Ministerio Público no tiene elementos que lo comprueben y por ende, no puede hacer la consignación, atento a lo dispuesto en el artículo 16 constitucional."*

En relación a la definitividad de la determinación de archivo, si existen casos en los que si tienen esta característica, como en el caso en que, habiendo delito operó la prescripción de la acción penal; -- cuando el ofendido o la víctima otorguen el perdón en los delitos perse--

(116) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 260

*Criterio de Manuel Rivera Silva, Op. cit. p. 135

guibles por querrela, cuando que justifica una eximente de responsabilidad, como la legitima defensa y por último, por muerte del probable responsable.

Por último, diremos que en esta determinación de archivo, o técnicamente el no ejercicio de la acción penal, no admite medio de impugnación, sin embargo, Colfn Sánchez (117) considera que debe proceder el juicio de amparo si existe algún acto arbitrario de quien detenta el poder, en razón de que de no admitirse el procedimiento penal estará siempre dependiendo del monopolio estatal, que se traduce en el desamparo social.

7.2) La reserva de la averiguación.

La determinación de reserva se dicta cuando faltan diligencias por practicar, por alguna causa material que impida su desahogo por el momento, pero que a corto o largo plazo se podrán practicar, ya sea para integrar el cuerpo del delito o que integrado éste no se tienen datos suficientes para determinar al probable responsable; para el Maestro Sergio García Ramírez, considera que se determina la reserva, "...cuando se han desahogado las pruebas pertinentes a la averiguación previa y se encuentre comprobado el cuerpo del delito, pero no la presunta responsabilidad del indiciado, y existen elementos para presumir que intervino un tercero, se consultará el no ejercicio de la acción penal por lo que toca a aquél y se dictará determinación de reserva, por lo que se refiere al

(117) Ibidem, Cfr. p. 261

tercero, ...finalmente, cuando no pueda continuar la averiguación previa, por imposibilidad para desahogar alguna prueba, se consultará la reserva". (118)

El fundamento de la reserva de la averiguación previa, en el procedimiento federal, se regula en el Art. 131 del CPPF, donde se establece que, si de las diligencias practicadas no hay elementos para consignar y no aparece el que se puedan practicar otras, pero con posterioridad se pueden allegar datos para proseguir la investigación, se reservará el expediente.

En relación a esta determinación de la reserva de la averiguación previa, es una decisión eminentemente provisional, debido a que al ser practicadas la o las diligencias pendientes, se optará por el ejercicio de la acción penal, si se integra el cuerpo del delito y existe probable responsable o en caso contrario se proyectará el archivo de la averiguación previa.

7.3) La consignación de la averiguación.

La determinación de consignación es equivalente al de ejercicio de la acción penal, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, sin embargo, se refuta que dicho término no es correcto en razón de que no es lo mismo que el ejercicio de la acción penal, nosotros consideramos que de acuerdo al artículo 20 constitucional, si es sinónimo, al

(118) Op. cit. p. 412.

prescribir en su F. III. que se le hará saber en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, de donde podemos decir que es a partir de que se realizó el ejercicio de la acción penal.

Se entiende porque "La consignación es el acto procedimental a través del cual el Ministerio Público ejercita la acción penal, poniendo a disposición del juez las diligencias o al indiciado, en su caso, iniciando con ello el proceso penal judicial". (119) Podemos afirmar que la consignación es el medio para realizar el ejercicio de la acción penal, de acuerdo a lo que dice Rafael de Pina, "Acto procesal mediante el cual el Ministerio Público inicia el ejercicio de la acción penal y pone al inculpado a disposición de la autoridad judicial para que lo juzgue". (120) A lo que agregamos, o le solicita a la autoridad judicial que se gire la orden de aprehensión o en su caso la comparecencia del inculpado.

Es necesario asentar qué se entiende en la doctrina en relación al ejercicio de la acción penal, Manuel Rivera Silva, considera -- que lo hay cuando "...el Ministerio Público excita al órgano jurisdiccional a que aplicando la ley penal a un caso concreto, resuelva sobre si -- hay fundamento o no para proseguir un proceso contra una o unas personas -- determinadas". (121) En este criterio es clara la exposición que nos da a entender que con el ejercicio de la acción penal se pone en movimiento al órgano jurisdiccional en razón de que es requisito el impulso procesal

(119) Colín Sánchez, Guillermo, Op. cit. p. 261

(120) Op. cit. p. 176.

(121) Op. cit. pp. 147-48

para que el órgano jurisdiccional pueda actuar. El Licenciado Cesar Augusto Osorio y Nieto, explica el ejercicio de la acción penal de la siguiente manera, "La acción penal tiene su principio mediante el acto de la consignación, este acto es el arranque, el punto en el cual el Ministerio Público ocurre ante el órgano jurisdiccional y provoca la función judicial; la consignación es el primer acto del ejercicio de la acción penal. Ahora bien, para poder llevar a cabo este acto inicial de la acción penal, es menester cumplir determinados requisitos constitucionales, estos requisitos, contenidos en el artículo 16 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, se refieren al cuerpo del delito y presunta responsabilidad", (122) la dinámica señalada del ejercicio de la acción penal es correcta, pero no están separados los momentos de la consignación con el ejercicio de la acción penal, son momentos concomitantes y por lo que se refiere al Art. 16 Constitucional, este precepto no hace mención del ejercicio de la acción penal ni del cuerpo del delito, solamente a la probable responsabilidad.

Y la consignación se puede realizar sin detenido y con detenido.

7.3.1) La consignación sin detenido.

Se determina la consignación sin detenido cuando se integra el cuerpo del delito (excepcionalmente aunque no se integre el cuerpo del delito) y existen indicios suficientes para atribuirle a una persona de-

(122) Op. cit. p. 42.

terminada la comisión del delito.

Esta consignación sin detenido nos lleva a varias hipótesis:

1º) Consignación sin detenido y sin que se haya determinado al probable responsable, se ejercita la acción penal con fundamento en lo dispuesto en el art. 4º del CPPDF, que faculta al Ministerio Público a solicitarle al órgano jurisdiccional que se practiquen todas las diligencias necesarias para satisfacer los requisitos del Art. 16 Constitucional, pero esto no significa que el juez este realizando la averiguación previa como se ha interpretado, por tanto, se vulnera el Art. 21 Constitucional, se debe entender que procede sólo en los casos muy específicos, como realizar cateos, visitas domiciliarias, exhortos, extradiciones, etc.; debiéndose solicitar en esta misma consignación la orden de aprehensión del probable responsable.

2º) Consignación sin detenido, en donde se ha integrado el cuerpo del delito y se ha determinado a una persona como probable responsable. que no está detenido, lo que obliga al Ministerio Público a solicitar al órgano jurisdiccional se gire la orden de aprehensión, por considerar que se reunen los siguientes requisitos: la existencia de una denuncia o querrela, que esten respaldados por persona digna de fé o en su caso, por otros elementos probatorios la denuncia o querrela, que la pena aplicable al delito sea privativa de libertad, según lo regula el Art. 16 constitucional.

3º) Consignación sin detenido, en cuanto que existe cuerpo del delito, y probable responsabilidad, y se satisfacen los requisitos del Art. 16 constitucional, pero difiere del anterior en cuanto a la penalidad, en el que la penalidad del delito que se investiga es: alternativa la sanción o exclusivamente pecuniaria; en este caso al ejercitarse la acción penal se solicita se cite al probable responsable para que comparezca ante el órgano jurisdiccional.

7.3.2) Consignación con detenido.

En la consignación con detenido, se debe de haber integrado el cuerpo del delito y haber establecido al probable responsable, mismo al que se le tiene detenido, por lo que al realizarse el ejercicio de la acción penal, se consigna también al individuo, dejándolo a disposición del órgano jurisdiccional en el centro preventivo correspondiente, conjuntamente se pondrán a su disposición las constancias de la averiguación previa, esta actividad en la práctica se realiza con fundamento en los Arts. 14, 16 y 21 Constitucionales; de los Arts. 1º, 2º y 3º del CPPDF, y los Arts. 1º, 2º, 3º y 7º de la Ley Orgánica de la Procuraduría del Distrito Federal, debiendo especificar el delito cometido, quién lo cometió, contra quién se cometió, y establecer la norma infringida, con su respectiva punibilidad.

Esta consignación con detenido es la que se presenta con mayor mayor frecuencia dentro del campo del procedimiento penal.

8.-) Problemática sobre las pruebas en la averiguación previa.

Comenzamos por preguntarnos si durante la averiguación ---
previa se asumen pruebas o son exclusivamente datos o, como se afirma, --
que sólo existen en este momento procedimental indicios, consideramos que
estos últimos si existen como lo hemos señalado en el punto tres de este
capítulo, en el establecimos la variedad de indicios que se pueden present
tar en la averiguación previa.

Por lo que respecta a los datos, éstos también concurren -
en la averiguación previa a través de las cosas o documentos o declaracion
es, o por medio de la inspección que realice el Ministerio Público, que
en realidad son medios probatorios que estan regulados en la legislación
procesal, ya sean medios legales o que sean medios lógicos.

Por lo que afirmamos que en la averiguación previa, hay --
asunción de las pruebas, que primordialmente el propio Ministerio Público
las incorpora en la averiguación previa al practicar las diligencias du--
rante su investigación, ésto, sin descartar que tanto el ofendido como el
indiciado aportan pruebas en este momento procedimental.

La problemática medular en relación a las pruebas que se -
contienen en la averiguación previa, lo constituye el saber si el Minister
io Público esta facultado para valorar la prueba, sobre el particular he
mos adelantado nuestro criterio al decir que, en la averiguación previa -
si se valoran las pruebas cuando se determina respecto a la investigación

de los hechos ilícitos (punto 7 del primer capítulo).

En relación a lo anterior, existen criterios* y posiblemente bien fundados, en el sentido de que el Ministerio Público, al valorar las pruebas realiza funciones jurisdiccionales, principalmente al determinar que se archive la averiguación previa y dejar en libertad al probable responsable, dicha actividad corresponde al órgano jurisdiccional.

Sobre el mismo tema, Manuel Rivera Silva, (123) opina que, si bien se invade la función jurisdiccional, por economía y práctica procesal es correcto no acudir a los tribunales para que ahí se declare la no existencia del delito; y el criterio de Jorge Silva Silva es el siguiente, "De acuerdo a las leyes secundarias, el Ministerio Público deberá determinar si se promueve o no la acción procesal. Entendemos entonces que si el Ministerio Público está autorizado para resolver si promueve o no la acción, tendrá por lo tanto, cierta facultad resolutoria..." (124) en razón de estos criterios decimos que el Ministerio Público si tiene facultades de decisión y al decidir necesariamente se deben valorar las pruebas.

Al estudiarse las constancias de la averiguación previa, -

*Nota: Alcalá-Zamora y Castillo, Estudios de Teoría General e Historia, T. II, en Estudio, Legítima defensa y proceso, a p. 615, dice que es una función cuasi jurisdiccional la que realiza el Ministerio Público al impedir que el órgano jurisdiccional decida, en el mismo sentido los penalistas -- Olga Islas y Elpidio Ramírez dicen en su obra "El sistema penal en la -- Constitución, a p. 77, que al determinar el Ministerio Público el no ejercicio de la acción penal es una resolución definitiva que impide que el sujeto sea juzgado por un juez o jurado.

(123) Cfr. Op. cit. p. 135

(124) Op. cit. p. 258

se valorizarán las pruebas, como dice Guillermo Colín Sánchez, "El acta de Policía judicial es de gran importancia procesal, el artículo 286 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, le concede valor probatorio pleno cuando se ha ajustado a las prescripciones legales de dicho ordenamiento", (125) ésto confirma lo que hemos sostenido de que las pruebas de averiguación previa se deben valorar sin importar que "Cuando el Ministerio Público interviene en la investigación de los delitos, actúa como autoridad; ante el órgano jurisdiccional, cuando ya ha ejercido la acción penal, se convierte en parte dentro del proceso contradictorio. Sería pues inconcebible que lo actuado por él en calidad de autoridad, -- careciera de valor probatorio", (126) agregamos que las pruebas recabadas por el Ministerio Público en la Averiguación previa, no son para él, puesto que son actuaciones parajurisdiccionales, y de acuerdo a esta situación, la defensa, haciendo uso del derecho de contradicción de la -- prueba, estará en un plano de igualdad en el proceso.

Es menester considerar que el Ministerio Público puede consignar, aunque no tenga certidumbre, en las actuaciones como, "En caso de duda, el M.P. deberá consignar, en fuerza, al principio in dubio pro -- societate, que norma la actividad del órgano persecutorio, a diferencia -- del principio in dubio pro reo, que conviene a la actuación del órgano -- jurisdiccional". (127) Es correcto que se apliquen principios generales jurídicos durante la averiguación previa y en especial el mencionado, en razón del interés que tiene la sociedad para que se sancione al probable

(125) Op. cit. p. 260

(126) Pérez Palma, Rafael, Op. cit. p. 272

(127) Ramírez García, Sergio. Op. cit. p. 409

responsable o se aclare su situación jurídica para que se le absuelva.

Posiblemente de la incertidumbre que despiertan las actuaciones del Ministerio Público, se deba atender la propuesta de que "El Ministerio Público en sentido estricto debe independizarse del poder ejecutivo, ya que la función esencial que realiza tiene carácter judicial y no administrativo, ya sea que se le incorpore o no al Poder Judicial, como ocurre en algunos ordenamientos contemporáneos, de todas maneras sus miembros deben gozar de las mismas garantías de autonomía, estabilidad, promoción..." (128) de acuerdo a lo establecido posiblemente se pueda delimitar correctamente las funciones del Ministerio Público.

Para agotar la valoración de las pruebas que se obtienen en la averiguación previa, decimos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, apoyándose en el principio de inmediación, considera que tienen mayor crédito las recabadas en la averiguación previa por haberse obtenido a raíz de los hechos incriminados, en relación a las demás pruebas.

9.-) Principios que rigen la función persecutoria tanto en la actividad investigadora como en el ejercicio de la acción penal.

En razón de que la función persecutoria tiene como finalidad la persecución de los delitos, buscando elementos para determinar la existencia del probable responsable respecto al hecho ilícito del que tie

(128) Fix-Zamudio, Héctor. La Función Constitucional del Ministerio Público, Temas y Problemas de la Administración de Justicia en México, UNAM, México, 1982, p. 126

ne conocimiento. esta actividad se realiza de acuerdo a lo que señalan las normas procedimentales, por lo consiguiente, se sigue un método y en consecuencia, esta actividad también se apoya en principios o caracteres que se deben de observar en su desarrollo.

La función persecutoria se desdobra en la actividad investigadora y en el ejercicio de la acción penal, mismas que tienen sus principios o caracteres.

La función o actividad investigadora se rige por los siguientes principios:

1º) Principio de monopolio. Esta actividad está encomendada al órgano acusador, que lo es el Ministerio Público de acuerdo al Art. 21 Constitucional, con el auxilio de la Policía Judicial y peritos, a los que debe de dirigir en la investigación el mismo Ministerio Público.

2º) Principio de Prueba. Este consiste en que el Ministerio Público debe obtener pruebas para confirmar el hecho que esta investigando, Jorge Silva Silva, considera que "En el caso mexicano, las leyes secundarias (no la Constitución) no sólo le dan al Ministerio Público la función investigadora, sino también la probatoria. Luego entonces, lo que en México se suele denominar averiguación previa, implica tanto actos de averiguación como de confirmación", (129) para confirmar un dato que se tiene como base para la investigación, es necesario hacerlo por medio de pruebas.

(129) Op. cit. p. 254.

3º) Principio de iniciación. Este principio consiste en la necesidad de que exista denuncia o querrela para poder iniciar la investigación, a este postulado Manuel Rivera Silva le denomina, 'Principio de requisitos de iniciación', y nos dice que opera, "en cuanto no se deja a la iniciativa del Ministerio Público el comienzo de la misma investigación, sino que para dicho comienzo, se necesita la reunión de requisitos fijados en la - - ley...". (130) al hablar de los requisitos fijados en la ley, se refiere al artículo 16 constitucional, en lo relativo a la denuncia y a la quere--lla; de este principio y con base en el numeral constitucional que mencionamos, podemos afirmar que en nuestro sistema para la investigación de los delitos están prohibidas las pesquisas.

4º) Principio de oficiosidad. Consiste en que presentada la denuncia o - la querrela, el Ministerio Público no requiere del impulso del sujeto - - ofendido, para realizar la investigación, aún en los casos de los delitos por querrela necesaria.

5º) Principio de obligatoriedad. En este principio se contempla que el -- Ministerio Público está obligado a investigar los hechos delictivos de -- los que tenga conocimiento, en este sentido lo expresa el Art. 262 del -- CPPDF, "Los funcionarios y agentes de la policía judicial, así como los auxiliares del Ministerio Público, están obligados* a proceder de oficio a la investigación de los delitos...", de donde se infiere que la investigación de los delitos es obligatoria para quienes la realicen; Mario A. - Oderico, relata sobre la obligatoriedad que, "Del carácter imprescindible

(130) Op. cit. p. 42

*Subrayado nuestro.

que tiene la lucha contra la delincuencia, como función esencial del Estado y de la necesidad del proceso para la imposición de la pena, deriva que el proceso penal debe realizarse obligatoriamente, pues de lo contrario - podría importar en la indefensión social". (131) Desde luego, debemos de concebir el término proceso en su acepción amplia que abarca al procedimiento penal.

6º) Principio de legalidad. Consiste este postulado, en que el Ministerio Público, al investigar los delitos, debe sujetarse a los lineamientos que se fije en los preceptos del Código de Procedimientos Penales, para que tenga validez la investigación, así lo ordena el Art. 286 del CPPDF, al expresar, "Las diligencias practicadas por el Ministerio Público y por la Policía Judicial, tendrán valor probatorio pleno siempre que se ajusten a las reglas relativas a este código". Por lo tanto, si se realizan caprichosamente o arbitrariamente no tendrán validez.

7º) Principio de veracidad. Con este enunciado se pretende conocer el delito desde su inicio hasta su total ejecución, a lo que dice Mario A. -- Oderico, "Por consiguiente, para conocerlo, debe seguirse el método histórico-crítico: el mismo que se sigue para conocer los acontecimientos históricos más trascendentales, con las modalidades que derivan de su aplicación a hechos menos complejos y generalmente más próximos en el tiempo y en el espacio". (132)

En lo relativo al ejercicio de la acción penal o solamente

(131) Op. cit. pp. 97-98

(132) Ibidem, pp. 99-100

la acción penal, también tiene sus principios a los que los autores* prefieren denominarlos caracteres, enumeramos los siguientes:

1º) Es pública. Principio que considera que la acción procesal penal es pública, en razón de que no admite convenio entre los particulares, esencialmente, aunque en los delitos de querrela se admite el perdón, también es pública porque protege los intereses sociales, pues efectivamente, -- con la imposición de las sanciones al autor del delito, en el aspecto de ejemplo a la sociedad, se trata de evitar posibles hechos ilícitos.

2º) Es indivisible. La acción procesal penal es indivisible, porque debe alcanzar a todos los que intervinieron en la ejecución del delito, y que sean sancionados.

3º) Es obligatoria. Según Colín Sánchez, "...la acción penal es obligatoria siempre y cuando haya razones para suponer que una persona es responsable de un delito..." (133)

4º) Es única. porque no existe una acción específica para cada delito en particular, se utiliza como común para todos los delitos.

5º) Es irrevocable. lo es en virtud de que una vez provocada la secuela - procedimental, no es dable revocarla, porque con ello se impediría que se dicte sentencia; al respecto Sergio García Ramírez comenta, "La irrevoca-

*Guillermo Colín Sánchez, Sergio García Ramírez, Juan José González Bustamante, Manuel Rivera Silva, Alberto Silva Silva, Etc.

(133) Op. cit. p. 229

bilidad de la acción penal no es conocida en México. Aquella significa - que el actor, entre nosotros el M.P. , carece de facultad para desistirse del ejercicio de la acción penal". (134), entre nosotros efectivamente se puede desistir de la acción penal, el Ministerio Público.

6º) Es intrascendente. "Esto significa que está limitada a la persona del responsable del delito y que no debe de alcanzar a sus parientes o allegados. Se dirige hacia la persona física a quien se imputa el delito". (135) Efectivamente, en materia penal las consecuencias de los hechos jurídicos no son traslativos a los parientes, como sucede en materia civil, que los parientes responden por el deudor en caso de muerte.

7º) Es legal. Lo es porque debe de ajustarse a lo dispuesto en los Arts. 14, 16 y 21 constitucional y lo dispuesto en las leyes reglamentarias y - orgánicas, para realizar el ejercicio de la acción penal.

(134) Op. cit. p. 186

(135) González Bustamante, Juan José, op. cit. p. 41

10.-) C O N S I D E R A C I O N E S .

- 1º) La averiguación previa marca el inicio del procedimiento, en donde se deben de recabar elementos probatorios para confirmar si existe o no delito, y se pueda establecer la probable responsabilidad de alguna persona para que en su caso se proceda al ejercicio de la acción penal.

- 2º) La denuncia como elemento indispensable para iniciar el procedimiento penal, en el derecho romano aparece en la época de los Emperadores, donde tuvo la característica de realizarse en forma secreta, si tuación que en nuestro derecho positivo no es admisible al prohibirse en el artículo 16 constitucional, ésto, se interpreta atendiendo a lo que quiso decir el legislador, al elaborar este precepto.

- 3º) En la vida cotidiana las personas se abstienen de denunciar o querrelarse principalmente porque tienen que dedicar demasiado tiempo, -- tanto al presentarse en las agencias del Ministerio Público para dar la noticia criminística, como en el futuro al comparecer ante el órgano jurisdiccional a los careos esencialmente, donde también le ten drá que dedicar demasiado tiempo, aparte de que se deben de corregir estas anomalías ante las autoridades, se debe también regular mecanismos para sanear la apatía de los ciudadanos por no comparecer a de nunciar los hechos ilícitos de que tenga conocimiento o que hayan su frido y que de comparecer, sería un beneficio social.

- 4º) Durante la investigación de los delitos, necesariamente se requiere de las pruebas, las que pueden existir antes del hecho delictivo, -- pueden aparecer concomitantemente con el delito y las que se constituyen durante la investigación, estas pruebas deben encaminarse a la integración del cuerpo del delito y a establecer la probable responsabilidad de alguna persona determinada, pero es necesario que algunas de esas pruebas se aseguren, de acuerdo a su naturaleza.
- 5º) Los indicios juegan un papel importante en la averiguación previa, - en razón de que nos dan señales y muchas veces la prueba misma, por lo que es necesario reglamentarlos adecuadamente en las leyes procedimentales penales, y no solamente mencionarlos, lo que requiere de interpretación que nos puede llevar a la confusión, de saber cuando se reglamenta indicio y cuando se regula presunción, porque estos -- medios probatorios no son lo mismo, entonces es necesario delimitarlos y reglamentar cada uno adecuadamente.
- 6º) Las diligencias para realizar la investigación de los delitos que se regulan tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales como - en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, requiere una revisión cuidadosa para modificarse desde el nombre, y en seguida el contenido, además incluir todos los adelantos que la ciencia nos brinda en la actualidad para poder realizar adecuadamente -- una investigación de los delitos.
- 7º) Para la integración del cuerpo del delito, el Ministerio Público --

durante la averiguación previa debe reunir los elementos que se señalan en la norma jurídica respecto al hecho delictivo realizado, que pueden ser elementos materiales, subjetivos o normativos, en su caso el o los que se requieran de acuerdo a lo prescrito en la norma vulnerada.

- 8º) En las determinaciones que realiza el Ministerio Público como resultado de la averiguación previa, cualquiera que sea (consignación, reserva o archivo), no se está prejuzgando ni realizando funciones jurisdiccionales, está cumpliendo con lo que le ordena el Art. 21 constitucional, en cuanto que lo facultaron a la persecución de los delitos; por lo tanto, si al integrar el cuerpo del delito y establecer al probable responsable consigna, en caso negativo no debe consignar, lo que se traduce en una determinación de archivo; en atención a estas determinaciones se debería adicionar nuestra legislación procesal penal, tanto la del fuero federal como la del fuero común, para reglamentar correctamente y no por medio de acuerdos y circulares que es con lo que se rigen en la actualidad.

III.- LA PRUEBA EN EL PROCESO.

A partir de que el Ministerio Público ejercita la acción penal, se obliga al juzgador a continuar la secuela procedimental, para cumplir con lo que ordena el Art. 21 Constitucional en el sentido de que la imposición de las penas es facultad exclusiva de la autoridad judicial, en este momento procesal, precisamente, se presenta el cambio de una autoridad a otra, en donde el Ministerio Público deja de ser autoridad y se convierte en parte procesal.

En el desenvolvimiento de la secuela procedimental, consideramos que es de suma importancia la prueba, puesto que con ella se justifican las aseveraciones vertidas por las partes, lo que se traduce en la necesidad de probar, a lo que al respecto dice Valentín Silva Melero, "Principio que viene a ser la consecuencia de aquel otro de que el Juez debe resolver 'conforme a lo alegado y probado', es decir, que la prueba es indispensable, lo cual no significa que todos los hechos o datos de hecho deban ser probados..., existen dispensas de prueba, aunque es muy posible que -- cuando no exista discrepancia, se haya pensado que lo innecesario de la -- prueba surge como consecuencia de no ser precisa la demostración. Supuesto, claro está, excepcional, y que no parece lo bastante relevante para dejar de reclamar como principio del derecho probatorio, el de la necesidad de la prueba y que en el proceso penal alcanza la nota de absoluto y general". (136) Es preciso señalar que toda prueba que se aporte en el proceso penal debe estar relacionada con el hecho ilícito que se pretende probar.

Al continuar y realizarse todos los momentos procedimentales - por las partes y el juzgador, se llegará a su culminación con una decisión final, llamada sentencia, en la que se estima si el hecho es verdadero o - no con base en las pruebas que existen en el proceso, porque se trata - -- "...de decidir si cierto hecho, llamado delito, está probado o no y, en -- consecuencia, si el individuo acusado debe ser sometido a la obligación de sufrir la pena correspondiente a ese hecho.

"Para todos esos problemas, el juez tiene el deber de obtener todas las pruebas de una y de otra parte, de la mejor manera posible, de compararlas y de decidir después su fuerza probatoria.

"Así pues, el arte del proceso no es esencialmente otra cosa - que el arte de administrar pruebas". (137)

Sobre este punto, es conveniente agregar como corrolario de lo dicho que, tan son indispensables las pruebas tanto para absolver como para condenar, puesto "...que el objeto primordial del procedimiento penal - es la comprobación del delito en su individualidad subjetiva y objetiva: - todo juicio debe expresarse bien en una condena o absolución, es precisamente la certeza que se haya adquirido acerca del delito lo que hace justa y legítima la condena, así como la duda o la inexistencia de certeza sobre el delito es lo que hace obligatoria la absolución" (138) En el mismo sen tido se nos dice, "El proceso penal solo se inicia con base en la creencia de que es posible llegar a la comprobación de la culpabilidad a fin de que -----

(137) Bentham, Jeremías, Op. cit. p. 10

(138) Framarino dei Malatesta, Op. cit. pp. 96-97

se haga justicia. La verdad que tiende a comprobar el juicio penal es, -- pues, el delito y la crítica criminal trata precisamente de encontrar las reglas lógicas para que, en lo posible, la certeza acerca del delito no -- tenga bases falsas, sino que corresponda a la verdad objetiva; y todos los grandes problemas de crítica criminal no tienen por objeto sino las prue-- bas y la comprobación de la culpabilidad del reo", (139) de todo lo ante-- rior, concluimos que las pruebas que existen en el proceso, son definiti-- vas para que el juzgador resuelva, con base al valor que la ley le concede a la prueba o con base a la libre apreciación de la prueba, que él realice para obtener certeza, ya sea para condenar o para absolver.

Durante todo el procedimiento penal, se requiere de pruebas y, al decir de Marco Antonio Díaz de León "...desde la averiguación previa se realizan actos de prueba bajo la dirección del Ministerio Público, sólo -- que esto se hace de manera parcial, es decir, sólo se evacúan pruebas que tiendan a demostrar el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad del inculpado, más no se admiten aquellas que pudieran exculpar o beneficiar a éste. Por otra parte, si bien en la primera etapa de la instrucción esta permitido el desahogo de pruebas, ello también es relativo por cuestiones de tiempo, ya que dentro del término de las setenta y dos horas, que como máximo puede durar ésta, es prácticamente imposible despachar todas las -- pruebas que se promuevan. Consecuentemente es hasta la segunda fase de la instrucción donde encuentra su normal realidad el procedimiento probato--- rio". (140) Este autor nos manifiesta que hay tres momentos probatorios, pero que en la instrucción, a la que llama segunda fase, es donde se desa-

(139) Ibidem, pp. 177-178

(140) Op. cit. p. 57

rolla normalmente el procedimiento probatorio, lo que es acertado en tanto que se presentarán todas las fases del procedimiento probatorio, esas - fases son a saber: el de ofrecimiento, la de admisión, la de preparación, el de desahogo y la de valoración de pruebas.

Efectivamente se contemplan varios momentos de la prueba durante el procedimiento penal, inclusive en el derecho extranjero se pueden -- apreciar que las decisiones que imponen el estudio de las pruebas son:

El auto de detención provisional, el que se decreta con base - en una prueba incompleta, imperfecta, precaria, consistente en: declaración de testigo hábil y un indicio grave de que determinada persona es autora o partícipe de la infracción. El auto de proceder, en el que se resuelve sobre la imputabilidad, sin que sea necesaria la prueba plena para dictarse y la sentencia condenatoria, que es de ineludible pronunciamiento cuando estén demostrados, plenamente, el cuerpo del delito y la culpabilidad. (141)

Hemos manifestado que en la averiguación previa solamente el - Ministerio Público recaba las pruebas y excepcionalmente pueden ser aportadas por el indiciado o el ofendido, sin embargo, durante el proceso no - existe acaparamiento, porque en su desarrollo los órganos de la relación procesal, que son a saber: el órgano de acusación, el órgano de la defensa y el órgano de decisión, quienes a la vez estarán autorizados para aportar pruebas con el objeto de conocer la verdad de los hechos ilícitos materia del debate.

(141) Cfr. Irigorri Díez, Benjamín. Op. cit. pp. 15-16

3.1) Problemática sobre el inicio del proceso.

Antiguamente entre los romanos el proceso acusatorio se iniciaba con el ejercicio de la acción, que comprendía la acusación del ofendido ante el juzgador; criterio en el que se marcaba el inicio del proceso, desde que se tenía conocimiento de la causa, lo que no se ha desterrado, si observamos lo que se nos dice de la forma de como se puede iniciar el proceso "La noticia del delito (notitia criminis) puede llegar al juez de distintas maneras (generalmente indirectas, sin perjuicio de que también pueda llegar de modo directo), a las que corresponden las distintas formas de iniciación del sumario". (142)

El mismo autor considera que las formas de iniciar el proceso son: por denuncia, por querrela, por prevención y de oficio; por lo que se refiere a la denuncia considera que obliga al juzgador a investigar el hecho que se le puso en conocimiento al decir "Los jueces que recibieren una denuncia con todos los requisitos exigidos... estarán obligados a iniciar las diligencias necesarias para la averiguación del hecho y de los delincuentes..." (143) pensamos que esta corriente no debería tener aplicación porque el juzgador monopoliza la acusación y la decisión del proceso, sobre el particular tenemos el siguiente enunciado "La ley subordina el dictado de las decisiones judiciales que determinan el inicio, avance o conclusión del proceso a la concurrencia de determinados estados intelectuales del juez en relación a la verdad que se pretende descubrir.

(142) Oderico, Mario A. Op. cit. p. 432.

(143) Ibidem, pp. 434-435

"a) En el inicio del proceso no se requiere más que la afirmación por parte de los órganos públicos autorizados... de la posible existencia de un hecho delictivo, para que el juez de la instrucción deba dar comienzo a su actividad, no interesa en este momento que exista en el magistrado ningún tipo de convencimiento sobre la verdad del objeto que se presenta para su investigación!" (144) aquí es menester el impulso del fiscal para que el juez inicie el proceso.

En el procedimiento penal mexicano, el problema estriba en establecer cuando se inicia el proceso, toda vez que, como ha quedado asentado, por disposición del Art. 20 Constitucional, el órgano acusador lo constituye el Ministerio Público, por lo tanto, se encuentra totalmente delimitado a quien le corresponde la averiguación previa.

La doctrina mexicana no es unánime en señalar en que momento se inicia el proceso penal, hay quienes indican que se inicia el proceso desde el auto de radicación y otros sostienen que su inicio lo marca el auto de formal prisión

Entre los primeros tenemos los siguientes razonamientos: "A - nuestro modo de ver, es visible consecuencia del auto de radicación, como ya lo hemos anotado, el inicio mismo del proceso, no de una fase preparatoria de éste... desde el auto de radicación existe relación jurídica procesal. Un punto de vista contrario nos llevaría a negar el carácter estrictamente procesal de actos que, a todas luces, lo tienen, como son la decla

(144) Cafferata Nores, José I. La prueba en el proceso penal, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 8

ración preparatoria, el nombramiento y las actividades iniciales del defensor, el libramiento de la orden de aprehensión, la libertad bajo caución o bajo protesta, etc. No es posible reducir estos actos a la condición de simplemente procedimentales, negándoles jerarquía de actos dentro del proceso". (145) Y se nos dice que "La instrucción se inicia cuando ejercitada la acción penal el juez ordena la 'radicación del asunto', principiando así el proceso, y consecuentemente, la trilogía de actos que lo caracterizan: acusatorios, de defensa y decisorios". (146) Luego se nos agrega que "El auto de radicación es la primera resolución que dicta el órgano jurisdiccional, con ésta se manifiesta en forma efectiva la relación procesal, pues es indudable que, tanto el Ministerio Público como el procesado, quedan sujetos, a partir de ese momento, a la jurisdicción de un tribunal determinado", (147) todas las ideas mencionadas están encaminadas a considerar que el proceso se inicia a partir de la primera actividad que realiza el juzgador al recibir la causa criminal, puesto que con el auto de radicación* se comienza a actuar con la participación de los sujetos principales de la relación procesal.

Los que se inclinan por que el proceso se inicia a partir del auto de formal prisión exteriorizan lo que a continuación establecemos.

Al sostenerse que el proceso se inicia con el auto de radica--
ción, se pretende apoyarlo, en el Art. 19 Constitucional, en su segundo --

(145) García Ramírez, Sergio. Op. cit. p. 413

(146) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 264

(147) Ibidem, p. 265

*Nota: Silva Silva, Jorge Op. cit. p. 295, dice: "La radicación implica -- que el juez se avoque al conocimiento del negocio, e implica el -- análisis de los presupuestos procesales o sea, exigir la válida -- constitución del proceso."

párrafo que dice "Todo proceso se seguirá* forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión..." al considerarse que - si se señala que seguirá el proceso es porque se ha iniciado éste; en relación a esta aseveración Alberto González Blanco manifiesta, "...debe - considerarse al respecto que el término seguir (del latín requiere) significa ir después, y el de iniciar (de initiare de initium) al de comienzo, comenzar a promover algo, por lo que de acuerdo a esos significados, no hay razón para sostener que el proceso penal no comience a partir del auto de formal prisión...el alcance de la expresión 'se seguirá' no debe interpretarse en el sentido de seguir lo ya iniciado, sino por el contrario, que el proceso debe tramitarse por el delito o delitos que en el -- mismo se señale..." (148); por su parte Juan José González Bustamante nos dice, "...El proceso, desde el punto de vista de la jurisprudencia, se - inicia a partir del auto de formal prisión; es decir, con posterioridad al ejercicio de la acción penal. Esta interpretación se funda en el - - artículo 19 de la Constitución de la República, dispone que todo proceso debe seguirse forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión; de suerte que las diligencias practicadas desde el auto de radicación hasta el auto de formal prisión, forman parte del procedimiento, pero no del proceso". (149) Estos criterios son fundados para marcar el inicio del proceso, descartando que se inicie a partir del auto de radicación.

(148) Op. cit. p. 138

(149) Op. cit. p. 141

*Subrayado nuestro

El criterio de Manuel Rivera Silva es el siguiente "...El órgano jurisdiccional a quién le han sido consignados los hechos, busca si en el caso de su atención, puede haber elementos que justifiquen el proceso, es decir, si puede comprobarse la existencia de un delito y si hay datos que hagan posible la responsabilidad de un sujeto. Sin estos elementos, - el órgano jurisdiccional no tiene por qué continuar ocupándose del asunto, ya que no hay base para el proceso..." (150) de acuerdo a lo que dice este autor, es requisito que la autoridad judicial, antes de abrir el proceso, debe de establecer en un auto de formal prisión el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

Existe en el derecho positivo mexicano, la consideración de que el término constitucional de las setenta y dos horas es una prolongación - de la averiguación previa, así lo contemplan algunos códigos de procedimientos penales que son el de las entidades federativas de Yucatán y Puebla; - al respecto Guillermo Borja Osorno nos dice, "...El Código de Procedimientos Penales del Estado de Yucatán, correctamente, considera que no debía - llamarse instrucción al período comprendido entre el auto de inicio y el auto de formal prisión y le dió el nombre de averiguación previa fase "B" y nuestro Código, siguiendo al de Yucatán, adopto los mismos términos; es averiguación previa hasta el auto de formal prisión..." (151) agrega el autor en cita que el proceso se inicia con el auto de formal prisión, con base en el Art. 19 constitucional, al decir, "...En consecuencia, un proceso se construye sobre la base del auto de formal prisión; van a ser mate--

(150)Op. cit. p. 21

(151) Op. cit. p. 181

ria del proceso los hechos delictuosos relatados en el auto de formal prisión; no puede haber un proceso, si no hay una resolución en la que se señalen el delito o los delitos por los cuales se va a seguir". (152)

La diversidad de criterios que hemos establecido, nos llevan a decir que en ninguno de ellos se prescinde del término constitucional de las setenta y dos horas, para considerar que, al principio o al fenecer éste se inicie el proceso; nosotros consideramos que el proceso se inicia a partir del auto de formal prisión ya sea con restricción a la libertad del sujeto que se ha considerado como presunto responsable o sin restricción a su libertad; en razón de que durante el término constitucional de las setenta y dos horas, se realizan actividades preparatorias, a las que llamamos paraprocesales, puesto que van encaminadas, para que en su caso sean consideradas en el proceso que se requiera, como consecuencia de que existe la comisión de un hecho delictuoso y datos de la presunta responsabilidad.

3.2) Las pruebas en el término constitucional de las 72 horas.

Durante el término constitucional de las setenta y dos horas, se presentan tres momentos procedimentales, que son el auto de radicación, la diligencia de la declaración preparatoria y el auto de formal prisión o de libertad, con el que fenece este término.

Con el auto de radicación se tiene por iniciado el término cons-

(152) Ibidem, p. 218

titucional cuando la consignación se realizó con detenido, sin embargo, no se establecen por los Códigos procesales penales, del fuero federal o del Distrito Federal, requisito alguno, ni forma o efectos que produzca, por lo que se han fijado requisitos con base en la práctica.

El procesalista Manuel Rivera Silva, de acuerdo a la práctica -- considera que los elementos del auto de radicación son: "Nombre del juez que lo pronuncia, el lugar, el año, el mes, el día y hora en que se dicta y mandatos relativos a lo siguiente: I Radicación del asunto. II Intervención del Ministerio Público. III Orden para que se proceda a tomar al detenido su preparatoria en audiencia pública. IV Que practiquen las diligencias necesarias para establecer si está o no comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, y V Que en general, se facilite al detenido su defensa, de acuerdo con las fracciones IV y V de artículo 20 constitucional". (153) Estos elementos fueron aportados por Franco Sodi, como lo manifiesta el autor que se consulta; por su parte, el maestro -- Guillermo Colín Sánchez señala como requisito del auto de radicación "...la fecha y hora en que se recibió la consignación; la orden para que se registre en el libro de gobierno y se den los avisos correspondientes tanto al Superior como al Ministerio Público adscrito, para que este último intervenga, de acuerdo con sus atribuciones; y la orden para practicar las diligencias señaladas en la Constitución General de la República y el Código de Procedimientos Penales, si hay detenido; cuando no lo hay, deberá ordenar que hagan constar sólo los datos primeramente citados..." (154) es de hacerse notar que en este momento procedimental, no se fija término --

(153) Op. cit. p. 149

(154) Op. cit. p. 265

para ofrecer pruebas ni se facultan a las partes para poder ofrecerlas, pero si atendemos lo que nos dice el Art. 20 constitucional, en su F. V, se le otorga al procesado la garantía de que se le reciban las pruebas que -- ofrezca; por lo que respecta a los requisitos de fecha y hora y quien dicte el auto de radicación si encontramos fundamento legal para que se establezcan, puesto que, si se trata de una resolución debe de contener la fecha, de acuerdo a lo que regula el Art. 72 del CPPDF, en cuanto que toda resolución judicial expresará la fecha en que se dicte; con relación a la hora que se debe de asentar en el auto de radicación, el Art. 58 del CPPDF, señala que los términos para declaración preparatoria y para el auto de -- formal prisión, correrán de momento a momento, desde que el procesado se -- halla a disposición del juez, lo cual hace indispensable establecer la hora en que se tiene a disposición al sujeto; y por lo que se refiere al nombre del juzgador, debe contener el auto no sólo el nombre sino que también la firma de él y de su secretario con quien actúa, según el Art. 74 del -- CPPDF.

El efecto primordial del auto de radicación, lo constituye el que el juez reciba la declaración preparatoria de la persona que tiene a su -- disposición dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, y se practiquen todas las diligencias que sean necesarias para la comprobación del cuerpo -- del delito y para establecer la presunta responsabilidad.

Es menester establecer el concepto de la declaración preparatoria y sus requisitos por lo que decimos:

La Declaración Preparatoria es el momento procedimental en el que el inculcado manifiesta algo respecto a los hechos ilícitos punibles que se investigan y comienza a preparar su defensa ante el órgano jurisdiccional. Este concepto se entiende como el acto a través del cual comparece el procesado ante el órgano jurisdiccional, con el objeto de hacerle conocer el hecho punible por el que el Ministerio Público ejercitó la acción penal en su contra, para que pueda llevar a cabo su defensa, y el Juez resuelva la situación jurídica, dentro del término constitucional de setenta y dos horas. Lo importante de la declaración preparatoria es establecer sus requisitos, tanto constitucionales como procesales: el Art. 20 constitucional señala al juzgador lo siguiente: el tomar la declaración preparatoria dentro del término de las 48 horas a la consignación del individuo; tomar la declaración preparatoria en audiencia pública; dar a conocer el hecho ilícito punible que se le atribuye; dar a conocer el nombre del denunciante o querellante; de oírlo en defensa respecto al cargo que se le imputa; concederle el derecho de defenderse por sí mismo o por tercera persona; o nombrarle al defensor de oficio. En lo referente a los requisitos procesales el Art. 290 del CPPDF y 154 del CFPP, regulan los siguientes: -- tomarle sus datos generales al inculcado; preguntarle si habla y entiende el idioma español, en caso de no hablarlo se le nombrará traductor; hacerle saber el derecho a su libertad provisional bajo caución en los casos en que proceda; se le dará a conocer el nombre de los testigos que declararon en su contra; preguntarle al inculcado si es su voluntad declarar; de recibirle todas las pruebas que ofrezca y auxiliarlo para el desahogo de las testimoniales; satisfechos estos requisitos, en caso de haber declarado, podrá ser interrogado por el Ministerio Público, su defensor y por el juzgador.

Debemos fijar nuestra atención a lo que señalan los Arts. 290 del CPPDF y 150 del CFPP, en el sentido de que, "se le recibiran todos - los testigos y las pruebas que ofrezca", de acuerdo a lo que hemos establecido, decimos que el momento propicio para ofrecer pruebas lo es al -- rendir declaración el inculcado, lo que se debe de realizar sin límite de ningún medio probatorio, la única condición es que se acaten las reglas - del procedimiento probatorio que se contienen en la legislación procesal penal; sin embargo, debemos de apuntar que las pruebas recabadas en la -- averiguación previa persisten como actuaciones judiciales y la misma de-- claración del inculcado en su caso, es un medio de prueba.

3.3) Intervención de las partes durante el término de las 72 ho ras.

El auto de radicación también produce el efecto de vincular a - las partes ante el mismo juzgador que dictó la resolución; ésto, requiere que se especifique quiénes son las partes que intervienen en el término - de las setenta y dos horas, lo que es necesario saber desde su inicio, es Manuel Rivera Silva quién nos dice, "...a partir del auto de radicación,- el Ministerio Público tiene que actuar ante el tribunal que ha radicado - el asunto, no siéndole posible promover diligencias ante otro tribunal -- (respecto a ese mismo asunto). Por otra parte, el inculcado y el defen-- sor se encuentran sujetos a un juez determinado, ante el cual deben reali-- zar todas las gestiones que estimen pertinentes". (155) Consideramos con base a este criterio, que si desde este momento estan ligados los sujetos

mencionados ante el juzgador, éstos pueden actuar válidamente ante él.

El tema de los sujetos que se vinculan al juzgador desde el auto de radicación, es tratado por Juan José González Bustamante como sigue: -- "...El titular de la acción penal la deduce ante los tribunales, y al haberlo pierdo su carácter de autoridad que tuvo en el período de averiguación previa y se convierte en parte; está sujeto, como lo está el inculpa-do y el defensor, a las determinaciones que el Juez dicte; no ejerce actos de imperio; se limita a pedir al juez que decreta la práctica de aquellas diligencias que son necesarias para el desempeño de sus funciones..." (156) nos interesa de manera particular cómo el Ministerio Público sufre una --- metamorfosis de autoridad a parte procesal, con lo que pierde todo poder, para que así se esté en igualdad de circunstancias con el órgano de la de-fensa al actuar ante el juzgador; en el mismo sentido esta el siguiente ra-zonamiento: "Cuando el Ministerio Público interviene en la investigación - de los delitos, actúa como autoridad; ante el órgano jurisdiccional, cuando ya ha ejercitado la acción penal, se convierte en parte..." (157)

Lo dicho con anterioridad, nos obliga a establecer la naturaleza del defensor, para determinar si éste puede actuar por sí mismo ante el -- juzgador, al respecto se han elaborado muchas teorías, así se ha considera-do al defensor, como representante, como asesor, como antagonista del Mi-nisterio Público, como auxiliar de la administración de justicia, como par-te procesal, etc., por lo tanto, transcribimos algunos criterios para te-ner una visión sobre el tema.

(156) Op. cit. p. 124

(157) Pérez Palma, Rafael. Op. cit. p. 272

Genéricamente se ha considerado que el defensor se contrapone al Ministerio Público, de ello deriva que muchos autores afirman que el defensor es antagonista en la secuela procedimental, cosa errónea puesto que él no está en pleito con las partes procesales.

Para Colín Sánchez, el defensor tiene su personalidad definida, al afirmar: "a nuestro juicio, la personalidad del defensor en el derecho mexicano es clara y definida; si bien es cierto que está ligada al indiciado como tal, al acusado, etc., en cuanto a los actos que deberá desarrollar, también lo es que no actúa con el simple carácter de un representante de éste; su presencia en el proceso y los actos que en el mismo desarrollo obedecen, en todo, al principio de legalidad que gobierna al proceso penal mexicano y a su carácter acusatorio en el que destacan, en forma principal, la acusación, la defensa y la decisión." (158)

El Maestro García Ramírez, citando a Franco Sodi, nos informa -- respecto al defensor lo siguiente: "...tiene propia personalidad, no es un simple representante ni un simple consejero del procesado, sino que obra por cuenta propia y siempre en interés de su defensor...", y apoyándose en González Bustamante, señala: "...posee el defensor una posición sui generis; su voluntad ha de prevalecer en beneficio del inculcado, inclusive sobre la de éste mismo. No es mandatario, ni asesor jurídico, ni órgano imparcial de los tribunales, ni auxiliar de la administración de justicia..."-- (159)

(158) Op. cit. p. 182

(159) Op. cit. p. 268

En lo relativo a considerar que el defensor es parte procesal,-- existen criterios opuestos; algunos concluyen que si lo es; otros, no conciben este criterio. Así encontramos que:

Francesco Carnelutti expone: "El Ministerio Público es una parte (refiriéndose al proceso penal), el defensor, no. Es bien cierto que - también el defensor tiene el oficio de reforzar o integrar la acción de la parte, pero no por esto le corresponde una posición análoga a la parte, ni siquiera como parte accesoria..." (160)

José Hernández Acero al referirse al defensor como parte procesal, afirma: "nosotros si admitimos tal carácter, descartando desde luego, rotundamente, la idea de considerarlo como un representante del procesado ya que su posición en el proceso no es la de un mero mandatario, pues puede llegar a tener atribuciones autónomas e independientes de la voluntad del procesado a grado tal que la voluntad del procesado puede ser totalmente irrelevante para los fines procesales", (161) hemos de concluir que el carácter de parte procesal es del sujeto que tiene capacidad procesal, esa capacidad es la que se tiene para promover, en razón directa a una impulsación procesal o en razón directa de una defensa, por lo tanto, la calidad de parte del defensor esta en que puede actuar procesalmente con independencia a su defenso, además que de no realizar las actividades que le corresponden, podrá incurrir en un hecho ilícito punible, de acuerdo a lo regulado en el Código Penal, Arts. 231 y 232.

(160) Derecho y Proceso, EJEA, Buenos Aires 1971, pp. 119-120

(161) Cfr. Concepto de Parte. Revista Criminalialia, año XXX, N°8, Academia de Ciencias Penales, México 1964, p. 471.

Al haber establecido que el defensor es parte procesal, concluimos que las partes procesales en materia penal son: El Ministerio Público, el procesado y el defensor; el ofendido no es parte procesal, si bien la ley le faculta a presentar pruebas, está condicionado a que sus promociones deben de pasar para su aprobación antes con el Ministerio Público, para que éste las haga suyas o no, por lo tanto, los únicos que pueden ofrecer pruebas en el término de las setenta y dos horas lo son el Ministerio Público, el inculpado y el defensor.

3.3.1) Ofrecimiento de Pruebas.

Siendo que el período de las setenta y dos horas es breve, no es posible realizar todo el procedimiento probatorio que se requiere para conocer la verdad, pero es necesario asentar que el Ministerio Público tiene determinados privilegios para promover diligencias ante el juzgador desde antes del auto de radicación, o después de dictado.

Desde que el Ministerio Público ejercita la acción penal con fundamento en el Art. 4º del CPPDF, puede solicitar al juzgador que practique diligencias necesarias para satisfacer los requisitos del Art. 16 Constitucional, para que éste ordene la aprehensión del autor del delito, lo que se traduce en que en lugar del Ministerio Público, el juez sea quien integre la averiguación previa; a ello se le hace la siguiente crítica: "...De acuerdo con el artículo 21 constitucional, la función del juez y en general de la autoridad judicial, es la de imponer penas establecidas por la ley a sus infractores. Si se ignora quien o quienes sean los responsables

del delito ¿a quién se va a imponer la pena? Consecuentemente, que el Ministerio Público lo averigüe, pues esa es su misión, y una vez que lo haya logrado, que consigne o pida la imposición de la pena correspondiente, pero no antes, porque ello equivaldría a que la autoridad judicial colaborara con el Ministerio Público en la averiguación de los delitos..." (162) y Manuel Rivera Silva nos dice, "... el órgano que dicta el Derecho, no debe intervenir en una función que propiamente no tiene tal esencia". (163) -- Independientemente de las críticas asentadas al Ministerio Público se le - faculta por la ley para solicitar al juez que practique las diligencias ne cesarias para integrar la averiguación previa, como una colaboración excep cional, más no para considerar que realiza funciones de averiguación pre- via, puesto que, es requisito que se haya ejercitado la acción penal pre- viamente, por lo tanto, el juez no ejecuta la averiguación previa sólo co- labora, sin embargo, el Ministerio Público debe solicitar que pruebas se - deben practicar por el órgano jurisdiccional; también puede ofrecer prue- bas después de dictado el auto de radicación el Ministerio Público, especí- ficamente, en la declaración preparatoria.

El inculpado y el defensor, de acuerdo al Art. 290 del CPPDF, -- pueden ofrecer todas las pruebas que consideren pertinentes durante la de- claración preparatoria; ésto demuestra un inconveniente muy grave, puesto que, sólo se autoriza a ofrecer pruebas a partir de la declaración prepara- toria, comenzando y mermando al término de las setenta y dos horas, lo que resulta un tiempo demasiado breve, que trae como consecuencia que las prue- bas no sean desahogadas; por lo tanto, se vulnera la garantía de defensa -

(162) Pérez Palma, Rafael. Op. cit. p. 34

(163) Op. cit. p. 134

que tiene el inculpado, consagrada en el Art. 20 Constitucional F. V al -- hacerse ineficaz en la práctica; ésto también lo contempló el legislador - en las reformas del 8 de Enero de 1991, en el mismo Art. 290 que mencionamos, al decir exclusivamente, "...ayudándole para obtener la comparecencia de las personas que solicite, siempre y cuando esten domiciliadas en el lugar del juicio...", lo cual resulta una limitación a la asunción de las -- pruebas.

3.3.2) Dinámica de las Pruebas.

Consideramos que tanto el Ministerio Público, como la defensa, - pueden ofrecer todos los medios probatorios que se regulan en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ya sean las legales o las que se dejen a criterio de las partes; observamos lo que al respecto expone Colín Sánchez, "Una vez rendida la declaración preparatoria, lo proce-- dente será el desahogo de todas las pruebas aportadas por las partes, sin olvidar que, la limitación del término dentro del cual deberá resolverse - la situación jurídica del procesado, imposibilita la práctica de todas las diligencias que fuera de desearse; esto no significa, como se ha creído -- frecuentemente, que el juez sólo deba de recibir las conducentes a la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, pues tal -- postura sería parcial. Lo prudente es dejar a juicio del juez el desahogo de las que sean propuestas por ambas partes, siempre y cuando la naturaleza de las mismas lo permita, tomando como base el término perentorio prevalente en este caso". (164) De acuerdo a todo lo anterior y con fundamento

hagan incurrir en error. El juez, en todo caso, tiene la potestad de ordenar que los interrogatorios se formulen por su conducto, cuando las necesidades lo requieran, o de desechar aquellas preguntas que en su -- concepto sean improcedentes..." (165) por lo que concierne al juzgador considera que "...El interrogatorio puede hacerlo el juez, si lo estima conveniente, procurando que sus preguntas se dirijan a verificar la realidad de las pruebas existentes o que tiendan a establecer los pormenores que el inculpado hubiese omitido al rendir su declaración..." (166) hacemos incapié en que actualmente en atención a lo que regula el Art.- 295 del CPPDF, el juzgador debe interrogar al inculpado sobre su participación de los hechos que le imputan.

El interrogatorio es de suma importancia en las causas penales - que se ha dicho "Aquí debemos considerar al acusado como órgano de prueba y sus declaraciones como medio de prueba. En esta forma se nos presenta - en verdad como una fecunda e indispensable fuente de prueba y de convicción. La manifestación más significativa y sintética de tal posición del acusado y el modo como este demuestra su propia eficacia probatoria por es te aspecto, es el interrogatorio, que en su contenido multiple, al paso que asume la función de fundamental instrumento de defensa, se convierte también en medio de prueba". (167) El interrogatorio para que sea verdaderamente un medio de prueba, debe desterrarse la añeja idea de realizarlo como una inquisición del delito, tanto por parte del Ministerio Público como de parte del juzgador.

(165) Op. cit. p. 155

(166) Ibidem p. 154

(167) Florian, Eugenio. Op. cit. p. 15

c) Los careos, es el otro medio de prueba que se debe obtener inmediatamente que se realice la declaración o no del inculcado, por disposición -- constitucional, (Art. 20, F IV) y que se regula específicamente en el -- Art. 295 del CPPDF. Los careos serán entre el inculcado y los testigos que hayan declarado en su contra, los cuales no puede prescindir de practicarlos el juzgador; pero el legislador condicionó su realización, -- puesto que se requiere que los testigos estén en el lugar del juicio, -- esta vaguedad debemos interpretarla como domiciliados en el Distrito -- Federal, debiéndose citar previamente a los testigos para los careos correspondientes; al realizarse dichos careos, también se facultan: al -- procesado, al defensor y al Ministerio Público para interrogar a los -- testigos, lo que consideramos correcto, puesto que del resultado de ese interrogatorio a los testigos se obtiene otro medio de prueba.

Existen otros medios probatorios antes del término constitucional de las setenta y dos horas, que se encuentran de lo actuado en averiguación previa, como las documentales, las que se pueden objetar durante el preproceso, la declaración del indiciado, que se puede desconocer presentándose la figura jurídica de la retractación, etc., que a la vez constituyen otros elementos probatorios.

3.4) Estimación de las pruebas en el auto de término constitucional.

El auto de radicación también produce el efecto de que se resuelve la situación jurídica de la persona a quien se le imputa la comisión de

un delito, mediante la resolución que se dicte dentro de las setenta y dos horas siguientes a su consignación ante el órgano jurisdiccional.

El juzgador para dictar el auto que resuelve la situación jurídica de un sujeto, requiere de un estudio minucioso de todos los elementos probatorios, que abarque los recabados en la averiguación previa y los obtenidos durante el término de las setenta y dos horas, ya sea para proseguir con el proceso, ya sea para dejar en libertad al inculcado; de manera tal que en el juzgador existan elementos de juicio suficientes para decretar cualquiera de ellas.

El Art. 19 Constitucional, establece que ninguna detención podrá exceder de tres días (técnicamente setenta y dos horas) sin que se justifique con auto de formal prisión, donde se establezcan los datos de la averiguación previa, que sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito, si ésto lo interpretamos por insuficiencia de datos, se debe dictar auto de -soltura, por consiguiente, el artículo que analizamos exige la valoración de las pruebas para resolver dentro del término constitucional de las setenta y dos horas.

El no resolver dentro del término de las setenta y dos horas, a la vez trae consecuencias jurídicas que se establecen en el Art. 107 Constitucional, F. XVIII, donde se faculta a los alcaides y carceleros a llamar la atención al juzgador en caso de que si al vencimiento de las setenta y dos horas no reciben copia autorizada de la resolución que se dictó, concediéndole al juzgador otras tres horas para que se les haga saber: --

cual es la situación jurídica del detenido, puesto que al vencimiento, de no tenerse información, se le dejaría en libertad al sujeto; se nos ilustra respecto a esta detención de las setenta y dos horas con este criterio, "...cumplidas las cuales, si no se llenan determinados méritos y nuevas -- formas precisas, el detenido debe ser puesto en libertad por el propio -- juez y aun subsidiariamente por los alcaides y carceleros bajo estrecha -- responsabilidad.. Eso no impide sin embargo que se le mande posteriormente reaprehender si las nuevas investigaciones y pruebas en su contra así -- lo requieren..." (168)

Consideramos que la resolución que se dicta en el término de las setenta y dos horas tienen el carácter de una sentencia interlocutoria, -- aunque debemos de advertir que los Códigos de la materia, tanto el Federal como el del Distrito Federal, no regulan las sentencias interlocutorias, les damos ese carácter en razón de que se resuelve si se prosigue -- con el proceso o se da por concluido el procedimiento penal, además estas resoluciones tienen como peculiaridad que son provisionales, por lo tanto, son transitorias y se pueden revocar.

En conclusión, atendiendo a los medios probatorios que existen -- en autos, el juzgador al valorarlos en este momento procedimental dictará el auto de formal prisión con restricción a la libertad del sujeto o sin -- restricción a la libertad o en su caso, el auto de soltura que corresponda, en donde los puntos principales a decidir serán principalmente, la comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad.

3.4.1) Auto de Formal Prisión.

Al auto de formal prisión se le conoce también con los nombres de: auto de prisión preventiva, auto de procesamiento, auto de inquisición, auto de prisión preventiva, auto de proceder, etc., nosotros utilizaremos la denominación de auto de formal prisión en sus modalidades de: con restricción a la libertad o sin restricción a la libertad, éste conocido más ampliamente como auto de sujeción a proceso y al anterior como auto de formal prisión exclusivamente, respecto a esta denominación, el licenciado -- Juan José González Bustamante, lo justifica al decir, "...Le llamamos 'auto de formal prisión', no precisamente porque se refiere a los requisitos o condiciones de forma que debe contener, sino porque los datos han sido suficientes a juicio del juez, para cambiar la situación jurídica del procesado... Formal debemos entenderlo en un sentido expreso y determinado...", (169) es en este momento procedimental en el que se justifica el por qué está en prisión preventiva el sujeto, cuando no obtuvo su libertad provisional bajo caución, situación que se resolvera hasta en la sentencia definitiva.

Los antecedentes del auto de formal prisión los encontramos en las leyes españolas; la Constitución de Cádiz de 1812, reguló que si se resuelve que el arrestado, se ponga en cárcel o permanezca en ella, y se proveerá 'auto motivado'; en México, en el Art. 43 de la Quinta Ley Constitucional, expedida durante el Centralismo, se dispuso que para proceder a la prisión de una persona es necesario que el hecho ilícito sea sancionado --

con pena corporal; la Ley de Jurados de fecha 15 de Junio de 1869, estableció que al dictarse el auto de formal prisión, se expresase si el proceso debía verse ante el jurado o, lo que es lo mismo, si las diligencias se -- elevaban a formal proceso*; y en relación al Art. 19 Constitucional, señala Juventino V. Castro, "En la Constitución de 1857, las garantías y requisitos del auto de formal prisión estaban contenidos en el artículo 19. En términos generales disponía lo mismo que el artículo 19 de la Constitución vigente, pero no anunciaba el contenido que debería tener el auto de formal prisión, ni la mención de que el proceso se debería seguir forzosamente por el delito o delitos señalados en dicho auto". (170) En estas referencias se observa la evolución que tuvo el auto de formal prisión para su regulación actual.

El auto de formal prisión es concebido por Colín Sánchez, como - "...la resolución pronunciada por el juez para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el término de las setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo de un delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la responsabilidad; siempre y cuando, no esté probada a favor del procesado una causa de justificación, o que extinga la acción penal, para así determinar el delito o los delitos por los que ha de seguirse el proceso". (171) Es acertado considerar que el auto de formal prisión sirve primordialmente para darle un destinatario a la instrucción, para con ello, representar una garantía al inculpado, quién a la vez se transforma en procesado para ser oído respecto al hecho ilícito.

*Nota: De esta manera nos presenta los antecedentes Juan José González Busamante, en su Op. cit. p. 182

(170) Lecciones de Garantías y Amparo, Porrúa, México 1981, pp. 240-241.

(171) Op. cit. p. 288

Todo auto de formal prisión debe satisfacer determinados requisitos a los que denominamos: requisitos medulares o constitucionales y requisitos formales procedimentales, mismos que se describen a continuación:

1ª) Requisitos medulares o constitucionales, a los que también se les conoce como requisitos de fondo, lo son: A) la comprobación del cuerpo del delito, y B) la presunta responsabilidad.

a) La comprobación del cuerpo del delito, (en relación al concepto de -- cuerpo del delito lo hemos fijado en el punto 5 del capítulo II, de -- este trabajo) de la lectura del Art. 19 Constitucional, se desprende que para la comprobación del cuerpo del delito se requiere reunir todos los elementos del delito que se investiga, por lo tanto, se debe justificar con los medios probatorios idóneos, elementos que contenga el tipo penal realizado, que pueden ser: los objetivos, los subjetivos o los normativos; el Maestro Manuel Rivera Silva considera que, "...- comprobar el cuerpo del delito es demostrar la existencia de los elementos de un proceder histórico que encaja en el delito legal..." - - (172) o sea, que es requisito constatar los elementos descritos en la norma penal.

El juzgador para tener por comprobado el cuerpo del delito analizará todas las pruebas que se hayan aportado o que él se haya allegado, en donde el juzgador mediante una ecuación lógica se formará un juicio, - como se lo autorizan a los jueces los Arts. 124 del CPPDF y 180 del -

CFPP, en el sentido de justificar los elementos del tipo penal realizado; con relación a estos preceptos el Maestro Sergio Rosas Romero, nos comenta "Esta disposición nos hace comprender la problemática que encierra la prueba. La significación de la prueba es el conocimiento que es capaz, no sólo de tener, sino de transmitir; desde este punto de vista podemos hablar de la prueba en dos niveles: a) la que posee el conocimiento de la conducta realizada y por lo mismo da una imagen de los elementos típicos, y; - - b) la que encierra solo circunstancias que rodean la conducta realizada, - requiriendo de técnica jurídica que lleve a la conducta por inferencias.

"Es oportuno hacer notar que la imagen que se obtiene de la prueba, es la verdad histórica del evento delictivo, que en la parte que nos ocupa, solo atiende a los elementos típicos, de la descripción afectada -- por la conducta fáctica, situación que hace necesaria la intervención de - un conjunto de medios probatorios que juntos o separados en una relación - corroboradora, reflejen que la conducta es realmente típica", (173) En resumen, es la relación de la conducta realizada con la conducta descrita en la norma lo que se tiene que encontrar con base en las pruebas, las que se valoran para tener por comprobado el cuerpo del delito, esto es, para dictar el auto de formal prisión si se debe demostrar el cuerpo del delito.

b) La presunta responsabilidad (en el número 6 del capítulo II de este estudio, establecemos la diferencia entre los términos probable y presunta, en donde quedo delimitado que aquella se debe emplear en la averiguación y presunta en la resolución que se dicta dentro del término de

(173) Consideraciones Jurídicas en torno al Corpus Delicti, ENEP-ARAGON-UNAM, México, 1986, p. 11

las setenta y dos horas); sin embargo, algunos autores utilizan el calificativo de probable, como lo hace Manuel Rivera Silva, al decir, "...- la probable responsabilidad existe cuando se presenten determinadas pruebas, por las cuales se pueda suponer la responsabilidad de un sujeto", - (174) aunque el autor justifica el porqué se debe de utilizar la palabra probable, también reconoce que en la práctica predomina el vocablo presunta; pero además el Art. 302 del CPPDF, utiliza la frase presunta responsabilidad.

Por su parte, Colín Sánchez, admite que se usa la presunta responsabilidad tanto en la práctica como en la doctrina y nos dice que, "...existe presunta responsabilidad cuando hay elementos suficientes para suponer - que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación y ejecución de un acto típico, por lo cual debe ser sometido al proceso correspondiente", y luego agrega, "En la práctica, bastan indicios para considerar demostrada la presunta responsabilidad, sin embargo, el juez no debe atenerse exclusivamente a eso, pues lo más prudente es atender a los diversos medios de prueba establecidos en cada una de las leyes adjetivas, para que previo análisis de los hechos, en relación con éstos, conduzcan a una resolución consistente y capaz de evitar procesos inútiles y molestias sin fin a las personas"; (175) de lo transcrito, consideramos indispensable la valoración de los medios probatorios para poder fin car la presunta responsabilidad del sujeto, al que se le va a juzgar, a lo que se afirma que "La presunta responsabilidad comprende no solo el - estudio analítico de las pruebas existentes, sino la vinculación de éstas

(174) Op. cit. p. 167

(175) Op. cit. p. 287

a la conducta ilícita y a la persona que la realiza..." (176)

Los requisitos medulares mencionados o esenciales, los exige como indispensables, para que se dicte el auto de formal prisión, el Art. 19 Constitucional, pero a la vez señala los siguientes requisitos.

a) El lugar de ejecución, lo que le da competencia territorial al juzgador, puesto que, de acuerdo al Art. 446 del CPPDF, "Es juez competente para juzgar de los hechos delictuosos y para aplicar la sanción procedente, el del lugar donde se hubiera cometido el delito...", aunque tratándose de resolver dentro del término constitucional, existe plenitud de jurisdicción, lo que significa que el juzgador debe resolver no obstante de ser incompetente, y después se excuse de seguir conociendo del proceso en su caso.

b) El tiempo de ejecución, este requisito tiene como finalidad que el juzgador estudie, si ha operado la prescripción del hecho ilícito, por el que ejercitó acción penal el Ministerio Público, dicha prescripción la debe declarar de oficio el juzgador.

c) Las circunstancias de ejecución, este requisito se debe de establecer para determinar si el delito por el que se le va a procesar al sujeto tiene agravantes o atenuantes, lo que le permitirá realizar una defensa adecuada a la modalidad que se establezca en el auto de formal prisión; existen criterios opuestos a esto, argumentando que si el juez especifica el delito y su modalidad, está prejuzgando, con lo cual no estamos de acuerdo,

en razón de que los Arts. 19 y 20 de la Constitución se complementan y lo regulan, el primero como garantía y el segundo como requisito para conceder la libertad provisional bajo caución.

2º) Requisitos formales procedimentales que debe contener el auto de formal prisión, éstos se regulan en el Art. 297 del CPPDF y son los siguientes:

- I) Establecer la fecha y hora en que se dicta el auto de formal prisión, para justificar que se cumplió con la obligación del tiempo - que concede el Art. 19 Constitucional para resolver la situación jurídica del inculcado.
- II) La expresión del delito imputado por el Ministerio Público al indiciado, debemos de hacer notar que el Ministerio Público no consigna delitos sino hechos considerados ilícitos, el juzgador puede reclasificarlos, sin que se violen garantías, puesto que, en este momento no sólo se valoran las pruebas que recabo el Ministerio Público, sino también las asumidas durante el término constitucional.
- III) Determinar el delito o delitos por los que deberá seguirse el proceso, lo cual da materia al proceso; podemos decir, que aquí aparece la verdadera contradicción procesal que se ventilará durante la tramitación procesal.
- IV) Establecer la clase de proceso a seguir con base a la penalidad, ya

sea ordinario o sumario, debiendo fijar en el mismo auto, el término legal para ofrecer pruebas, de acuerdo a los Arts. 307 y 314 ambos del CPPDF.

- V) El nombre y firma del Juez y del de su Secretario de Acuerdos que - lo autorice. El artículo en comento, repite los requisitos que se señalan en el Art. 19 constitucional que hemos analizado. (Comprobación del cuerpo del delito, presunta responsabilidad, tiempo, lugar y circunstancias). También señalamos otros requisitos procedimentales contenidos en los Arts. 298 y 299 del CPPDF, que son:
- a) Notificar el auto de formal prisión a las partes (Ministerio Público, procesado y defensor)
 - b) Enviar copia autorizada del auto al Director del Reclusorio Preventivo.
 - c) Ordenar que el procesado sea identificado por el sistema administrativo adoptado.
 - d) En la práctica es requisito solicitar los anteriores ingresos del procesado en el Reclusorio Preventivo, que sirve de base para, - en su caso, señalar la sanción dentro del mínimo y máximo que se fija en la ley penal.

Independientemente de todos los requisitos que hemos señalado y comentado, no debemos pasar por alto lo que se establece en el Art. 18 Constitucional que resulta ser requisito indispensable de observarse al dictarse el auto de formal prisión, en el sentido de que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva; lo relativo a pena corporal lo debemos entender como pena privativa de libertad, en razón de que el Art. 22 de nuestra Carta Magna, prohíbe las penas corporales, en consecuencia, si el delito que se investiga y por el cual se va a dictar resolución de termino constitucional, para que proceda el auto de formal prisión con restricción a la libertad debe ser sancionado con pena privativa de libertad.

La finalidad del auto de formal prisión es definir la situación jurídica del inculcado y fijar el delito o delitos por el que debe seguirse el proceso, mismo que se abre formalmente a partir de este momento, quedando el individuo privado de su libertad (si no obtuvo el beneficio de la libertad caucional) hasta que se dicte sentencia en la que se le condene o absuelva.

3.4.2) Auto de Formal Prisión con sujeción a proceso.

Esta resolución presenta polémica desde el nombre, algunos le denominan exclusivamente auto de sujeción a proceso, Sergio García Ramírez lo justifica de la siguiente manera: "...carece de sentido hablar de auto de formal prisión, pues justamente la prisión queda descartada como conse

cuencia de semejante auto. Dado que aquí, entonces, es improcedente la restricción de libertad, es mejor hablar de sujeción a proceso..." (177)- también se le denomina tautológicamente por Don Niceto Alcalá-Zamora y -- Castillo, auto de formal prisión... sin prisión, el cual se dicta solo pa ra los efectos de señalar el delito o los delitos por los que se siga el proceso (178); el maestro Colín Sánchez lo considera auto de formal pri-- sión con sujeción a proceso, que se dicta en los casos en que los delitos son sancionados con pena no corporal o alternativa, previa la comproba-- ción del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad, resolviéndo-- se la situación jurídica del procesado y fijándose la base del proceso -- que debe seguirse. (179) Nosotros aceptamos esta denominación, pero es necesario advertir que lo correcto sería decir auto de formal prisión sin restricción a la libertad, en razón de contener todos los requisitos del auto de formal prisión y lo único que distingue el uno del otro es lo re-- lativo a la privación o no de la libertad, lo cual se justifica con lo es tablecido en el Art. 301 del CPPDF, que indicaba, "Cuando por tener el de-- lito únicamente señalada sanción no corporal o pena alternativa, que in-- cluya una pena no corporal no puede restringir la libertad*, el juez dic-- tará auto de formal prisión, para el solo efecto de señalar el delito o - delitos por los que se siga el proceso". Esto fué correcto antes de re-- formarse este artículo el 4 de Enero de 1984.

Para justificar la denominación de auto de formal prisión con sujeción a proceso, debemos observar lo que establece el Art. 162 del -

(177) Op. cit. p. 434

(178) Cfr. Derecho Procesal Mexicano T II, Porrúa, México 1977, p. 566

(179) Cfr. Op. cit. p. 291

* Subrayado nuestro

CFPP, (Cuando el delito cuya existencia se haya comprobado no merezca pena corporal o esté sancionado con pena alternativa, se dictará auto con todos los requisitos de formal prisión sujetando a proceso* a la persona contra quien aparezcandatos suficientes para presumir su responsabilidad, para el solo efecto de señalar el delito por el cual se ha seguido el proceso".

En resumen, fué correcto denominar a esta resolución auto de formal prisión sin restricción a la libertad, cuando se dicta en el procedimiento penal del fuero común del Distrito Federal, con base en el Art.-301 del CPPDF, antes de reformarse, y es adecuado el nombre de auto de -- formal prisión con sujeción a proceso al dictarse en el procedimiento penal del fuero Federal, de acuerdo a lo indicado en el Art. 162 del CFPP, y también en el fuero común con lo que dice el Art. 299 del CPPDF, parte final.

El fundamento para dictarse el auto en estudio, se encuentra en lo establecido en el Art. 18 Constitucional, en la parte relativa a -- que, "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva...", interpretado a contrario sensu, cuando el delito contenga -- pena alternativa o pecuniaria exclusivamente, se dictará el auto de for-- mal prisión sin restricción a la libertad, en donde al procesado no obs-- tante estar en libertad, se le seguirá proceso hasta dictarse sentencia -- final para condenarlo o absolverlo.

Por consiguiente, el auto que se dicte bajo las condiciones -

*Subrayado nuestro.

señaladas, tiene los mismos efectos del auto de formal prisión, salvo lo relativo a la restricción de la libertad y por lo tanto, produce los mismos efectos que son: dar base al proceso, porque al haberse comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, se acreditan los presupuestos del proceso a realizar; fijar tema al proceso, porque en el auto se señala el delito materia de la investigación, por el que debe seguirse el proceso, para que las partes justifiquen lo que les corresponda probar ya sea para acusar o demostrar inculpabilidad; además se justifica por -- parte del juez haber cumplido que resolvió la situación jurídica del inculpado, al que se le dejó en libertad, pero sujeto a un proceso que se -- seguirá en su contra, así mismo se ordena su identificación, lo cual se -- ha considerado violatorio de garantías.

3.4.3) Auto de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley.

En relación a esta resolución de término constitucional, existe divergencia en cuanto que le llaman auto de libertad por falta de méritos*, auto de libertad por falta de elementos**, otra denominación lo es denegación del procesamiento definitivo, establecido por Jorge Silva Silva al decir, "En caso de que el tribunal no encuentre necesaria la prosecución de un proceso penal, en razón de la ausencia de un hecho con características de delictuosidad o que no exista o se desconozca a quien imputársele tal hecho, deberá dictarse una resolución denegando el procedimiento. (180) Consideramos que las dos primeras acepciones son correctas

*Así lo denominan Manuel Rivera Silva, Guillermo Borja Soriano, Julio Acero, Rafael Pérez Palma, Juan José González Bustamante.

**Así lo consideran Guillermo Colín Sánchez y Sergio García Ramírez.
(180) Op. cit. p. 326

si atendemos que la palabra mérito significa lo que se merece el individuo por su manera de comportarse, entonces, al determinarse que no cometió un delito o no participo en él, se le decreta la resolución por falta de méritos, y en cuanto a la falta de elementos para procesar, se finca su justificación por no comprobarse ya sea el cuerpo del delito o la presunta - responsabilidad, que se exigen como requisitos medulares para dictar el - auto de formal prisión, en este sentido se expresa Colín Sánchez al establecer, "...es la resolución dictada por el juez al vencerse el término - constitucional de las setenta y dos horas, en donde se ordena que el procesado sea restituido del goce de su libertad, en virtud de no estar integrado el cuerpo del delito ni la presunta responsabilidad, o que habiendo se dado el primero, no exista el segundo" (181); el art. 167 del CFPP, con toda claridad señala las condiciones para dictar esta resolución, al respecto dice, "Si dentro del término legal no se reúnen los requisitos - necesarios para dictar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, se dictará auto de libertad por falta de elementos para procesar..."- y el art. 301 del CPPDF, nos dice "El auto de libertad de un detenido se fundará en la falta de pruebas relativas a la existencia del cuerpo del - delito o a la presunta responsabilidad del acusado; contendrá los requisitos señalados en las fracciones I, II y VI del artículo 297...."

De lo establecido por el Art. 301 del CPPDF, en el reenvío que se hace al Art. 297 de la misma ley, concluimos que son los mismos requisitos formales procedimentales que se deben establecer en este auto, a -- los contenidos en un auto de formal prisión, pero es necesario determinar

(181) Op. cit. p. 292

que no se compró el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad, o que comprobado el primero no existen pruebas para la presunta responsabilidad del imputado.

La resolución objeto de este análisis, llámesele por falta de méritos o por falta de elementos para procesar, requiere del agregado - - "Con las reservas de ley" lo que significa que el procedimiento penal no se debe cerrar o concluir, en razón de que esta resolución no es definitiva; al respecto el criterio de Colín Sánchez es, "...si el Ministerio Público, posteriormente aporta nuevos datos que satisfagan las exigencias legales, se procederá nuevamente en contra del supuesto sujeto activo del delito, se ordenará su captura y nuevamente se observarán las prescripciones de los artículos 19 y 20 Constitucionales". (182) y el maestro Manuel Rivera Silva con más claridad nos indica "...La resolución en estudio lo único que determina es que hasta las setenta y dos horas no hay -- elementos para procesar; más no resuelve en definitiva, sobre la existencia de algún delito o la responsabilidad de un sujeto. Por lo tanto, la misma resolución no impide que datos posteriores permitan proceder nuevamente en contra del inculcado..." (183), a lo que nos dicen estos autores se respalda con lo que nos indican los Art. 167 del CFPP y 302 del CPPDF, en su parte final de cada uno, en el sentido de que con datos posteriores de prueba se proceda nuevamente en contra de la persona que fue puesta en libertad.

La aportación de nuevos elementos probatorios corresponde al

(182) Ibidem..

(183) Op. cit. pp. 171-172

Ministerio Público, ya sea para la comprobación del cuerpo del delito o - ya sea para la comprobación de la presunta responsabilidad, solicitando - al juzgador que practique las diligencias que considere, en razón de ser quien ejercito la acción penal, primordialmente, sin embargo, en la práctica los jueces realizan diligencias para allegarse datos probatorios de oficio.

Es necesario hacer notar que, en nuestras leyes procesales pe nales, no se establece ningún término al Ministerio Público, para que aporte nuevos elementos probatorios para la comprobación del cuerpo del delito o de la presunta responsabilidad, y que como consecuencia se proseguirá el proceso en contra del liberado, por lo tanto, para que exista una resolución definitiva será necesario esperar que transcurra el tiempo necesario para que opera la prescripción del delito, y sea declarada por el juzgador.

En nuestro Derecho Positivo, encontramos en el Art. 520 del - Código de Justicia Militar, que se establece término para que se practiquen diligencias para comprobar el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad, cuando fue dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley, al respecto indica "El auto de libertad por falta de méritos, no impedirá que posteriormente, con nuevos datos, - se proceda en contra del indiciado. Las diligencias practicadas, quedará-- rán en calidad de averiguación a cargo del juez, quien deberá practicar - todas las que pidan el Ministerio Público y el indiciado dentro del térmi no que no excederá de ciento veinte días; transcurrido el cual si no hubieu

re nuevos datos que funden la detención y formal prisión, en su caso, declarará a petición de cualquiera de las partes si hay o no delito que perseguir". Consideramos esta medida acertada, puesto que de esta manera al transcurso del término fijado para aportar nuevos elementos, se declarará una resolución definitiva, que reditúa en la tranquilidad del liberado; - hacemos la observación de que la declaración definitiva debería ser de -- oficio, puesto que en el procedimiento penal debe regir este principio de oficiosidad sobre el principio de impulso procesal, como se regula en el Art. 112 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, que la prescripción se aplicará de oficio tan luego como se tenga conocimiento de -- ella.

3.4.4) Auto de absoluta libertad.

La resolución de absoluta libertad dentro del término de las setenta y dos horas, si se comprueba el cuerpo del delito y la presunta - responsabilidad, pero en razón de la tutela jurídica que tiene a su favor el autor del delito se le exime de responsabilidad, es de advertir que la resolución a la que aludimos se debe dictar de oficio por el juzgador de acuerdo a lo que señala el Art. 17, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal. "Las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal - se harán valer de oficio" y las excluyentes de responsabilidad se regulan en el Art. 15 de la misma Ley.

Manuel Rivera Silva, demuestra indecisión en aceptar la pro--

cedencia de esta resolución, puesto que inicialmente, manifiesta que se debe dictar si existe una excluyente de responsabilidad, y luego afirma que en el término de las setenta y dos horas, sólo debe resolverse respecto a la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, por lo que, se debe decretar la libertad por falta de méritos; sin embargo si invoca la excluyente el Ministerio Público, es dable que se dicte dentro del término de las setenta y dos horas y finaliza diciendo que si es posible, dictar dentro del término de las setenta y dos horas, la libertad absoluta, aunque no es propia del período de preparación del proceso; (184) tenemos otro criterio que considera que es dable dictar la libertad absoluta en este término constitucional, al sostener que los aspectos negativos del delito como las causas de justificación, las causas de inculpabilidad, las excusas absolutorias, etc.; si se agotan las pruebas para resolver en estos casos, lo procedente es dictar la libertad absoluta, puesto que si quedo demostrado el aspecto negativo del delito resultaría absurdo decretar la libertad con las reservas de ley. (185)

El punto de vista de Juan José González Bustamante respecto a la libertad de inculpadado en este término es el siguiente "...puede ser -- puesto en libertad absoluta al vencimiento del término constitucional, si ha quedado demostrada plenamente la concurrencia de alguna causa eximente o extintiva de responsabilidad..." (186).

Con lo anotado, concluimos que se debe dictar el auto de absoluta libertad, aunque no se tenga disposición legal que exprese que se --

(184) Cfr. Op. cit. pp. 172-173

(185) Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 292

(186) Op. cit. p. 190

declare en el término de las setenta y dos horas, pues bastaría con apoyarlo en el Art. 17 del Código Penal, en relación al Art. 15 del mismo código, para que tenga su fundamentación, y apoyándolo con los medios probatorios que demuestre la excluyente de responsabilidad.

.El efecto primordial que produce esta resolución es que no podrán practicarse con posterioridad otras diligencias para la averiguación de los hechos, puesto que la comprobación del cuerpo del delito si existe en este caso, al igual que la presunta responsabilidad, pero en razón de haber operado una excluyente de responsabilidad, se ha liberado al autor del delito; pues, realizar lo contrario sería violatorio de la garantía - consagrada en el Art. 23 Constitucional, que señala que nadie debe ser -- juzgado dos veces por el mismo hecho.

Finalmente decimos que en este período del preproceso, se valoran las pruebas para dictar cualesquiera de las resoluciones que hemos mencionado para resolver la situación jurídica del inculcado, en donde -- para la comprobación del cuerpo del delito se requiere prueba plena, por lo que el juzgador debe realizar una valorización lógica de los medios de prueba y por lo que respecta a la presunta responsabilidad se le permite al juzgador la apreciación méramente presuncional; para que con todo ello pueda dictar el auto que corresponda atendiendo a los presupuestos en cada caso de los que señalamos.

En el procedimiento penal federal, se puede duplicar el plazo de las setenta y dos horas para revisar la situación jurídica del inculpa

do, a solicitud de éste o de su defensor, en forma escrita al rendirse la declaración preparatoria, con el objeto de recabar elementos probatorios, de acuerdo a la adición al Art. 161 del CFPP. Publicada en el Diario Oficial el doce de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

.3.5) La Instrucción.

Al hablar de la instrucción, lleva aparejada a la apertura -- del proceso, pues resulta que éste es el género y la instrucción es la especie, por contenerse como una parte dentro del proceso, pero se inicia simultáneamente, esta afirmación nos conlleva a tener que establecer ¿cuán to tiempo debe durar la instrucción? la respuesta la tenemos que deducir de la F. VIII del Art. 20 Constitucional, que ordena "Será juzgado antes de cuatro meses si se trata de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediere de ese -- tiempo"; de lo regulado por este precepto concluimos que si el proceso -- tiene los plazos de 4 meses y menos de un año, atendiendo a la máxima penalidad del delito materia del proceso, el término* para realizar la instrucción debe ser menor por ser parte del proceso, en virtud de que el -- proceso contiene otras partes con sus respectivos tiempos para realizarse; lo señalado, nos obliga a una segunda pregunta ¿qué consecuencias produce el que no se agote la instrucción inclusive en los términos máximos para terminar el proceso? la respuesta nos la brinda Julio Acero al decir, --- "...como se trata de una garantía para el reo, no cabe duda que su violación hace procedente el amparo, pero no para el efecto de producir la --

*Nota: El Art. 147 del CFPP señala 10 meses para los delitos con pena mayor de dos años y cuatro meses para los delitos cuya penalidad sea hasta dos años, para terminar la instrucción.

libertad del reo porque ésto sería autorizar la impunidad por la sola desidia de un juez en perjuicio colectivo y aun en casos en que el crimen estuviera ya comprobado... El resultado no será por lo tanto la excarcelación, pero sí el de obligar al juez a dar por concluida la instrucción y fallar la causa con los elementos reunidos, cualesquiera que sean éstos, sin practicar ninguna diligencia más..." (187)

Ahora nos corresponde delimitar el inicio y la culminación de la instrucción para algunos autores se inicia con el auto de radicación (Sergio García Ramírez, Guillermo Colin Sánchez) y otros autores consideran que se inicia con el auto de formal prisión (Manuel Rivera Silva, Jorge Silva Silva, Rafael Pérez Palma, etc.), sin embargo, todos concluyen en que fenece con el auto que declara cerrada la instrucción, como se establece en el Art. 315 del CPPDF, que una vez "Transcurridos o renunciados los plazos a que se refiere el artículo anterior, o si no se hubiera promovido prueba, el juez declarará cerrada la instrucción..." ésta resolución la debe dictar el juzgador de oficio; en lo concerniente al proceso federal, independientemente de la subdivisión que se pueda contener en la instrucción a voluntad de las partes, en el último párrafo del Art. -- 150 del CFPP, se indica que "Se declarará cerrada la instrucción cuando, habiéndose resuelto que tal procedimiento quedo agotado, conforme a lo -- previsto en el párrafo anterior, hubiesen transcurrido los plazos que se citan en este artículo o las partes hubieran renunciado a ellos"; en ambos casos el juzgador tiene la facultad de decidir cuando debe declarar cerrada la instrucción; el momento en el que se dicta es "Después de desahogadas las pruebas, o de transcurrido el período de ofrecimiento sin que -----
(187) Op. cit. p. 153.

las partes hayan ofrecido las pruebas o expresamente hayan renunciado a -- ese período, se dicta el auto que declara cerrada la instrucción, el cual es llamado vulgarmente 'auto de conclusiones'. La resolución citada surte el efecto de tener cerrado el segundo período de la instrucción y, en consecuencia, dar por terminada la instrucción" (188)

Concluimos que, si tomamos en consideración que la instruc--- ción se inicia con el auto de radicación, estamos en la primera parte de -- ella, a la que técnicamente denominamos preinstrucción, donde se define la situación jurídica del inculpado, al vencimiento del término de las setenta y dos horas y la segunda y última parte a la que calificamos como ins-- trucción formal, que comienza desde el auto de formal prisión o de suje--- ción a proceso y culmina hasta que el juzgador declara cerrada la instruc--- ción.

3.5.1) Concepto de Instrucción.

La palabra instrucción, viene del latín *instructio-onis*, que significa la acción de instruir, informar o comunicar, por lo tanto, en -- el proceso, es la actividad procesal encaminada a recabar información adecuada por medio de la prueba; para Colín Sánchez es, "...la etapa procedi--- mental en donde se llevarán a cabo los actos procesales, encaminados a la comprobación de los elementos del delito y al conocimiento de la responsa--- bilidad o inocencia del supuesto sujeto activo; el órgano jurisdiccional, a través de la prueba conocerá la verdad histórica y la personalidad del-

procesado, para estar en aptitud de resolver, en su oportunidad, la situación jurídica planteada", (189) en este concepto se nos señala la presencia de la prueba para decidir respecto al objeto del proceso con una sentencia.

Juan José González Bustamante desde el punto de vista técnico jurídico, concibe a la instrucción, "...como la fase preparatoria o juicio que tiene por objeto la reunión de las pruebas y el uso de procedimientos y formalidades para poner un negocio en estado de ser juzgado..." (190) -- también observamos la necesidad de obtener medios probatorios en este momento procesal para estar el juzgador en posibilidad de dictar sentencia y resolver el objeto del proceso; consideramos que la instrucción, es la actividad procesal realizada por el juez y las partes con concurrencia eventual de terceros, en donde se recaban sistemáticamente las pruebas, conforme a las reglas y prácticas legales, para informarse de los hechos objeto del proceso.

3.5.2) Finalidad de la instrucción.

Debemos entender que en la instrucción se asumen las pruebas como punto de partida, para poder hablar de este momento procesal, necesitamos saber cual es su contenido; encontramos que con la actividad del juez y de las partes lo siguiente: el ofrecimiento, la admisión, la preparación y el desahogo de las pruebas, siendo por lo tanto, partes del procedimiento probatorio (no abarca la valoración de las pruebas), que se realizan en la instrucción; la F. III del Art. 1º del CFPP, considera que la --

(189) Op. cit. p. 264

(190) Op. cit. p. 197.

instrucción "...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 peculiaridades del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste". Con lo -- que se nos establece, confirmamos que la instrucción tiene como finalidad la asunción de las pruebas, para conocer el objeto del proceso.

Desde otro ángulo, Pérez Palma considera que la instrucción, -- "...tiene por objeto, confirmar, perfeccionar, corregir, enmendar, anular, ampliar las diligencias de la averiguación previa y particularmente, pur-- gar los vicios o defectos que le son propios, como los de la unilateralidad, los de falta de defensa o del secreto de las actuaciones, la designación de defensor, la posibilidad de contradecir las actuaciones o la postura del Ministerio Público", (191) efectivamente en la instrucción aparece el principio de igualdad de las partes y es donde se puede hacer uso del -- principio de contradicción de las pruebas, tanto de las preexistentes como de las que se aporten en este momento procesal; al respecto se considera -- que la instrucción es un diálogo, pues, "tal es la importancia que el desarrollo del diálogo tiene entre las partes para el buen resultado del proceso. Por eso, consentir un desarrollo amplio del diálogo debe ser una di-- rectiva tanto para la estructura como para la maniobra de la instrucción... En este sentido, debe apreciarse las aspiraciones de las partes y de sus -- defensores a agotar el diálogo a pesar de los límites que por las exigen-- cias inherentes a la duración del proceso, se les impone por la ley o por el juez; especialmente el escrúpulo de los defensores, siempre temerosos --

de no haber dicho todo aquello que podían decir, se debe tener mucho en --
cuenta". (192).

Mencionamos frecuentemente que la instrucción tiene como finalidad la asunción de la prueba, para el proceso, por lo tanto, "Se comprende que a la prueba a inspección compleja se debe dedicar una particular actividad instructoria. Por eso, junto a la instrucción preparatoria y a la instrucción incidental debe colocarse la instrucción probatoria.

"La instrucción probatoria toma el nombre, en la práctica y --
también en el código de asunción de los medios de prueba. Puesto que tal asunción requiere tiempo y trabajo, es obvio que la asunción debe ser ordenada por el juez...", (193); en síntesis la finalidad de la instrucción --
son las actuaciones realizadas por el juez y las partes, para asumir las --
pruebas encaminadas a la averiguación de los hechos ilícitos y establecer al autor del mismo, para dejar preparado a juicio el proceso.

3.6.) Dinámica del desarrollo de las pruebas durante la ins-- trucción.

Hemos hecho mención de que el meollo de la instrucción lo es la prueba y a la vez del proceso, así nos lo dice también Marco Antonio Diaz de León, al manifestar, "...es en el proceso penal, y precisamente en la --
segunda etapa de la instrucción, donde la prueba y el procedimiento probatorio alcanzan toda su plenitud... Consecuentemente es hasta la segunda --

(192) Carnelutti, Francesco. Op. cit. pp. 212-213.

(193) Ibidem, pp. 225-226

fase de la instrucción donde encuentra su normal realidad el procedimiento probatorio". (194) De lo dicho, podemos concluir que se debe practicar la parte medular del procedimiento probatorio consistente en la asunción de la prueba, por parte del juez y de las partes.

, La participación del juez durante la instrucción es vital, en razón de que él dirige las actuaciones procesales, específicamente debe vigilar todo el desarrollo del procedimiento probatorio; al respecto Carnelutti nos dice, "...El juez no debe sólo reprimir los excesos, rectificar las desviaciones, sino sobre todo, tratar de aclarar las oscuridades. Esto es, debe de operar ya como un freno, ya como un estímulo... precisamente y a propósito de la instrucción: las peticiones de las necesarias aclaraciones y la misma indicación de las cuestiones, de las cuales el juez considera oportuno tratar, se resuelve en la interrogación; el juez quiere saber algo que las partes no han dicho..." (195) sobre el mismo tema, el Dr. Hanns Gross de Graz, desde enero de 1893, nos dijo: "El momento en que ha de adoptarse el plan no se puede prefijar de antemano, pues depende de las circunstancias, y sólo la discreción y el buen criterio del juez pueden precisarle; pero bien podemos afirmar a priori, que el funcionario judicial, si procede sistemáticamente, habra de encontrar la oportunidad que se busca, toda vez que ha de ser la resultante del plan concebido y de las diligencias practicadas.

"No es conveniente, por lo tanto, formar opinión definitiva en las primeras diligencias, porque el atestado que las autoridades guber

(194) Op. cit. p. 57

(195) Op. cit. p. 213.

nativas remiten al juez, tan solo puede servir a éste como prueba indicia-
ria de que, en un lugar cualquiera, se ha consumado un delito; pero nunca
de las circunstancias que en él han concurrido, ni de los móviles a que --
obedeció". (196) En resumen, el juez debe dirigir todo el procedimiento -
probatorio, cuidando se realice con las reglas establecidas en la ley pro-
cesal, para que de esta manera se asuman todas las pruebas necesarias para
el proceso.

En lo que corresponde a la actividad de las partes en la ins-
trucción, esencialmente tenemos que les corresponde aportar pruebas y con-
currir a su desahogo, por lo consiguiente durante la instrucción, a las --
partes se les otorga el derecho de promover pruebas con el objeto de que -
se practiquen las diligencias que consideren necesarias, para establecer -
los medios de inculpación o los medios de defensa, por lo tanto, el Minis-
terio Público aportará pruebas para los efectos de demostrar la culpabili-
dad del autor del delito y la defensa propondrá las pruebas que considere
pertinentes para demostrar la inculpabilidad del procesado; de lo que he--
mos mencionado se desprende la contradicción entre las partes, lo cual se
nos aclara con el siguiente criterio, "En el diálogo, cada una de las par-
tes expone sus razones, que consisten en la narración de los hechos y en -
su valoración jurídica. En el plano lógico, las razones se resuelven en -
juicios y silogismos; la anatomía del diálogo lo descomponen precisamente
en un conjunto de juicios y de silogismos expuestos por la una y la otra -
parte.

(196) Manual del Juez, La España Moderna, Madrid, S/F, pp. 27-28

"Tales juicios y silogismos deben de ser probados por el juez. La prueba no se limita precisamente a los juicios de hecho: cualquier juicio debe ser probado..." (197) de acuerdo a ésto las partes deben probar - sus aseveraciones en la instrucción del proceso para convencer al juzgador.

, La dinámica de las pruebas en la instrucción, es el desarrollo del procedimiento probatorio que está a cargo del juez y las partes, - que se integra con las fases de: ofrecimiento de pruebas, admisión de pruebas, preparación de pruebas y desahogo de pruebas.

3.6.1) Ofrecimiento de pruebas.

Las fases probatorias estan articuladas, o sea, que los diversos momentos que conforman el procedimiento probatorio deben ~~de~~ estar - vinculados entre sí, además que se realizan en orden irreversible, con funciones específicas de cada uno de ellos, al desarrollarse durante la instrucción.

En lo que concierne al primer momento del procedimiento probatorio, consistente en el ofrecimiento de pruebas, siendo la primera actividad de las partes en la instrucción formal, ésta se abre de oficio por el juzgador en el auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso.

El plazo para ofrecer pruebas, presenta el problema si debe ser cerrado o dejarse abierto, en nuestro sistema del fuero común del Dis-

trito Federal, de acuerdo al proceso a seguir, se fijan los plazos de diez días para ofrecer pruebas en el proceso sumario, y quince días para ofrecer las en el proceso ordinario (Dfr. Arts. 307 y 314 del CPPDF); el que la ley establezca tiempo definido a las partes para ofrecer pruebas se ha considerado contrario a lo dispuesto en la F. V del art. 20 Constitucional, - por limitar principalmente el derecho que le asiste al procesado que se consagra en este numeral, así lo considera Rafael Pérez Palma cuando dice, "...la fijación de un término para ofrecimiento de pruebas es francamente anticonstitucional, en atención a la literalidad de la fracción V del Art. 20 constitucional ...El derecho del acusado, constitucionalmente, para ofrecer pruebas, se inicia desde el momento mismo de su detención y no concluye sino con el auto que declara visto el proceso, en primera instancia. No puede por lo tanto, ser objeto de una limitación", (198) es correcta esta interpretación en cuanto a que la Constitución no establece término fijo para el ofrecimiento de pruebas, sin embargo, si atendemos con detenimiento que la F. V de este Art. 20 constitucional en comento, dice en su parte relativa, "Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario...", es de concluirse que las leyes reglamentarias deben fijar el término de ofrecimiento de pruebas.

En el sistema procesal federal, se deja abierto el plazo para el ofrecimiento de pruebas, puesto que en su Art. 147 del CFPP, se señala el término para la instrucción sin fijar término de ofrecimiento de pruebas y en el Art. 150 de este mismo Código se conceden diez días a las par-

tes para ofrecer pruebas que estimen pertinentes; esta regulación trae como consecuencia que los procesos se alarguen al no haberse limitado el plazo para ofrecer pruebas, pues dejarlo a criterio del juzgador resulta demasiado arriesgado; en razón del cúmulo de trabajo que se tiene en los juzgados, y en la mayor de las veces requiere del impulso de las partes para -- dar por terminado el primer momento de ofrecimiento de pruebas, para después abrir su segunda fase, y poder cerrar el período de ofrecimiento de pruebas.

En relación al inicio de procedimiento probatorio, se han -- equiparado las actividades de las partes como proposición de pruebas o presentación de pruebas, cuando que son actividades distintas, puesto que, -- "Se habla de presentación de la prueba cuando la parte interesada aduce el medio y el juez se limita a admitirlo, sin que deba adelantarse actividad alguna de práctica; existe en este caso una simultánea proposición de la -- prueba, cuando la parte se limita a indicar un posible medio con el fin de que el juez lo decrete y proceda a su práctica. Por consiguiente, la proposición existe siempre (cuando el juez decreta de oficio la prueba, aquella esta implícita), al paso que la presentación es una modalidad específica de aquella", (199) efectivamente en la presentación de pruebas se debe acompañar el medio probatorio, como en el caso de las documentales cuando se tiene a disposición, y que ante esta proposición el juzgador se concreta a admitirla exclusivamente.

Consideramos menester establecer qué medios probatorios se --

pueden ofrecer por las partes y si se requiere de algún requisito para su ofrecimiento; atendiendo al Art. 135 del CPPDF, se nos menciona como medios de prueba: la confesión, los documentos, los dictámenes de peritos, la inspección, las declaraciones de testigos y las presunciones. En su parte final de este numeral, se autoriza como medio de prueba cualquier elemento.- En el Art. 206 del CFPP, no se enumeran los medios probatorios, sólo se establece que son medios probatorios, "...todo aquello que se ofrezca como tal...", sin embargo, en los artículos subsecuentes se regulan los mismos medios de prueba que se listan en el Art. 135 del CPPDF, por consiguiente los admite. De acuerdo a lo asentado y con fundamento en la F. V del Art. 20 Constitucional, se pueden ofrecer todos los medios de prueba que se autorizan por los Códigos mencionados o los que consideren las partes; ahora bien, ¿estos medios de prueba al ofrecerse requieren de algún requisito?,- al respecto los Códigos aparentemente guardan silencio, pero si observamos los Art. 150 del CFPP y 314 del CPPDF, en la parte conducente a que al ofrecerse las pruebas deben de ser las "...que estimen pertinentes..." estaríamos en el supuesto de que al ofrecerse las pruebas, se debe indicar clara y precisamente lo que se pretende acreditar con cada medio probatorio, así como su relación que tengan con los hechos materia del proceso; - ésto se regulaba con cierta precisión en el Art. 206 del CFPP, pero a raíz de las reformas del 8 de enero de 1991, sólo se exige que la prueba sea -- conducente, lo que a la vez, se debe entender como relacionada con los hechos ilícitos materia del proceso.

3.6.2) Admisión de pruebas.

La segunda fase de la etapa probatoria es la admisión de pruebas, actividad que le corresponde exclusivamente al juzgador, debiéndose - declarar de oficio al fenecer el término de ofrecimiento de pruebas, normalmente, sin embargo, lo puede decretar con antelación si se presentan -- los siguientes presupuestos: que se hayan renunciado a los plazos de ofrecimiento de pruebas, o cuando las partes no hayan ofrecido prueba alguna - durante el plazo concedido, (Cfr. Art. 314 del CPPDF) y en el proceso federal se decreta también de oficio a criterio del juzgador en razón de que - en la "averiguación" (término no del todo afortunado, por prestarse a confusión con la averiguación previa, aunque debemos admitir que hasta que se dicta sentencia definitiva se termina la averiguación) no se fija plazo de terminado para ofrecer pruebas como tampoco para su admisión.

Al dictarse el auto de admisión de pruebas, el juzgador puede admitir o rechazar las pruebas que propongan las partes, al decirse que es, "...en el debate cuando se hace patente con singular fuerza esta facultad del juez de admitir o rechazar las solicitudes de prueba que presenten las partes". (200) Es posible también que el juzgador pueda reducir el número de testigos, u ordenar la repetición de diligencias, si lo considera prudente.

En relación al rechazo de las pruebas, lo debe fundamentar el juzgador para decretarlo, lo debe apoyar principalmente en la impertinencia de la prueba, como lo concibe Manuel Rivera Silva, al considerar "...la posibilidad del juez de admitir únicamente las pruebas 'pertinentes',...

(200) Florian, Eugenio. Op. cit. pp. 290-292

que tengan alguna relación con lo que se quiere saber -(principio de pertinencia)-, evitando diligencias inútiles sólo tendientes a establecer oscuridad", (201) sobre el mismo tema se nos ilustra con lo siguiente "La admisión de la prueba se resuelve en el orden de proceder a su inspección e implica un juicio en torno a su eficacia... La admisibilidad se refiere verdaderamente al medio de la prueba en orden a las reglas negativas, esto es, a aquellas reglas que niegan eficacia a un medio de prueba; en cuanto a -- ciertos medios a los cuales se les niega eficacia, es obvio que el juez no los debe de admitir..." (202) en resumen las pruebas deben de ser pertinentes para lograr convencimiento en el juzgador a futuro y si el medio probatorio propuesto no esta relacionado con la materia del juicio o alguna peculiaridad que se pretenda justificar, el juzgador debe rechazar dicha propuesta, con fundamento en los Art. 150 del CFPP y 314 del CPPDF, según el proceso sea del fuero federal o del fuero común.

El concepto de admisión de pruebas se entiende como el aceptar que los medios propuestos son adecuados para el fin del proceso, así nos lo dan a conocer cuando se dice que es "...el acto procesal por el cual el juez accede a que un medio de prueba determinado sea considerado como elemento de convicción en ese proceso y ordena agregarlo o practicarlo, según el caso". (203)

Para admitir los medios de prueba el juzgador debe observar - determinados principios generales* que son:

(201) Op. cit. pp. 292-293

(202) Carnelutti, Francesco. Op. cit. p. 226.

(203) Devis Echandía, Hernando. Op. cit. p. 282.

*Los señala Medina Lima, Ignacio. Breve Antología Procesal, UNAM, México 1973, pp. 179-185, en los que hacemos comentarios de acuerdo a este estudio.

- 1º) El juez debe admitir los medios legales de prueba cuando tienen objeto idóneo, lo cual se realiza de acuerdo a lo ordenado por la ley o a criterio del juzgador.
- 2º) Límites de la regla precedente; en consecuencia no debe admitir las que no sean legales o no tengan objeto idóneo.
- 3º) El acuerdo de las partes no obliga al juez a admitir las pruebas ilegales o que no tengan objeto idóneo, si bien se deja libertad a las partes para ofrecer cualquier medio probatorio éstas deben ser legales e idóneas, por consiguiente no se admitirán éstas, aunque exista convenio entre las partes, como tampoco se admiten las pruebas inmorales.
- 4º) El juez tiene facultad de apreciar la idoneidad y la potencia específica de las pruebas propuestas, repetimos la prueba debe ser idónea y -- eficaz de manera tal que pueda probar un hecho determinado.
- 5º) El juez, antes de decidir sobre la admisibilidad de las pruebas debe - resolver cuestiones prejudiciales, puede suceder que la parte al ofrecer pruebas, también argumente la prescripción de la acción penal o algún otro acto prejudicial, se deben resolver antes de admitir las pruebas.
- 6º) Poder del juez respecto al orden y a la acumulación de las pruebas, -- respecto al orden no se exige ni se reglamenta cual se debe de seguir, por lo tanto se deben admitir todas las pruebas idóneas, y en lo con--

cerniente a la acumulación de pruebas por repetir las partes, aun -
siendo de la misma naturaleza y para el mismo fin se deben admitir al
no prohibirse por la ley, que inclusive deja en libertad a las partes
para ofrecerlas y al juzgador para admitirlas.

7º) Admisibilidad simultánea de dos medios de prueba opuestos, no hay nin-
gún obstáculo para que las pruebas opuestas sean admitidas por el juz-
gador, pues precisamente el principio de contradicción faculta que -
existan al mismo tiempo y sobre el mismo hecho pruebas que se opongan
entre sí.

8º) Medio de prueba que prejuzga a otro, es dable que en el proceso penal
se ofrezcan pruebas para la materia del debate, y al mismo tiempo se -
intente el incidente de desvanecimiento de datos, en nuestro sistema -
se deben admitir las pruebas de ambos, y si prospera el incidente se -
dejará sin efecto el principal, por haberlo eliminado, y por lo tanto
aparece la prueba que prejuzgo.

3.6.3) Preparación de las pruebas admitidas.

En el auto de admisión de pruebas, el juzgador también debe -
meditar respecto a la preparación de las pruebas que lo requieran, atendien-
do a la naturaleza de la prueba ofrecida y tomando en consideración el tiem
po en que se han de desahogar, puesto que, "la admisión comprende tanto la
aceptación del medio que se presenta (escrituras públicas o privadas, co-
pias de sentencia e inspecciones practicadas extrajudicialmente o en otro

proceso, etc.), como la del que debe practicarse en el curso del proceso - (recepción de testimonios, exhibición de documentos, citación a posiciones, dictámenes de peritos, etc.), y por consiguiente, admitir o decretar pruebas de las que resultan conceptos idénticos; pero utilizando un lenguaje más preciso, pueden distinguirse estas dos actividades, para designar - como admisión los primeros casos y como ordenación los segundos, e incluir ambos en el concepto de decreto de pruebas. Se admiten las pruebas aducidas por las partes; se ordena la práctica de las pedidas por éstas; se decretan pruebas en ambos casos". (204) de ésto, decimos que todas las pruebas ofrecidas y no presentadas al decretarse que deben practicarse previamente, también se debe ordenar su preparación.

Consideramos que todas las pruebas requieren de preparación, - a excepción de la confesional que se puede realizar en cualquier momento - procesal hasta antes de la sentencia, sin que medie preparación para que - se perfeccione, ante el juzgador, porque a la vez tampoco es posible su -- ofrecimiento con la finalidad de que se practique bajo condiciones inquisitivas, por medio de posiciones.

Específicamente los medios probatorios que se requieren preparar antes de su desahogo, ya sea de las ofrecidas por las partes o que el juzgador considere necesarias que se desahoguen en el mismo acto, son las siguientes:

1º) En las testimoniales, se requiere que se giren los citatorios corres--

(204) Devis Echandía, Hernando. Op. cit. pp. 281-282.

pondientes si el testigo radica en la misma entidad federativa, o exhorto, cuando el testigo tiene su domicilio fuera del lugar del proceso.

- 2º) En la documental, se contemplan dos hipótesis: primera, cuando se solicita el reconocimiento del documento, es necesario citar a la persona que debe comparecer a esta diligencia; segunda, cuando se ofrece la -- prueba documental y se protesta no tenerla pero se señala el lugar donde se encuentra; el juzgador ordenará se gire oficio solicitando que -- de existir dicha probanza se remita al juzgado.
- 3º) En la prueba pericial, si se trata de peritos particulares los que deben rendir su dictamen pericial, serán previamente citados para aceptar el cargo que van a desempeñar; si los que van a dictaminar son peritos oficiales, por medio de oficio se les hará saber dicha encomienda, o la solicitud correspondiente a la dependencia pública.
- 4º) En relación a la inspección judicial o reconstrucción de hechos, se -- deben citar a las partes, a los peritos, a los testigos, al fotógrafo y al topógrafo, si se considera necesaria su concurrencia a dicho evento, para el día señalado para que se practique.
- 5º) Para los careos o la confrontación, se deberán citar con antelación a los sujetos con quienes se van a realizar dichas diligencias, en razón de que éstos no siempre están ligados en el proceso y la manera de enterarse será mediante el llamado que les haga el juzgador para presentarse en fecha y hora específica.

6º) A las partes procesales (Ministerio Público, procesado y su defensor) se les debe notificar personalmente, previamente, el día y hora que se va a realizar la audiencia de desahogo de pruebas, para que concurren.

3.6.4) Desahogo de las pruebas.

Las pruebas, ofrecidas, admitidas y preparadas, se desahogarán en la audiencia que se fije en el auto de admisión de pruebas; a este momento de la prueba se conoce como: asunción, recepción, práctica de pruebas, etc.; las que frecuentemente se usan como sinónimos son: recepción y práctica, cuando que no son lo mismo "La recepción de la prueba comprende su simple agregación cuando la presenta la parte, o su práctica cuando ésta se limita a solicitarla; es, por lo tanto, un término más general que el de práctica, que literalmente significa el procedimiento para llevar --acabo el medio probatorio... pero es usual identificar ambos términos dándole el doble sentido indicado al primero". (205) También se confunde recepción de pruebas con la asunción de pruebas, "el segundo concepto se refiere no al hecho físico o material de la recepción o práctica del medio, sino a la comunicación subjetiva del juez con ese medio u operaciones sensoriales y psicológicas de éste necesarias para conocerlo y entenderlo, es decir, para saber en qué consiste y cual es su contenido (sin que en esta fase proceda todavía a valorar su mérito o fuerza de convicción). Así --pues, entiéndese por asunción la percepción sensorial y la aprehensión mental de la prueba por el juez". (206) Y por recepción de la prueba, "los actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos aducidos o solicitados o decretados de oficio se incorporen o ejecuten en el --

(205) Ibidem, pp. 283-284

(206) Ibidem, p. 285

proceso" (207) independientemente de esta ilustración, preferimos la terminología usada por nuestra ley, de desahogo de pruebas.

El término para desahogar las pruebas en los procesos penales (en el Distrito Federal) son diferentes dependiendo de que sea ordinario o sumario; para el primero debe ser dentro de los treinta días a la admisión de pruebas; en el segundo se desahogarán dentro de los diez días siguientes al auto que admite pruebas, (Cfr. Art. 308 y 314 del CPPDF); en el régimen federal procesal penal, se contienen dos fases como lo hemos mencionado, - en la última, el plazo para el desahogo de las pruebas es de quince días, Art. 150 CFPP.

En la audiencia de desahogo de pruebas deben regir determinados principios, para Arilla Bas, son: "...a.-) El de inmediación, de acuerdo con lo cual el juez ha de recibir personalmente las pruebas, excepto -- aquellas que hayan que practicarse fuera del lugar del juicio; b.-) El de la contradicción, que demanda que las pruebas se rindan con citación de la otra parte, y cuya inobservancia origina una violación a la garantía consagrada en la fracción IX in fine, del artículo 20 constitucional, que otorga al acusado el derecho de que su defensor se halle presente en todos los actos del juicio; c.-) El de la publicidad según el cual las pruebas deben rendirse en audiencia pública; d.-) El de la legalidad, que exige que cada prueba debe rendirse en la forma prescrita por la ley; e.-) El de equilibrio entre las partes, para que éstas gocen de iguales derechos en la recepción y, f.-) El de la idoneidad, entendido en el sentido de que las pruebas que se reciban sean aptas para llevar la certeza al ánimo del juez y -

se rechacen las inútiles". (208) Sólomente agregamos que el principio de término es importante en el desahogo de las pruebas, cuando las leyes lo regulan, puesto que en la práctica los jueces no lo respetan, y lo más trascendental es que a él en nada le perjudica pero en lo referente al procesado, si repercute el no conocer lo más pronto posible la decisión final del proceso.

La dinámica para realizar la audiencia de desahogo de pruebas comprende varios aspectos:

Como principio general hay que instrumentar el acta correspondiente, en donde se debe asentar: el lugar, el día, hora, mes y año, como punto de partida, las personas que estan presentes y que van a intervenir en el evento, como: las partes (Ministerio Público, procesado y defensor), los testigos, el denunciante, peritos, etc., enseguida se declara abierta la audiencia, para practicar las diligencias ordenadas, pudiendo ser: la ampliación de declaración, del denunciante, del procesado o de los testigos, a quienes se les protesta para que se conduzcan con verdad y haciéndoles saber que de conducirse con falsedad se les puede sancionar con pena privativa de libertad, a excepción del procesado a quien se le exhorta; a estas personas se les leen sus declaraciones anteriores, para posteriormente ser interrogados por el Ministerio Público, el defensor y el juzgador; las contestaciones que den a las preguntas se asentarán textualmente; si hay testigos que deban deponer, también se les protestará y se les hará saber las sanciones correspondientes a quienes se conduzcan con falsedad, in

mediatamente proporcionará el testigo sus datos generales, para después -- preguntársele si tiene vínculo de parentesco con el procesado o el ofendido, si está ligado por amistad o tiene enemistad con el ofendido o procesado, pudiendo declarar por sí mismo respecto a los hechos que se investigan, o hasta que sea interrogado por el Ministerio Público, y después será interrogado por el defensor, las preguntas se formulan en forma oral, y las -- respuestas serán a viva voz, asentándose literalmente ambas cosas, al terminar de declarar el testigo debe proporcionar la razón de su dicho, para después leer y firmar; en caso de ser varios los testigos, se deberá proceder a la separación de testigos, previamente a la práctica de la prueba. - La prueba pericial se desahoga con la presentación del dictamen pericial y su respectiva ratificación, que consiste en manifestar que ratifica el contenido y firma del dictamen presentado. En lo referente a las documenta-- les, si existen en autos, éstas se tuvieron por desahogadas (recepción técnicamente de pruebas) desde su exhibición, y si apenas llegaron, en este momento se tendrán por desahogadas.

Con respecto a la inspección judicial, esta diligencia se practica en el lugar de los hechos donde deben concurrir quienes fueron citados el día y hora señalados con antelación, se inicia también anotando el lugar donde se constituyen, el juez, su secretario, el Ministerio Público, el procesado y su defensor, los peritos, testigos, etc., se realiza el examen del lugar por el juez; las partes pueden hacer las observaciones que - consideren pertinentes al juzgador para que se examinen igualmente, el juzgador debe describir minuciosamente todo lo que observe respecto al objeto de la investigación, con lo advertido por los peritos; a los testigos se -

les puede interrogar en ese momento, asentando sus respectivas respuestas, al darse por terminada la diligencia firmarán el acta respectiva todos -- los que intervinieron.

Consideramos que éstas son las diligencias principales que se pueden practicar durante la audiencia de desahogo de pruebas, las complementarias se estudiarán en el siguiente punto a tratar.

3.6.5) Las pruebas complementarias.

Consideramos a las pruebas complementarias como aquellos medios probatorios que tienden a perfeccionar a otro medio probatorio o surgen de otro medio probatorio, en el desarrollo del procedimiento probatorio, de acuerdo a lo que hemos asentado, se requiere hacer un bosquejo de las pruebas principales para después ir mencionando las pruebas complementarias derivadas o decisorias, que a la vez las perfeccionan o que nacen de las primeras.

Convencionalmente, sin atender a ninguna teoría, sino en base a lo que se regula en el Art. 135 del CPPDF, podemos decir que las pruebas principales son las siguientes:

1º) La confesión fué considerada como uno de los medios probatorios en materia criminal, suficiente para condenar, la cual se trataba de obtener por diferentes medios, en la actualidad los podemos calificar de inadecuados, puesto que, "...tuvo en las épocas antiguas una marcada

relevancia, al grado que para obtenerla se recurría a procedimientos reñidos con la dignidad humana...

"Durante el régimen colonial, y como consecuencia de la aplicación de las leyes españolas, se siguió empleando en nuestro país el tormento como medio para obtener la confesión del inculpado.. En la actualidad y debido a la influencia de las ideas humanitarias, aquellas prácticas han ido desapareciendo, siendo reemplazadas por métodos racionales, y como consecuencia la prueba de confesión ha ido perdiendo el prestigio mágico de que aparecía rodeada desconociéndole cada vez más su eficacia como medio de prueba plena". (209) Con relación a lo que hemos anotado decimos en la antigüedad se suponía que al confesar ya no había más que hacer, porque el sujeto lo hacía por remordimiento, por lo cual fué considerada como la regina probationum, en razón de haber sido suficiente para condenar, esta categoría va descendiendo al grado que en la actualidad, - en el ámbito legal, se le ha quitado a la confesión la calificativa de - - prueba plena, como se regula a partir de las reformas del 8 de enero de - 1991, en los Art. 249 CPPDF, en donde sólo se señalan requisitos para que haya confesión, lo mismo que en el Art. 287 del CFPP, éste último Código en su Art. 285, considera a la confesión como un indicio.

A la confesión se le concibe como "...un medio de prueba, a través del cual un indiciado, procesado o acusado, manifiesta haber tomado parte, en alguna forma, en los hechos motivos de la investigación". -- (210) Aquí se nos señala que la confesión puede aparecer en cualquier --

(209) González Blanco, Alberto. Op. cit. pp. 157-158

(210) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 334

momento del proceso, cuando el individuo acepte haber participado en los hechos que se investigan; para José Becerra Bautista en forma genérica es, "un acto de voluntad que debe tener por contenido el reconocimiento de un hecho al que el derecho atribuya el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación jurídica". (211) En nuestro sistema procesal penal, tanto local como federal, no extingue el proceso la sólo confesión; nosotros consideramos a la confesión como la admisión que hace un imputable de haber realizado hechos que resultan típicos, ante una autoridad judicial en ejercicio de sus funciones, sea en el curso del proceso o en la averiguación previa; al confesar se admite que se obró en determinada forma, lugar y tiempo, esto es, que se realizó determinada conducta; pero para el ámbito penal es requisito que el sujeto sea imputable, y que los hechos sean típicos, puesto que de no existir estos dos presupuestos la admisión resulta irrelevante; también decimos que debe realizarse la admisión ante autoridad judicial, son autoridades en el procedimiento penal - el juzgador tanto de primera instancia como de segunda instancia y el Ministerio Público en la averiguación previa, no así a la Policía Judicial para estos efectos, de acuerdo a los Arts. 59 párrafo final del CPPDF, y 287 F. IV párrafo final del CFPP, al indicar "...La Policía Judicial podrá rendir informes, pero no obtener confesiones; si lo hace, éstas carecerán de todo valor probatorio".

De la prueba confesional pueden surgir esencialmente como pruebas complementarias las siguientes:

(211) El Proceso Civil en México, Ed. Porrúa, 1970. P. 93

a) El reconocimiento, que es una modalidad de la confesión, que tiene por objeto perfeccionar a la prueba documental, al admitirse la firma o el contenido o en su caso de las dos cosas del documento, en este caso estaremos ante una prueba complementaria.

b) Su retractación, que también es una modalidad de la confesión, consistente en que primeramente se admiten los hechos ilícitos y con posterioridad se niegan en forma total o parcial; ésta requiere de otros medios probatorios que la justifiquen, para dejar sin efecto a la confesión inicial por lo tanto, los medios probatorios que se aporten serán complementarios para la retractación.

c) Los careos, son pruebas perfeccionadoras de la confesión cuando lo admitido resulta diferente a lo imputado o lo testificado, pero mediante estas diligencias se aclaran las dudas que existen entre ambas pruebas.

2º) La testimonial, esta prueba es de las más socorridas e indispensables en el proceso penal, al aparecer en el mayor número de casos durante la secuela procedimental para encontrar la verdad, ya sea para apoyar lo dicho por el autor del delito o ya sea para respaldar lo imputado por el --ofendido; inclusive, para dictarse la orden de aprehensión es requisito -primordial, al requerirse sea apoyada la denuncia o la querrela, por personas dignas de fé (testigos) como lo establece el Art. 16 Constitucional.

La prueba testimonial tiene su más remoto antecedente, lo encontramos en el proceso romano donde fué reglamentado en las legis actio-

nes y en el formulario, pero se perfecciona después de decaer el uso de las pruebas formales bárbaras, (el Juicio de Dios, el juramento del acusado, el duelo judicial). "De esta suerte, las fases posteriores de expansión de la prueba testimonial señalan poco a poco el desmoramiento, la decadencia de las pruebas primitivas y bárbaras, y a un mismo tiempo, la -- formación de pruebas racionales y más adecuadas al fin del proceso. El -- florecimiento de las pruebas testimoniales desempeña, pues, una función de verdad y humanidad y, por lo mismo, el progreso dentro de la evolución -- del sistema probatorio, pues (sic) que lleva el proceso hasta las las ver daderas fuentes de la vida individual y social". (212)

Es aceptada en la prueba testimonial, que para su perfeccionamiento se requiere de la participación del órgano de prueba llamado testi go, porque se debe subsumir en la acepción de la prueba testimonial, como lo realiza Sergio García Ramírez, al decir, "...el testimonio o la declaración del testigo es la relación de hechos conocidos sensorialmente -- por el declarante, al través de la cual se esclarecen cuestiones relacionadas con el objeto de la controversia..." (213), en atención a éste concepto, debemos definir al testigo, al respecto decimos lo siguiente:

Testigo deriva de la palabra testando, que significa: decla-- rar, referir o explicar, también tiene otra fuente esta voz al establecer se que proviene de detestibus que se entiende como dar fé o favor a otro; al testigo se concibe como la persona que presencia un hecho o adquiere -- de él un conocimiento.

(212) Florian, Eugenio. Ob. cit. t. II. p. 73

(213) Op. cit. p. 338

Cipriano Gómez Lara dice que: testigo es "Aquella persona a la que le constan ciertos hechos y se le llama para que rinda una declaración ante el funcionario u oficial, o ante el juez..." (214) por su parte, José Chioventa manifiesta: "el testigo es la persona distinta de los sujetos procesales llamadas a exponer al juez las propias observaciones de hechos acaecidos que tienen importancia en el pleito..." (215) debemos también conceptuar al testigo, como toda persona física quien, por medio de los sentidos, percibe el hecho que se investiga o parte de él para suministrarlo al declarar ante la autoridad judicial.

De la prueba testimonial, se desprenden otras pruebas que ayudan a su perfección, que son:

a) La confrontación, se realiza esta diligencia probatoria, cuando el testigo declara estar en duda o confuso respecto al autor del delito, pero manifiesta poder reconocer a la persona si se la presentan, como consecuencia de esta manifestación el juzgador solicitará al Director del Reclusorio, que sean trasladados al juzgado al procesado y a varias personas más, (en la práctica se ha considerado que con cinco personas es suficiente) - para que entre ellas, el testigo identifique a la persona que mencionó en su declaración, por consiguiente esta prueba es complementaria de la prueba testimonial.

b) Los careos, es otro medio de prueba que se genera en razón de las declaraciones de los testigos, cuando existan discrepancias entre sus manifestaciones

(214) Derecho Procesal Civil, Trillas, México 1987, p. 112

(215) Principios de Derecho Procesal Civil, T. II. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1987, p. 338

festaciones; para su desahogo de esta prueba serán puestos cara a cara a los testigos (únicamente a dos personas por cada careo) haciéndoles notar por el juzgador en que consisten las contradicciones, para que por medio de la dialéctica surja la verdad; los careos pueden ser: procesal real, - procesal supletorio, en éste se suple al testigo por el juzgador; y constitucionales, los que se deben de practicar aunque no exista contradicción pues basta que se deponga en contra del autor del delito; estas diligen--cias probatorias también son complementarias de la prueba testimonial.

c) La ampliación de declaración, esta diligencia probatoria, para su práctica es presupuesto indispensable que el testigo haya declarado con ante-lación al desahogo de pruebas, hacemos notar que las leyes procesales no regulan específicamente esta prueba, pero con base en el principio de contradicción se debe aceptar su existencia, puesto que si el Ministerio Pú-blico interrogó al testigo en la averiguación previa, ahora en el proceso le asiste este derecho a la defensa, se hace notar que con este procedimiento, a la vez, se está ante el principio de igualdad.

d) Constancia de circunstancias del testigo, esta diligencia a la que poco se le dedica atención, tiene por finalidad de que el juez de oficio o a petición de parte certifique las circunstancias que puedan influir en el - ánimo del juzgador al valorar la prueba testimonial, actividad, desde luego, que no se debe de considerar como el acto de prejuzgar, sino que se asientan las circunstancias observadas, para que no se olviden en el momento de valorar la testimonial.

3º) La pericial, la prueba pericial es indispensable en el procedimiento penal, al presentarse problemas de indole científico, técnico o artístico, que sea necesario discernir para ilustrar al juzgador, en razón de que -- los juzgadores no poseen los conocimientos universales sobre las personas, objetos y hechos, así tenemos que, "...En los delitos contra la vida y la integridad personal se requiere identificar el arma empleada, el proyectil utilizado, la dirección del disparo, la relación de causalidad entre las heridas y la muerte... En los delitos de órden económico y patrimonial se requieren estudios y dictámenes sobre materias contables, tributarias,... Los delitos de falsedad documental reclaman juicios técnicos sobre la identificación y confrontación de la escritura caligráfica,... Los especialistas en dactiloscopia ayudan a identificar a los autores y partícipes del delito..." (216), también debemos de considerar el auxilio que prestan otras ciencias a la investigación de los delitos, respecto a su autor o circunstancias de los hechos, entre ellas, "...la Criminalística con sus ramas frondosas, como lo son: la Balística forense, la Criptografía, la dactiloscopia, la documentoscopia, los explosivos e incendios, la fotografía forense, la grafoscopia, los hechos de tránsito terrestre, las técnicas forenses del laboratorio, las técnicas legales de identificación, etc., auxilia científicamente al órgano jurisdiccional con dictámenes periciales..." (217) de lo anterior decimos que la pericial es un medio auxiliar para el juzgador, independientemente de que la doctrina no lo acepta como medio probatorio, al decir que la pericial no aporta elemento -- probatorio alguno, solamente esclarece el que existe en el proceso.

(216) Irigorri Dfiez, Benjamin. Op. cit. pp. 101-102

(217) Montiel Sosa, Juventino. Criminalística, T. I. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México 1980, p. 34.

Con respecto al concepto de prueba pericial normalmente se -- elude y se habla de pericia, sin embargo, Cipriano Gómez Lara nos dice, - "La prueba pericial es el medio de confirmación por el cual se rinden dic támenes acerca de la producción de un hecho y sus circunstancias conforme a la legalidad causal que lo rige..." (218), la persona que rinde el dictamen es el perito, por lo tanto, es el órgano de la prueba pericial, - - puesto que él perfecciona el dictamen, al perito lo concebimos de acuerdo a lo siguiente:

La palabra perito proviene del latín peritus, que significa - sabio, experimentado, hábil, por lo tanto, es la persona que teniendo especiales conocimientos auxilia al juzgador sobre hechos controvertidos, re lacionados con su especialidad, saber o experiencia; también se concibe - el perito como la persona con conocimientos especializados en alguna rama del saber, arte u oficio, que ilustra al juzgador respecto al hecho que - se investiga en el proceso.

Los peritos deben de ser titulados, si la profesión en la que van a emitir dictamen es de las contempladas en la Ley Reglamentaria del artículo 5º constitucional (conocida como Ley de Profesiones), en caso de que la profesión no lo esté, pueden ser personas prácticas, o que aún estando reglamentadas no exista en el lugar personas con título respecto a esa profesión.

La prueba pericial siempre será colegiada, puesto que cada --

parte podrá nombrar a su perito respecto al hecho que se investiga, y en caso de que los dictámenes fuesen contradictorios, el juzgador nombrará a un perito tercero en discordia.

De la prueba pericial pueden surgir las siguientes pruebas:

a) Interrogatorio a los peritos, presentado el dictamen, el juzgador podrá hacer las preguntas al perito que considere oportunas para el completo esclarecimiento del dictamen, derecho que consideramos también le asiste a las partes.

b) Objeción de dictamen, éste procedimiento se puede realizar, según Benjamín Irigorri Díez "En cualquier tiempo, antes de que se dicte veredicto del jurado en los juicios que se ventilan con intervención de éste, o antes de que el asunto entre al despacho del juez para sentencia en los demás casos, cualquiera de los que tienen derecho a intervenir en el proceso puede objetar el dictamen por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción". (219) En nuestra legislación se menciona esta diligencia vagamente (Art. 177 CPPDF), pero de acuerdo al criterio de la Suprema Corte de la Nación, es indispensable al decir: "Es impropio el concepto de violación constitucional por irregularidades sustantivas o adjetivas del dictamen pericial valorado en la sentencia reclamada si dicho peritaje no fue legal y oportunamente impugnado ante el juez natural". Segunda época segunda parte, Vo. I, p. 85 del Semanario Judicial de la Federación; de lo que se ha establecido por nuestro máximo tribunal de justicia, no sólo

es un derecho el objetar el dictamen sino que es un deber cuando a las partes se les agravia.

c) Ampliación del dictamen, esta actividad probatoria se puede presentar después de haberse presentado y ratificado el dictamen, por considerarse que dicho dictamen es incompleto o porque se requiera se analicen nuevos elementos, en este sentido Cafferata Nores, nos indica: "La ampliación de la pericia consistirá en la proposición de nuevos puntos a los mismos peritos, además de los que fueron originariamente propuestos, para el caso de que el dictamen pericial fuese 'insuficiente' a los fines del descubrimiento de la verdad..." (220) en nuestra ley se desprende esta facultad del Art. 174 del CPPDF, que faculta al juez para solicitar la ampliación de la prueba pericial.

d) Junta de Peritos, esta diligencia se realizará, siempre que en los dos dictámenes presentados aparezca punto de diferencia en las opiniones de los peritos, (discordancia) se fijará por el juzgador día y hora para su práctica; para que los peritos aleguen al respecto, con la finalidad que desvanezcan esas diferencias, así se regula en el Art. 173 del CPPDF.

4º) La inspección, es otro medio de prueba, que se regula en las leyes -- procesales, que consiste en el examen y reconocimiento minucioso que realiza la autoridad judicial de personas, cosas, lugares, seguido de la descripción. Esta prueba puede presentarse como: inspección ocular, cuando es practicada en la averiguación previa por el Ministerio Público, inspec

ción judicial, la que realiza el juzgador en la instrucción del proceso; y la inspección en su modalidad de reconstrucción de hechos, que también es practicada por el juzgador, exige dos presupuestos: el primero que se haya realizado la inspección ocular, segundo que se practique hasta que se cierre la instrucción; como es de observarse, esta misma prueba tiene el carácter de complementaria de la inspección ocular, al tener que tomar como base lo establecido en el examen hecho con antelación por el Ministerio Público.

También encontramos como modalidades de la inspección, las visitas domiciliarias y los cateos, estas diligencias son ordenadas por el juzgador para que las pueda practicar el Ministerio Público en la averiguación de los delitos.

En relación a la inspección judicial, pueden surgir otras -- pruebas como:

a) El interrogatorio, ésto se realiza a los testigos que hayan declarado antes de llevarse a cabo la inspección y tiene como finalidad el corroborar lo dicho por los testigos, el interrogatorio lo realiza primordialmente el juzgador, pero las partes también deberán hacer las preguntas que consideren pertinentes por conducto del juzgador, de acuerdo al Art. 136 del CPPDF, que autoriza a los interesados a hacer las observaciones que estimen pertinentes durante la práctica de la inspección.

b) Aclaración de peritaje, a los peritos se les puede solicitar por el --

juez o las partes durante la inspección que aclaren sus respectivos dictámenes con la finalidad de que se disipe alguna duda que exista entre lo que se examina y lo establecido en el dictamen o en su caso reafirmar a lo que hubieran concluido en dichos dictámenes los peritos.

c) Dictamen Pericial, al estar asistido de peritos el juzgador para practicar la inspección, podrá solicitarle a ellos que con posterioridad o al momento emitan su dictamen pericial respecto a los lugares u objetos examinados, según se indica en el Art. 140 del CPPDF.

d) Diligencias concomitantes, se pueden realizar éstas al momento de la inspección, a criterio del juzgador o a solicitud de las partes, se hace el levantamiento de planos o la toma de fotografías de los lugares que se consideren necesarios para el esclarecimiento o ilustración de lo que se observa en esta diligencia; al topógrafo y fotógrafo se les debe de citar con anterioridad a este evento procesal.

e) Repetición de la inspección, la inspección judicial en su carácter de reconstrucción de hechos, se puede repetir indefinidamente a criterio del juzgador, hasta que se haya percatado completamente de lo que inspecciona, las nuevas inspecciones deben practicarse en el mismo momento, aunque no existe impedimento para ser realizado con posterioridad, si así lo considera el juzgador.

5º) La prueba documental, a ésta también se le conoce como prueba instrumental erróneamente, lo cual se aclara al decirse "Bajo la denominación -

de instrumentos, en su más amplio sentido, se entiende todo lo que pueda servir a la instrucción de una causa; pero en sentido más restringido se comprenden solamente las escrituras que se emplean como prueba de un negocio cualquiera civil o criminal". (221) Respecto a la prueba documental, se debe entender en su sentido amplio en el proceso, al comprender a todos los documentos, como lo establece el siguiente razonamiento "El adjetivo 'documental' califica al sustantivo 'prueba' para hacer referencia - al medio acrediticio que esta fundado en documentos. A su vez, el sustantivo masculino 'documento' es una palabra de procedencia latina 'documentum' que alude a un escrito en el que se hace constar algo". (222) De todo lo anterior, consideramos que la prueba documental es todo documento - que llega en el procedimiento penal, para acreditar la existencia de una manifestación del pensamiento reproducida y que se encuentra relacionado a los hechos ilícitos que se investigan.

Al documento lo concebimos como todo objeto material en el que por medio de la escritura, de grafismos o de figuras se hace constar o se significa algo; aquí observamos que el documento consta de dos elementos: el objeto material que es continente del documento, y el significado que es contenido del documento.

La prueba documental en su procedimiento procesal, para que exista en autos, puede generar a la vez otras pruebas para su perfeccionamiento o invalidez, como:

(221) Carmignani, Giovanni. Op. cit. p. 226

(222) García Arellano, Carlos. Derecho Procesal Civil. Porrúa, México, 1981. P. 205

a) El reconocimiento, diligencia probatoria que se practica respecto a los documentos privados, para que al momento de mostrarles los originales, a las personas que lo crearon, manifiesten si reconocen o no el contenido y firma del documento al realizarse esta actividad es permitido el interrogatorio, tanto de las partes como del juzgador, en relación a los documentos que van a reconocer.

b) La compulsu, en ocasiones se requiere constatar con los originales las copias simples o certificadas de los documentos que se exhibieron como prueba, ante esta situación el juzgador ordena se comparen entre sí dichos documentos, con la finalidad de verificar si coinciden o existen alteraciones que se hayan hecho al documento que obra en el expediente.

c) Impugnación de documentos, se emplea este procedimiento para demostrar la inexactitud o la falsedad de los documentos públicos, para realizar el cotejo en los protocolos y archivos donde se haya la matriz cuando existe, en el caso de no existir ésta, se recurrirá a la prueba grafológica para que por medio de peritos se realice el cotejo de firmas o de las letras del documento, y rindan sus respectivos dictámenes periciales al respecto.

d) Objeción de documento, este procedimiento va encaminado a establecer la autenticidad o la falsedad de los documentos privados, por lo que para descubrirlo es necesario la práctica de otras pruebas que lo justifiquen, para tal efecto se procederá al cotejo de letras o firmas, que harán los peritos con las personas a las que se les atribuya o hayan intervenido en el documento; para establecer la veracidad del documento también se admi-

te la testimonial. La prueba del cotejo de firmas o letras realizadas a criterio del juzgador se pueden repetir, lo que a la vez viene a constituir otra prueba sobre la prueba de la prueba.

e) Comparecencia, diligencia que se practica cuando el sujeto que presenta el documento se apersona ante el juzgador, para manifestar y especificar el documento que exhibe con el objeto que se agregue al expediente, o cuando se ha exhibido por escrito, se requiera su ratificación, entonces la diligencia toma el nombre de ratificación de documento.

6ª) La presunción: algunos autores consideran que la presunción y el indicio son lo mismo, lo cual no es exacto, si tomamos como base que los indicios se subsumen en la presunción, puesto que ésta es un juicio que se desprende de los indicios que es meramente subjetiva y se encuentra en la ley o en la mente del juzgador, al realizarse una operación lógica, partiendo de un hecho conocido para llegar a otro hecho desconocido, que es el resultado que se busca.

Las presunciones legales tienen el carácter de ser pruebas juris tantum, lo que significa que admiten prueba en contrario, esto, se traduce en que las presunciones legales se pueden objetar por medio de otros elementos probatorios.

Con respecto a la presunción humana, decimos que tiene a la vez su prueba en las mismas actuaciones procesales, que sirven de base al juzgador para realizar la operación lógica hasta llegar a la verdad que -

se busca, lo que hace en el momento de dictar la sentencia ya sea condenatoria o absolutoria.

3.6.6) Las pruebas supervenientes.

Desahogadas las pruebas dentro del plazo legal, (diez días en el proceso sumario o treinta días en el proceso ordinario, sistema del -- CPPDF), pueden surgir otras pruebas para su desahogo, las que se deben -- practicar en el término procesal de ocho días en el proceso sumario o de diez días en el proceso ordinario, Cfr. Art. 311 y 314 del CPPDF, estas - pruebas que surgen con posterioridad se denominan supervenientes, se en-- tienden por éstas, "...aquellas de las que no se tenía conocimiento en el momento normal del ofrecimiento, o bien, se refieren a los hechos no suce-- didos hasta entonces..." (223) debemos advertir que en el proceso penal - no es tan estricto el criterio a seguir para que se admitan otras prue--- bas aparte de las ofrecidas y desahogadas dentro del plazo que señale pa-- ra admitir nuevos elementos probatorios, así tenemos que:

1º) Se puede fijar el desahogo de pruebas para perfeccionar las que se -- aceptaron en el auto de admisión de pruebas.

2º) Se pueden admitir, ordenar su preparación y fijar fecha para su des-- ahogo de nuevos elementos probatorios que se deriven de las pruebas que se desahogaron o que se ignoraban su existencia antes del plazo de ofrecimien-- to de pruebas.

(223) Gómez Lara, Cipriano. Derecho Procesal Civil, p. 86.

3º) Para desahogar las pruebas que a su criterio ordene el juzgador, o -- para desahogar las ordenadas para su desahogo y que por causas insuperables no ha sido posible su recepción, como el caso de las documentales so licitadas o la ausencia de algún órgano de prueba.

, Para los casos señalados anteriormente, a petición de parte o a criterio del juez se puede decretar la ampliación del período de desahogo de pruebas, por considerarse necesario la recepción de nuevos elementos probatorios, o que se desahoguen las admitidas dentro de los plazos - que hemos mencionado dependiendo de la clase de proceso que se sigue.

También debemos señalar que aún cerrada la instrucción, se -- pueden desahogar pruebas, no obstante haber fenecido los términos legales, al respecto Sergio García Ramírez, señala "...así, la confesión se puede recibir hasta antes de pronunciarse sentencia definitiva (artículos 137 - del CDF y 207 CF). La reconstrucción de hechos es realizable cuando ter mina la instrucción, y aún durante la vista del proceso o la audiencia - del jurado* (Artículos 144 CDF y 214 CF). El artículo 243 CDF permite la presentación de documentos antes de que se declare visto el proceso, y -- aún después si el que los presenta otorga formal protesta de no haber tenido noticia** de ellos con anterioridad. A su turno el artículo 380 CF manifiesta, con amplia expresión, que los instrumentos públicos son admisibles mientras no se declare vista la causa..." (224), a lo que se nos -

*Nota: actualmente no se lleva a cabo el procedimiento penal ante el jurado popular, a partir de la expedición de la Ley de Responsabilidades de Servidores Públicos, aunque las leyes adjetivas penales conservan su reglamentación.

**Nota: En nuestro concepto el Art. 243 del CPPDF, es el que regula la -- prueba superveniente ante la exigencia de que sean documentos que se igno raban conocerlos antes.
(224) García Ramírez Sergio. Op. cit. p. 441.

ha dicho, agregamos que se puede presentar después de la instrucción la retractación del testigo y la del perito, las que deben estar fundadas y demostradas, pues de no ser así, se deben tomar en consideración las declaraciones o dictámenes iniciales para su valoración.

.3.7) Momento de valoración de las pruebas.

La culminación del proceso lo es la sentencia que se dicta para resolver los hechos ilícitos que se investigan y es precisamente el momento procedimental en que se hace un análisis de todas las pruebas ofrecidas y desahogadas, otorgándoles valor probatorio de acuerdo a lo establecido por la ley procesal aplicable.

Antes de estudiar la valoración de la prueba debemos hacer un breve estudio al procedimiento que se sigue después e inmediatamente de que se cierra la instrucción, esto es, cuando se inicia la preparación del juicio, puesto que cerrada la instrucción se ordena que el expediente se ponga a la vista de las partes para formular conclusiones, en forma sucesiva, primero al Ministerio Público y posteriormente a la defensa, por el término de cinco días a cada parte en el proceso ordinario y de tres días en el proceso sumario, término que se puede aumentar si el número de fojas excediera de doscientas, por cada cien fojas más o fracción, se aumentará un día más, sin que nunca sea mayor de treinta días.

El Ministerio Público al expresar conclusiones las puede ha-

cer acusatorias, inacusatorias y contrarias a las constancias procesales, la razón de por qué se permite que el Ministerio Público sea el primero - en formular conclusiones se justifica en que, si son inacusatorias se seguirá el siguiente procedimiento, se envía todo el expediente al Procurador General de Justicia, quien consultando a sus auxiliares agentes del - Ministerio Público, en el término de diez días, le diga al juez si se con firman, modifican o revocan las conclusiones; si transcurrido dicho plazo el juzgador no recibe comunicación al respecto se entenderán confirmadas.

Las conclusiones inacusatorias que sean confirmadas o que resulten ser confirmadas por ficción de la ley, obligan al juzgador a dictar auto de sobreseimiento de la causa, la que genera el siguiente efecto, decretar la inmediata y absoluta libertad del procesado, ya sea que esté privado de su libertad o que esté sujeto a proceso, porque la resolución de sobreseimiento se considera como si fuera una sentencia bsolutoria.

El criterio anterior, en el sentido de que el sobresimiento es como una sentencia, procesalmente decimos que es un modo anormal de -- terminar el proceso.

En cuanto a las conclusiones no acusatorias, el Ministerio Pú blico las debe formular al darse cuenta que en la instrucción todas las - pruebas que sirvieron para la comprobación del delito o de la participa-- ción del procesado en los hechos delictuosos no son suficientes para acu-- sar con fundamento en la buena fé y en base al principio de representante

social, lo último en razón de que el procesado también es parte de la sociedad, a quien se le protegen sus intereses como miembro de la sociedad.

Las conclusiones acusatorias del Ministerio Público deben con tener los requisitos siguientes: señalar las leyes aplicables, la doctrina y la jurisprudencia, establecer un extracto de los hechos que se inves tigan; desde la averiguación previa hasta que se declara cerrada la ins- trucción, determinar el cuerpo del delito por el que acusa, a quién le atribuye la responsabilidad con base en las pruebas que obran en el expe- diente; debiendo terminar sus conclusiones en proposiciones concretas, es pecificando: a quién acusa, de qué lo acusa y qué penalidad solicita se le aplique; las conclusiones en el proceso ordinario siempre serán por es critio, en el proceso sumario se deja a criterio de las partes hacerlas en forma verbal o escrita.

Respecto a las conclusiones de la defensa, la ley procedimen- tal no exige más que una formalidad para expresar conclusiones, que es la de formularlas por escrito, (excepto en los procesos sumarios que pueden ser verbales) además para el acusado existe la tutela jurídica, en lo re- lativo a que al no presentarse conclusiones por el defensor, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad.

En el auto en que se tienen por presentadas las conclusiones de las partes o en su caso que se tengan por formuladas las de inculpabi- lidad en favor del acusado, el juzgador fijará días y hora para que tenga verificativo la audiencia llamada de vista en el CPPDF y de derecho en el

CFPP, que se debe celebrar dentro de los cinco días siguientes.

Para la celebración de la audiencia de vista deberán estar - - presentes el juez con su secretario, el Ministerio Público, el acusado y - su defensor como requisito indispensable, puesto que ante la inasistencia del Ministerio Público o del defensor se difiere su celebración para dentro de ocho días. La dinámica de su desarrollo consiste en que el secretario da lectura a las constancias del proceso, al terminar con la lectura, el - juzgador le concede el uso de la palabra primero al Ministerio Público y - después al defensor, para que aleguen en forma verbal y sostengan sus conclusiones, en esta misma audiencia se declarará visto el proceso, que trae como consecuencia decretar que se dicte la sentencia definitiva correspondiente.

La culminación del juicio y de la primera instancia del proceso se marca con la sentencia, al resolverse en ella los hechos ilícitos -- que se investigan ya sea condenando o absolviendo, previa la valoración de las pruebas que existan en autos, lo asentado se confirma cuando nos dice Julio Acero, "...la sentencia definitiva pone fin al juicio, es el resultado mismo del juicio o mejor dicho, su expresión esencial por parte del juzgador que aprecia y valoriza en ellas todas las alegaciones y todos los -- elementos probatorios del pro y del contra aportados al proceso, para dar el triunfo a los que estima plenamente predominantes y decidir según ellos la suerte del reo". (225) Al decirse que en la sentencia se valoran las - pruebas agregamos que es el momento normal y definitivo en que el juzgador

de primera instancia va a calificar en forma absoluta todas las pruebas para determinar si hay o no delito y culpabilidad consiguientes, para que, - en su caso, individualice la penalidad que corresponda aplicar.

Para valorar las pruebas el juzgador al momento de dictar sentencia debe formarse un juicio, de acuerdo a lo que le señala la ley o de acuerdo a su criterio, cuando se lo faculta la misma ley procesal, así se regula en los Arts. 246 al 261 del CPPDF, con algunas otras circunstancias específicas que consideró necesarias el legislador que se deben observar - en la valoración de las pruebas, como en el caso de la duda y de la carga de la prueba, Arts. 246 y 248 del mismo Código, figuras jurídicas analizadas con anterioridad; sin embargo, "El tema de la valoración de la prueba busca una respuesta a la pregunta: ¿qué eficacia tienen los diversos medios de prueba establecidos en el derecho positivo?.

"Ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, ni sobre que debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar, con mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen - los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir". (226) En atención a ésto, decimos que de acuerdo a lo que se indica en la ley procesal, respecto a la eficacia de los medios probatorios, - con base a ello el juzgador se formará convicción y, en efecto, entre nosotros se regula que la valoración de los medios probatorios se apreciara por el juzgador según las reglas que se fijan en el CPPDF, Art. 246, reglas -- que estudiaremos a continuación.

(226) Coutore, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Nacional, México 1981. P. 257.

La confesión, antes de las reformas del 8 de enero de 1991, tenía valor pleno, actualmente se indican en el Art. 249 del CPPDF, los requisitos que se deben satisfacer para considerar que existe confesión, sin que se diga algo respecto a su valor y, ante este silencio, debemos aplicar la regla general del Art. 261 del mismo Código, en el sentido de considerarla una presunción; en el ámbito federal, el Art. 287 del CFPP señala los requisitos que debe reunir la confesión y en el Art. 285 de la misma ley la valora como indicio, sin embargo, considera que la confesión tiene valor probatorio pleno en los delitos contra la salud, peculado, abuso de confianza y fraude, Cfr. Art. 177 y 279 del CFPP.

En lo concerniente a la documental, para su valoración, en el CPPDF Arts. 250, 251 y 252, atendemos los siguientes criterios:

- a) Los documentos públicos hacen prueba plena, si no fueron impugnados, pero que además se haya justificado dicha impugnación para restarles valor pleno.
- b) El documento privado hará prueba plena, si fue reconocido por su autor o que no se hayan objetado.
- c) El documento privado proveniente de tercero se considera como presunción.
- d) El documento privado justificado por medio de los testigos se apreciará como prueba testimonial.

En el sistema federal, los documentos públicos tendrán fuerza probatoria plena y los documentos privados son meros indicios, Arts. 281 y 285 del CFPP.

La inspección en sus modalidades de: judicial, de ocular, de -reconstrucción de hechos, de visitas domiciliarias y de cateos, harán prueba plena, siempre que se hayan practicado con los requisitos legales, Art. 235 del CPPDF.

El Art. 284 del CFPP también le otorga valor pleno a la inspección y a los cateos, pero debemos entender que al referirse a la inspección se abarca las modalidades de: ocular, judicial y reconstrucción de hechos.

En cuanto a la prueba pericial, se deja que el juez la aquilate, pero condicionado a las circunstancias que se investigan, por lo que el juez debe fundamentar su criterio al valorar el dictamen pericial, Díaz de León, respecto a la apreciación de la pericial, nos dice, "...el perito no prueba en si nada (en estricto sentido), no acredita ningún hecho, sino que solamente, ...proporciona al juez un fundamento técnico o especializado que sirve al juez para juzgar acerca de lo que el dictamen refiera, y por ello los jueces apreciarán y calificarán a todo juicio pericial, según las circunstancias; Arts. 254 del CPPDF y 288 del CFPP". (227).

Para valorar la prueba testimonial el juzgador tiene que atender varias reglas que se contienen en los Arts. 255, 256, 257, 258, 259 y

260 del CPPDF.

1º) Analizar si el testigo que declaró cumple con los requisitos siguientes: que sea hábil, que tenga criterio para apreciar el hecho, que sea imparcial, que haya percibido el hecho por medio de los sentidos y por sí mismo, que la declaración sea clara y precisa, que no esté viciada la declaración, si faltare cualquiera de estos requisitos, la declaración no se tomará en consideración; Art. 255 del CPPDF. En el Art. 288 del CFPP se prescinde del requisito de que el testigo sea hábil y admite las demás que mencionamos y proporciona más reglas, por lo tanto la testimonial es también un indicio nada más.

2º) Cuando la declaración de los testigos sean acordes en la substancia y accidentes, harán prueba plena y, en caso de no coincidir en el accidente, también harán prueba plena si no modifican la esencia del hecho, Arts. 256 y 257 del CPPDF.

3º) Cuando las declaraciones de igual número de testigos sean contradictorias, se deja a la libre apreciación del juzgador la valoración, pero si todos los testigos coinciden por igual número en favor y en contra del procesado, surge la duda y si no hay otra prueba se debe absolver al procesado, Art. 258 CPPDF.

4º) Cuando por una parte hay más testigos que por la otra el juez se decidirá por la mayoría, si a éstos los considera que son idóneos, Art. 259 -- del CPPDF.

5ª) La testimonial será considerada por el juez como presunción, cuando los testigos no coincidan en la esencia del hecho, los testigos de oídas y un solo testigo: también harán solo presunción las declaraciones de testigos singulares que declaren sobre hechos sucesivos referentes al hecho que no percibieron, Art. 260 CPPDF.

En cuanto a las presunciones se deja al juzgador libertad para valorarlas, pero condicionado a que establezca la relación de ellas con la verdad que se busca, sin dejar de valorar ninguna de ellas, Art. 261 CPPDF y los Arts. 286 y 290 del CFPP, dicen que se deben atender a los indicios por el juzgador de acuerdo a la libre apreciación, aplicando la lógica y - estableciendo los razonamientos por los que les otorga valor probatorio, - por consiguiente se aplica el sistema de valoración de la sana crítica, en ambos códigos al valorar todo aquello que se haya ofrecido como prueba.

Por último, decimos que el juzgador debe valorar a la fama pública y las pruebas no especificadas como presunciones, estas últimas, - - siempre que no hayan sido desvirtuadas por otro medio probatorio, según -- las fracciones III y IV del Art. 260 del CPPDF.

Para la valoración de los medios de prueba que existan en el -- expediente al dictarse la sentencia, el juzgador debe apreciarlas en su -- conjunto, analizando todas las pruebas una por una y establecer su relación con los hechos que se justifican o que no se acreditan para poder llegar a la certeza que se pretende, para condenar o absolver, con el respectivo -- razonamiento en cada caso, puesto que primero se hace la valoración y des-

pués el razonamiento negativo o positivo; en relación a la certeza decimos que se obtienen con las pruebas, en razón de que, "El fin de las pruebas - debe ser obtener una certeza, aunque a menudo se detienen a la mitad del - camino, es decir, en una simple probabilidad o verisimilitud". (228) En - consecuencia, en las sentencias se llega a la certeza razonada cuando se - valoran positivamente pruebas producidas, para evitar hasta donde sea posible errores judiciales.

(228) Gorphe, Francois. La apreciación judicial de las pruebas. La Ley, Buenos Aires 1967. P. 493.

IV.- LAS PRUEBAS EN LOS RECURSOS.

La palabra recurso proviene del latín *recursus* que denota la acción y efecto de recurrir, a su vez recurrir alude a la conducta por la que una persona se dirige a alguien para pedir algo, en otra acepción se considera que recurso deriva del italiano *recorsi*, que significa volver a tomar el curso.

Respecto a los recursos se han elaborado cantidad de conceptos, como los siguientes: "...medios de impugnación otorgados a las partes para atacar las resoluciones judiciales que les causen agravio, con el fin de - que haga un nuevo examen de la resolución impugnada, por el mismo Tribunal que la dicto o por otro de superior jerarquía...", (229) otra acepción lo - es la que dice: "...son medios establecidos por la ley para impugnar las - resoluciones judiciales que, por alguna causa fundada, se consideran in- justas, garantizando, de esa manera en forma más abundante, el buen ejerci - cio de la función jurisdiccional..." (230) por lo que respecta al buen -- funcionamiento del órgano jurisdiccional, Rafael de Pina nos dice, "Los re - cursos son medios técnicos con los cuales el Estado tiende a asegurar el - más perfecto ejercicio de la función jurisdiccional...", (231) con esto - último, se pretende que el Estado otorgue una garantía a las partes, en la administración de justicia al concederles el derecho a que se revisen las resoluciones que dicta el juzgador, ya sea por él mismo que la dictó u - - otra autoridad, cuando el agraviado considere que dichas resoluciones le - causan agravio por haber algún error o por no estar dictada legalmente.

(229) Gonzalez Bustamante, Juan José. Op. cit. p. 265

(230) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 490.

(231) Manual de Derecho Procesal Penal, Reus, Madrid, 1934, p. 255.

Tomando en consideración lo anterior, decimos que los recursos son medios legales concedidos a las partes, excepcionalmente al ofendido o terceros, para atacar las resoluciones judiciales que les causen agravios, con la finalidad de que se haga un estudio de lo que estiman ilegal, por el mismo juzgador o su inmediato superior, para que como resultado del mismo se restituya o repare el derecho violado en el curso del proceso; de este concepto apuntamos:

Los recursos que señala la ley procesal en materia penal son: la revocación, la apelación, ésta abarca a la reposición, la denegada apelación y la queja.

Están autorizados por la ley procesal penal para interponerlos: el Ministerio Público, el procesado, el defensor, el ofendido en lo que -- respecta a la reparación del daño y los terceros en los incidentes de reparación del daño.

Las resoluciones judiciales que pueden impugnarse mediante los recursos son: los decretos, los autos y las sentencias.

El agravio es la materia de los recursos, de no existir éste -- no hay nada que estudiar, (salvo el caso de la suplencia de agravios que -- se pueda aplicar); donde se debe expresar la ilegalidad o el error que -- existe en la resolución.

La autoridad que va a estudiar nuevamente la resolución, con

base en los agravios expresados por el recurrente, puede ser la misma autoridad judicial o por otra autoridad de mayor jerarquía, la doctrina considera que lo adecuado es que sea esta última, para el buen funcionamiento de la administración de justicia, puesto que, si es examinada por la misma autoridad que la dictó, ésta va a confirmar su criterio anterior; cualquiera que sea la autoridad que revise la resolución impugnada, podrá confir-mar, revocar o modificar al resolver el recurso.

Es de importancia señalar que en el trámite de los recursos, - no se puede prescindir de la prueba, en algunos recursos se admiten con -- criterio restringido y en otros hay libertad para aportar los medios probatorios; en relación a la aportación de las pruebas en los recursos, tienen que estar relacionadas con la resolución impugnada, sean exclusivamente documentales o cuales quier otra prueba de las autorizadas por la ley que se pueden utilizar.

1.-) Apertura de la segunda instancia.

Con la interposición de algunos recursos se abre la segunda -- instancia, como en: la apelación, la denegada apelación y la queja, cuando fueron presentados oportunamente y en la forma autorizada por la ley procesal penal.

El objeto de la apertura de la segunda instancia es que se re- revise y tramite por una autoridad diferente a la que dictó la resolución impugnada, previo a que la autoridad natural haya admitido el recurso, si se

satisfacen los requisitos de: tiempo, forma e idoneidad.

Al interponerse los recursos que la ley procesal penal concede para impugnar las resoluciones dictadas por los jueces de primera instancia, produce el efecto inmediato de la apertura de la segunda instancia (a excepción del recurso de revocación).

El Licenciado Julio Acero, justifica la segunda instancia que se genera con la interposición de los recursos, como un remedio procesal, al señalar: "...Es lo más natural que el desacierto cometido en un primer estudio del punto del negocio se descubra en un segundo examen si se garantizan en él determinadas condiciones de calma y discusión que traigan a la luz las ilegalidades aducidas y las razones para su reparación. A lo menos se eliminan así los factores de la precipitación o insuficiencia de conocimientos del primer momento, y a veces, otras muchas causas incidentales o personales del yerro..., sin perjuicio de la bondad general y relativa del principio de - que resultará mejor ordinariamente lo meditado y decidido por dos o más veces que lo externado a primera impresión." (232) Observamos que este autor considera inclusive que exista una tercera instancia como lo regula el Art. 23 Constitucional, al indicar: "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias..."

Para que pueda haber segunda instancia, ¿es requisito que se interponga el recurso o se puede revisar por el superior oficiosamente las resoluciones judiciales? pasaremos a su estudio.

(232) Op. cit. p. 402.

1.1) Oficiosa.

Hemos dicho que hay actividad oficiosa en el procedimiento penal cuando la autoridad judicial por sí misma realiza los actos procesales para la prosecución de la secuela procedimental, sin que medie impulso procesal de parte, por lo que corresponde a la oficiosidad de los recursos --decimos:

En su inicio los recursos eran de oficio, como se realizó en Roma en la época de la República, donde, "La intercesión era la casación, por un magistrado, de la orden dada por otro magistrado. En la Roma de la época de los reyes, únicamente se podía hacer uso de ella cursando el rey mismo las órdenes que hubiese dado un comisionado suyo, y esta intercesión del mandante, como ejercicio de su poder superior contra el poder inferior correspondiente al mandatario, existió siempre. Una vez que con la República se introdujo el sistema de la colegialidad, el igual poder que se concedió a cada uno de los colegas fue revestido del derecho de casar las órdenes del otro,...", (233) luego se nos agrega, "Por razón de su forma, - la intercesión podía provenir de la iniciativa propia del magistrado intercedente, cual acontecía, sobre todo, cuando se interponía contra los acuerdos del Senado y contra las proposiciones de ley;...", (234) para después decirnos que, "En el procedimiento penal público del antiguo sistema, cuando la causa se seguía contra un ciudadano romano dentro de la ciudad, eran plenamente aplicables, tanto la intercesión de los colegas, como también, - y sobre todo, la de los tribunos, mientras que, según todas las apariencias,

(233) Mommen, Teodoro, Op. cit. p. 293

(234) Ibidem, p. 294

apenas si podía tener aquí lugar la intercesión del mandante contra el mandatario. La intercesión, que en el procedimiento en que solo intervenía - el magistrado podía interponerse en cualquier momento, desde el de la instrucción preparatoria hasta el de la sentencia, podía también aplicarse a las discusiones que tenían lugar ante los comisos sobre la condena impuesta por un magistrado..." (235) en conclusión en el antiguo derecho penal - romano, la revisión de las resoluciones judiciales eran de oficio.

En nuestro Derecho Positivo Mexicano, en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, se abre la segunda instancia de oficio, de acuerdo al Art. 338, que dice, "La revisión de las sentencias en que el juez haya aplicado las disposiciones de los artículos 55 y 76 del Código Penal, abre de oficio* la segunda instancia. El juez, dentro de los cinco días siguientes, remitirá los autos al Superior respectivo y éste dentro - de diez, dictará la resolución que confirme o revoque la revisada", es claro que este recurso oficioso según los Arts. 55 y 76 del Código Penal del Estado de México, procede en casos muy específicos como: al reducirse la - penalidad por causas de miseria económica; retraso mental o mínima peligrosidad; y cuando se recomienda al ejecutivo la remisión de la pena, cuando se haya obrado por motivos excepcionales; en estos casos consideramos que se sigue este procedimiento señalado como un freno a la autoridad inferior.

1.2) A Impulso de Parte.

En Roma, durante la misma república, la intercesión podía inter

(235) Ibidem, p. 295.

* Subrayado nuestro.

ponerla el magistrado contra los acuerdos del Senado, pero cuando se trataba de la administración de justicia era motivada por una querrela de un individuo, a la querrela interpuesta se le llamo apellatio (apelación), la que tuvo como requisito que se interponga personalmente. (236)

Es durante el imperio romano cuando se regula la apelación para ser interpuesta ante el emperador, donde se exigió que sea interpuesta personalmente. también se concede este derecho en el procedimiento penal a las partes opuestas (inculpado y actor, en esa época como se le denominó - al acusador particular) o al representante en las causas no capitales; con todo lo anterior concluimos que los recursos en la época imperial fueron a impulso de parte en materia penal, el concepto de querrela en la apelación que establecieron los romanos, perduro muchos siglos, puesto que hasta mediados del siglo XVIII, se uso al concebir a la apelación en el sentido de que, "es un reclamo legítimo ante un juez superior, mediante querrela de - injusticia contra la resolución pronunciada por un juez inferior". (237)

Actualmente los recursos por regla general, para que se inicien es a petición de parte, esto es, requiere que sea interpuesto por las personas autorizadas por la ley (las partes y como excepción el ofendido o -- terceros en algunos casos), en el Art. 411 del CPPDF, se prohíbe admitir - los recursos a las personas que no esten facultadas expresamente para in-- terponerlos, de lo anterior decimos que, es requisito el impulso de parte para que inicie el trámite de los recursos y por regla general la apertura de la segunda instancia, ésto se respalda con lo que dice Julio Acero, - -

(236) Cfr. Mommsen, Teodoro. Op. cit. p. 294.

(237) Carmignani, Giovanni, Op. cit. p. 286.

"...contrariamente a lo que pasa con los trámites ordinarios de la causa, - los recursos no proceden de oficio: requieren promoción expresa y a veces otros requisitos y formalidades previas..." (238)

1.3) Sistema Mexicano.

Antes de la promulgación del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1880, se conocían los recursos de: revocación que procedía contra cualquier resolución que se -- dictara dentro del proceso, con exclusión de la sentencia, para que lo revisara el mismo tribunal que la dicto; la súplica en segunda instancia y - la segunda súplica en tercera instancia, la denegada suplicación, la apelación, la nulidad, la revisión, la restitutio in integrum, el recurso de -- fuerza y el de injusticia notoria, también se conoció el recurso de casa-- ción, que estuvo vigente hasta principios de este siglo. (239) El recurso de casación estuvo reglamentado por el Código de 1880, Art. 556 y por el - Código de 1894 en su Art. 512, su procedimiento era el siguiente: una sentencia primero era apelada, y luego recurrida en casación, pero como ya -- existía el juicio de amparo, también procedía contra la resolución que se dictara en la casación; actualmente como recurso tenemos la revocación, la apelación, la denegada apelación, la reposición y la queja.

Normalmente en nuestro sistema de procedimientos penales, para que se inicie cualquier recurso es requisito el impulso de parte, esto es, que requiere que lo interponga la persona autorizada por la ley (lo estan

(238) Op. cit. p. 405

(239) Cfr. González Bustamante, Juan José. Op. cit. p. 265.

el Ministerio Público, el procesado, el defensor, el ofendido con respecto a la reparación del daño, el tercero que esté relacionado en los incidentes de reparación del daño), esta restricción trae como consecuencia que, si - lo interpone persona distinta a la autorizada no se debe de admitir a trámite.

Otro aspecto importante de los recursos en nuestro sistema lo es el término para interponerse, por lo regular la ley procesal penal fija el plazo para tal efecto, el no acatarlo trae consecuencias, como la pérdida del derecho de impugnar, en tal caso, la resolución causa estado, también es necesario para obtener definitividad de las resoluciones, así tenemos que, "Los recursos deben ser interpuestos dentro de un período establecido en la ley. La no fijación de un lapso para la interposición de -- los recursos, implicaría inestabilidad en lo determinado por el órgano - - jurisdiccional, ya que nunca se podría establecer la verdad legal, por ignorarse si contra una resolución se interpondría en tiempo lejano algún recurso". (240) En relación a que se interponga algún recurso después de haber causado ejecutoria la resolución, en algunas entidades federativas del Estado Mexicano, es admisible el recurso contra sentencia ejecutoria, como en los estados de Yucatán, Puebla, México y Michoacán, los tres primeros - regulan el recurso de revisión extraordinaria en sus respectivos códigos - procesales y el último lo denomina como recurso de revisión, veamos algunos presupuestos que se fijan en el Código de Procedimientos Penales del - Estado de Michoacán:

(240) Rivera Silva, Manuel. Op. cit. p. 321.

Es admisible la revisión en todo tiempo contra las sentencias condenatorias que hayan causado ejecutoria, aunque la sanción se haya cumplido o extinguido, de acuerdo al Art. 478 del Código Procesal Penal.

En su Art. 480, se faculta exclusivamente al interesado para promoverlo ante el Presidente del Supremo Tribunal de Justicia.

En el Código de Procedimientos Penales del Estado de México, - en sus Arts. 331, 332 y 337 se establece que procede el recurso de revisión extraordinaria contra sentencia ejecutoria, facultando al condenado a interponerlo ante el Tribunal Superior de Justicia del Estado, y para el caso de haber fallecido el condenado la podrán interponer por su conyuge, -- concubino, ascendientes y descendientes consaguineos o afines, parientes -- colaterales, por consanguinidad hasta el cuarto grado o por afinidad hasta el segundo y quienes estén ligados por afecto, gratitud o estrecha amistad con aquél. De lo que acabamos de anotar decimos que este recurso procede aún después de que haya causado ejecutoria la sentencia condenatoria, además la ley faculta a otras personas para interponerlo en caso de haber fallecido el condenado, casi se admite a cualquier persona para provocar el inicio de la revisión extraordinaria; esta revisión se concibe, "...como -- el recurso excepcional que puede o debe interponerse sin limitación de plazo, encaminado a obtener un nuevo examen de una sentencia condenatoria firme, cuando se producen o se tiene conocimiento de haberse producido los -- eventos que en calidad de presupuestos de su admisibilidad establece la -- ley". (241) Nos resta determinar el objeto de este recurso de revisión, -

(241) Borja Osorno, Guillermo. Op. cit. p. 467.

consideramos que lo es, declarar que el reo no es culpable, si se demuestra con prueba indubitable o que se desprenda de las actuaciones, y dejar sin efecto la sentencia condenatoria, con las consecuencias legales de ordenar la libertad inmediata y absoluta del sentenciado si esta cumpliendo su penalidad.

Para concluir este tema, decimos que en el sistema mexicano, - los recursos requieren de impulso procesal, para su inicio y en el trámite el juzgador puede actuar de oficio.

2.-) Las pruebas en el recurso de revocación.

La palabra revocar proviene del latin revocare, que denota dejar sin efecto un mandato o resolución; su concepción jurídica lo consideramos como el medio de impugnación por el que el agraviado pretende dejar sin validez o la modificación de una resolución judicial, ante la misma -- autoridad que la dictó; nos ilustra sobre la revocación Javier Piña y - -- Palacios al decir, "La revocación tiene lugar cuando la parte pide, el juez concede, la otra parte se opone y el juez deja sin efecto...". (242) lo -- que el juez deja sin efecto es el acto violatorio que se justifica por el recurrente.

¿Cómo se justifica la violación que existe en la resolución?, respondemos que tiene que ser por medio de pruebas que se aporten en el -- trámite del recurso como lo analizaremos en seguida.

(242) Recursos e incidentes en Materia Procesal Penal y la Legislación Mexicana. Botas, México, 1958, p. 30

2.1) Requisitos para su procedencia.

Los requisitos para la procedencia del recurso de revocación son:

1º) ¿Quién lo interpone? lo puede interponer cualquiera de las partes que se considera agraviado por la resolución impugnada, esto es, el Ministerio Público, el procesado o su defensor.

2º) ¿Ante quién se interpone? El recurso se debe promover ante el juzgador que dictó la resolución que se combate.

3º) Término para la interposición. El recurso de revocación se debe interponer dentro del término concedido por las leyes procesales, de acuerdo a la legislación procesal penal del Distrito Federal, el plazo es de un día hábil; la legislación federal concede cinco días hábiles para su interposición.

4º) La forma de interponerse, consideramos que se puede interponer en forma verbal al momento que se le notifica al agraviado la resolución, o en forma escrita si se hace valer el recurso dentro del término legal.

5º) Resoluciones contra las que procede interponerlo, se puede atacar las resoluciones denominadas decretos y autos no apelables que se consideren causan algún agravio, si atendemos a la reglamentación procesal penal del Distrito Federal; en el proceso federal únicamente procede contra autos no

apelables, en razón que su legislación no contempla a los decretos; en ambas leyes procesales subsiste el problema de saber cuales son los autos no apelables, ésto lo resolvemos por exclusión, si en esas leyes se señalan - cuales son los autos apelables, en consecuencia todos los demás autos son no apelables.

2.2) Trámite procedimental.

En la forma que se opte para interponer el recurso de revocación, en ese momento se debe expresar el agravio o los que se consideren, también se deben ofrecer las pruebas pertinentes para justificar la violación correspondiente, en los Códigos Procedimentales del Distrito Federal y en el Federal hay omisión sobre la expresión de agravios y en relación al ofrecimiento de pruebas sólo el Código Federal lo regula.

El juzgador ante el recurso de revocación interpuesto por el - agraviado puede dictar las siguientes resoluciones:

a) Que no admita el recurso a trámite desechándolo de plano, al considerar no ser necesario oír a las partes, como lo reglamenta el Art. 413 del CPPDF, esta actividad del juzgador aunque no admite ningún otro recurso, sólo procede la responsabilidad en que puede incurrir el juez, decimos que es violatorio de garantías pues debe estar fundada y motivada, además de que se debe dar trámite si fue presentado en tiempo y por ser el recurso idóneo, salvo que no se satisfagan estos requisitos, se debe desechar el recurso de revocación con fundamento en estas causas.

b) Que el juez admita el recurso, al dictar la resolución de admisión se debe de dar intervención a la parte "contraria" (a la parte que no interpuso el recurso) para que en un término igual al que se concedió para interponerse, conteste los agravios y ofrezca también las pruebas que juzgue -- convenientes, en relación a esta intervención las leyes procesales son omi-- sas, nuestro criterio lo apoyamos en los principios de oigase a la otra -- parte y el de contradicción, de no ser así, se deja en estado de indefen-- sión a la otra parte que no interpuso el recurso.

Una vez contestados los agravios y haberse también ofrecido -- las pruebas o en su caso haberse perdido el derecho para realizar esta ac-- tividad procesal, el juzgador fijará día y hora para la audiencia en la -- que oír a las partes, donde se desahogan las pruebas que se hayan ofreci-- do, admitido y se hubiesen preparado, (dentro de las próximas cuarenta y -- ocho horas siguientes de haberse presentado o no la otra parte), el concep-- to de oír a las partes se debe entender como el derecho a alegar en la au-- diencia, las pruebas se desahogarán con las formalidades generales de la -- prueba; realizada la asunción de las pruebas el juzgador resolverá el recur-- so en la misma audiencia, estas resoluciones no admiten recurso y pueden -- ser:

a) Que declare improcedente el recurso por ser infundados los agravios e -- impertinentes las pruebas del agraviado, además fundados los alegatos de la otra parte, en consecuencia se confirma la resolución impugnada.

b) Que se declare procedente el recurso, por considerarse fundados los --

agravios y pertinentes las probanzas aportadas por el recurrente y no así lo dicho y probado por la otra parte, en consecuencia se modifica o invalida la resolución impugnada, dictándose otra resolución en este mismo momento procesal para subsanar el error o la ilegalidad atacada.

Es conveniente señalar que en relación al procedimiento probatorio en este recurso el Art. 362 del CFPP, si lo regula expresamente, y el CPPDF, no dice algo al respecto, sin embargo, deducimos que al conceder el derecho a oír a las partes y ordenar que se celebre una audiencia en el Art. 413, se debe entender que lo es, para que las partes estén en igualdad procesal, tanto para contestar lo dicho por el agraviado, como para -- ofrecer pruebas por ambas.

3.-) Las pruebas en el recurso de apelación.

El recurso de apelación es el de mayor uso en la práctica, por ser el medio con el que se ataca tanto a los autos dictados interproceso - como a la sentencia de primera instancia, amén de las resoluciones dictadas después de la sentencia definitiva, que consideren las partes les causa -- agravio.

Existen varios conceptos del recurso de apelación, tenemos los siguientes: "Medio de impugnación ordinario, a través del cual el Ministerio Público, el procesado, acusado o sentenciado, y el ofendido manifiestan su incorformidad con la resolución judicial que se les ha dado a conocer, originando con ello que un tribunal distinto y de superior jerarquía, previo estudio de lo que se consideran agravios, dicte una nueva resolu---

ción judicial". (243); o también como "...el medio que la ley permite emplear para que el curso normal del proceso se reanude o termine mediante la intervención de un juez distinto al que efectuó el acto que desvió el curso normal del proceso". (244) Y en otro sentido se dice que, "...es la provocación hecha del juez inferior al superior, por parte legítima, por razón del agravio que entiende se ha causado o puede causarse por la resolución de aquél o la reclamación o recurso que el litigante u otro interesado a quien cause o pueda causar perjuicio la sentencia definitiva, con gravámen irreparable, pronunciada por el juez inferior". (245) En los conceptos que hemos asentado, observamos varios elementos que cada autor considera necesarios en la concepción de la apelación, lo que más resalta es la presencia de dos autoridades la inferior y la superior, denominaciones que provienen desde el Derecho Romano, donde se utilizó para distinguir al juez a quo, quién dictó la resolución combatida, y el que va a reexaminar la resolución llamado tribunal ad quem; en relación a esta clasificación de autoridades, Sentís Melendo manifiesta su inconformidad, al decir "Me rebelo siempre, cuando oigo o leo las expresiones de 'juez superior' y 'juez inferior'; y, a veces, hasta de 'sentencias inferiores'. No hay jueces inferiores; no hay sentencias inferiores, como no sea científicamente hablando; y entonces tampoco se puede considerar que haya de ser obligadamente superior la sentencia pronunciada por el tribunal superior o de casación". (246) Por nuestra parte, decimos que el recurso de apelación es el medio legal concedido a las partes (excepcionalmente al ofendido o terceros) para atacar una resolución judicial (autos y sentencias) que consideran les agravia, para que una autoridad judicial diferen

(243) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 503

(244) Piña y Palacios, Javier. Op. cit. p. 36

(245) González Bustamante Juan José. Op. cit. p. 266

(246) Op. cit. p. 326.

te a la que la dicto, la revise con el objeto de que se modifique o revoque; de este concepto afirmamos que el objeto del recurso de apelación es revisar la resolución impugnada para descubrir si fué correctamente aplicado el derecho y si se hizo una debida valoración de las pruebas, con -- base en los agravios expresados por el recurrente.

Nuestro análisis debe ir encaminado a los medios probatorios, en la segunda instancia, respecto al procedimiento probatorio que se debe seguir por las partes y el tribunal.

3.1) Requisitos para su procedencia.

Establecemos los requisitos del recurso de apelación siguiendo el método que empleamos en el recurso de revocación.

1º) ¿Quién lo interpone? en abstracto lo puede interponer cualquiera de - las partes, específicamente sólo la parte agraviada, que puede ser el Ministerio Público, el procesado o sentenciado y su defensor; el ofendido o su representante, cuando éstos se hayan constituido en coadyuvantes, pero a éstos sólo se les faculta por lo que hace a la reparación del daño; y - los terceros que intervengan en lo relativo a los incidentes de reparación del daño, como lo indica el Art. 540 del CPPDF, que dice, "El fallo en es te incidente será apelable en ambos efectos, pudiendo interponer el recurso las partes que en él intervengan".

2º) ¿Ante quién se interpone? este recurso se debe promover ante la misma

autoridad que dicto la resolución (sea auto o sentencia) contra la que interponc el medio de impugnación.

3º) Término para la interposición, se puede interponer al momento que se notifica la resolución al sujeto autorizado por la ley; o en su caso, dentro de los tres días hábiles subsecuentes a la notificación si se trata de autos y si se tratara de sentencia definitiva de primera instancia dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación, el que es posible duplicar cuando se omite decirle al procesado el término para ape--lar la sentencia.

4º) La forma de interponerse, el recurso de apelación se puede interponer de palabra al momento de la notificación de la resolución o en forma escrita dentro del término de tres días hábiles o cinco dependiendo si se trata de auto o sentencia, correlativamente, para la interposición no se exigen formalidades, salvo el que se exprese el nombre del recurso que se hace valer, de esta formalidad se encuentra excluido el procesado a quien - la ley lo tutela, al decir en el Art. 409 del CPPDF, "Cuando el acusado manifieste su inconformidad al notificársele una resolución judicial, de-berá entenderse interpuesto el recurso que proceda". Esto, no beneficia a las demás personas autorizadas por la ley para interponer el recurso, - que de usar el recurso no idóneo, se considerará como no interpuesto y - el juzgador lo desechara.

5º) Resoluciones contra las que procede, la apelación se puede interponer:
a) contra las sentencias definitivas, hecha salvedad de: las sentencias -

definitivas dictadas por vagancia y malvivencia, las sentencias definitivas dictadas por los jueces de paz, también las dictadas en los juicios - sumarios, las dos últimas señaladas no admiten el recurso de apelación en razón de ser procesos uni-instanciales, y b) contra una gran variedad de autos relativos a la competencia, la suspensión del proceso, a los de formal prisión, o soltura, los que conceden o niegan la libertad del procesado, los que extingan la acción penal o dictaren no haber delito que perseguir, los incidentes que resuelvan sobre la acumulación o separación de - procesos y los demás que exprese el CPPDF, entre los demás encontramos el incidente de reparación del daño, Art. 540 y todos los incidentes no especificados también son apelables, Art. 545, etc. En el CFPP, no procede la apelación contra sentencia definitiva cuando el delito cuya penalidad tenga como máximo seis meses de prisión y en las que la penalidad no sea privativa de libertad, en este último caso consideramos que no tiene razón de ser la limitación, puesto que también es una sanción.

3.2) Trámite procedimental.

Interpuesto el recurso de apelación ante el Juez que dictó la resolución impugnada, éste dictará auto de admisión o lo podrá desechar, para el caso de que no le dé entrada al recurso procede la denegada apelación.

En el auto de admisión se debe señalar en que efecto a la vez se admite el recurso, y como consecuencia el juez deja de conocer de la - resolución impugnada, puesto que, "Sí la apelación se admite en el efecto

suspenso, el tribunal inferior paraliza totalmente su jurisdicción y en adelante nada puede hacer, pero la apelación puede admitirse en ambos efectos, se transfiere la jurisdicción al tribunal superior y se suspende la del inferior para seguir actuando y para ejecutar el fallo. Si la apelación se ha admitido en el efecto devolutivo, sólo restringe temporalmente la jurisdicción del Tribunal de Primera Instancia, que puede seguir actuando libremente si se trata de resoluciones apelables durante el curso de la instrucción del proceso..." (247); consideramos que al admitirse en el efecto devolutivo la apelación de un auto, la restricción de su jurisdicción queda sujeta a la resolución del juzgador de alzada, siempre y cuando el juzgador de primera instancia no haya dictado sentencia definitiva.

También al admitirse el recurso de apelación; si se trata de un auto el recurrido, se decreta enviar al superior el testimonio, que se integra con las constancias que señalen las partes y las que considere el juzgador de primera instancia, nuestra ley procesal penal no señala término, ni momento en que se deben señalar constancias para integrar el testimonio, el maestro Javier Piña y Palacios, considera que: "Admitido el recurso, si se trata de apelación de auto, en esa misma resolución deberá el Juez requerir a las partes para que señalen constancias que estimen conducentes para la integración del certificado respectivo..." (248) esta recomendación sería sana, pero sería entorpecer la celeridad de las actuaciones procesales, en razón de que en el auto de admisión se les debe de conceder término para que se señalen constancias; en la práctica profesional, se ha resuelto el problema al decretar el juzgador que se envíe todo lo --

(247) González Bustamante, Juan José. Op. cit. p. 275

(248) Op. cit. p. 79

actuado hasta el auto recurrido y el de admisión del recurso. Si la resolución recurrida se trata de sentencias definitivas, se decreta enviar el original de los autos al superior, pero en caso de ser varios los sentenciados y sólo concluyó para uno de ellos, se remitirá el testimonio que se integre con las constancias de autos.

Asimismo se debe señalar a qué Sala del Tribunal Superior de Justicia se remite el testimonio o el expediente original y, por último, hacer saber a las partes el auto de admisión, mediante notificación personal, para que concurren ante la autoridad superior a continuar la substanciación de la apelación.

El procedimiento ante la autoridad de alzada, se inicia con el auto de radicación que ella dicta, en el que se abre la segunda instancia, su contenido genéricamente son: la fecha y sala que recibe el expediente o el testimonio, los nombres de los integrantes de la Sala, especificando --cual de ellos va a ser el ponente; (el ponente es quien elabora el proyecto de sentencia inicial) el dar a conocer los nombres de los integrantes --tiene como finalidad que las partes al saberlo los puedan recusar con causa si existe algún impedimento, señalar día y hora para que tenga verificativo la audiencia de vista del recurso, dentro de los quince días siguientes de la radicación; requerir al sentenciado o procesado, según sea el caso, para que nombre persona de su confianza como defensor, en el término de --tres días, con apercibimiento que de no hacerlo se le nombrará al defensor de oficio; en la substanciación de la apelación en materia federal, al momento de admitirse la apelación se requiere al apelante si fuere el senten

ciado o procesado para que designe defensor; también se ordena registrarlo en el libro de gobierno de la Sala y señalar el número de toca; este auto es dictado y firmado por el Magistrado Semanero y autorizado por el Secretario de la Sala.

Señalamos con antelación que los agravios son la materia de los recursos, retomando tal afirmativa, decimos que se deben expresar los agravios en la apelación, al respecto la ley procesal penal indica que se pueden expresar desde el momento de la interposición del recurso de apelación o en la audiencia de vista, Art. 415 del CPPDF y Art. 364 del CFPP; estudiamos los aspectos siguientes de los agravios:

1º) Concepto, la acepción agravio, en términos generales, es el daño o perjuicio que se le hace a una persona en sus derechos e intereses como consecuencia de un hecho o acto jurídico; para Colín Sánchez, "Agravio es todo daño o lesión que sufre una persona por violaciones a la ley en una resolución judicial". (249) Sobre los mismo Pérez Palma expresa: "Agravio es la lesión o perjuicio que recibe una persona en sus derechos o intereses por virtud de una resolución judicial". (250) Desde el punto de vista dinámico consideramos que los agravios son razonamientos jurídicos que expresa el recurrente ante la autoridad revisora para exponer las violaciones cometidas en la resolución judicial impugnada, por falta, indebida o inexacta aplicación de la ley, o en su caso, por no acatarse las reglas de valoración legal de las pruebas; de acuerdo a lo anterior, es requisito siempre que la parte inconforme exprese que hubo violación para que la autoridad revisora se adentre al examen de la resolución recurrida.

(249) Op. cit. p. 509

(250) Op. cit. p. 352

2º) Expresión de agravios, el término para expresar los agravios es bastante amplio, en razón de que el apelante lo puede hacer desde que interpuso el recurso de apelación, hasta el día de la audiencia de vista, como indican las leyes procesales penales. El problema que surge al concederse dos momentos para expresar los agravios, proviene que si se expresan al mismo tiempo de interponer el recurso, se pueden modificar o enriquecer hasta el día de la audiencia de vista de la segunda instancia, el maestro Manuel -- Rivera Silva, haciendo un análisis del Art. 410 del CPPDF, manifiesta lo siguiente: "...se puede afirmar que la modificación de los agravios resulta imposible en lo tocante al capítulo en que expresamente se conformo la parte, pero que si tal modificación no lesiona la señalada conformidad, es posible hacerla. Por lo que alude al enriquecimiento de los agravios, cabe el mismo pensamiento. Así pues, cuando al interponerse la apelación simplemente se expresa la inconformidad en forma general, es posible en la -- vista señalar todos los agravios que se estimen pertinentes; pero si en la interposición se manifestó conformidad con algo, los agravios que se señalan en la vista ya no pueden aludir al aspecto en que expresamente hubo -- conformidad". (251) Independientemente de este razonamiento, debemos entender que el legislador al señalar dos momentos en que se pueden expresar los agravios, no fija dos oportunidades para presentarlos, lo que se indica, es el inicio y el final dentro del cual se deben expresar los agravios, por lo tanto, si se hace uso de ese derecho no se puede permitir que se -- vuelva a realizar la actividad procesal.

c) La no expresión y la suplencia de los agravios, la no expresión de agra

(251) Op. cit. p. 339

vios hasta el día de la audiencia trae como consecuencia que la Sala sobre sea o declare desierto el recurso, sin necesidad de entrar al examen de la resolución impugnada, porque la suplencia de agravios en lo que se refiere al procesado sólo opera cuando se han expresado éstos, así que, "No se puede suplir por el Tribunal de Segunda Instancia el agravio, lo que se suple es la deficiencia en la expresión del agravio. Es decir, cuando el recurrente sean el procesado o su defensor y no los hayan hecho valer debidamente... La suplencia del agravio no está permitida por la ley porque es sustituirse el Tribunal a la parte. Lo que quiso el legislador de 1931 y el federal de 1934, es que se supla la deficiencia en el agravio, pero no el agravio mismo, y esto, siempre que se trate del procesado o de su defensor". (252) El Artículo 415 del CPPDF, textualmente señala "...el tribunal de - alzada podrá suplir la deficiencia de ellos..."* de donde se desprende que deben de existir para que se suplan las deficiencias que se contengan en - los agravios.

3.3) Período Probatorio.

Analizaremos el punto medular de nuestro tema correspondiente a las pruebas en segunda instancia, sobre el cual existen varios criterios: el de Manuel Rivera Silva va enfocado a la no admisión de las pruebas en - segunda instancia, al decir, "La recepción de las pruebas en segunda ins-- tancia degenera el recurso de apelación en el que, dentro de un purismo -- técnico se debe conocer exclusivamente de lo que examinó la primera instan cia. En efecto, si el recurso, como se ha indicado, es para corregir una

(252) Piña y Palacios, Javier. Op. cit. pp. 69-70

*Subrayado nuestro.

resolución que no se apega a la ley, resulta obvio que para determinarse si es o no fundado, debería apreciarse los mismos elementos de la primera instancia. La presencia de otros puede cambiar la situación jurídica, impidiendo se determine si lo resuelto era correcto o no, con los elementos existentes en el momento en que se dictó el auto o la sentencia". (253) - Respetamos tan fundado criterio, sin olvidar que la segunda instancia es una prolongación del mismo proceso; por su parte el procesalista Colín -- Sánchez, si admite el período probatorio en segunda instancia respecto a las sentencias definitivas impugnadas, no así en relación al auto de término constitucional, al decirnos que, "...tratándose de la apelación interpuesta contra el auto de formal prisión o contra el auto de libertad - por falta de elementos para continuar el proceso, el tribunal ad quem sólo deberá tomar en cuenta aquellas probanzas emanadas de la averiguación previa y las obtenidas hasta antes de vencerse el término constitucional de 72 horas, por haber sido las únicas que sirvieron de base (en el orden probatorio) al juez a quo para fundamentar su resolución. Por ende, cualquier otro medio probatorio aportado ante el tribunal de apelación, respecto al cuerpo del delito y a la probable responsabilidad, no puede ser tomado en cuenta, porque no estuvo al alcance del juzgador en el momento de dictar la resolución impugnada". (254) De aceptarse este razonamiento, se haría casi negatorio el derecho de apelación en esas resoluciones que se nos indican, no hay que olvidar que la ley procesal penal no distingue al conceder el derecho a ofrecer pruebas.

Nosotros nos inclinamos en que se deben admitir pruebas en la segunda instancia, de manera tal que se realice el procedimiento probato-

(253) Op. cit. p. 340

(254) Op. cit. p. 514.

rio con todas las formalidades que se señalan en la ley procesal, como su ofrecimiento, su admisión, su preparación, su desahogo y su respectiva valoración, puesto que, desde la apertura de la segunda instancia, el Art. 428 del CPPDF, concede término para ofrecer pruebas, de tres días a partir del auto de radicación, lo mismo se indica en el Art. 373 del CFPP; - lo que afirmamos, encuentra sustento con lo siguiente: "Ante el Tribunal de Apelación pueden ofrecerse las pruebas especificadas y no especificadas, como si se tratara de un nuevo juicio; procede en consecuencia, proponer la confesional, la instrumental, la inspección judicial, la pericial, etc. pero si se trata de testigos, sólo es admisible si se refieren a hechos - que no hayan sido materia de examen en la primera instancia". (255) En - atención a lo anterior, decimos que la misma ley fija los términos para - los demás momentos probatorios, así:

Ofrecidas las pruebas en el término de tres días por cualquiera de las partes, (observese que la ley no indica que sea el recurrente)- a más tardar al día siguiente del ofrecimiento se debe dictar auto de admisión o desechamiento de pruebas por la Sala correspondiente, ordenando la preparación de las que lo requieran, y señalar día y hora para el desahogo de las pruebas, que debe ser dentro de los próximos quince días de - la admisión de las pruebas, en el sistema procesal penal para el Distrito Federal, en cuanto al proceso penal federal, se admiten dentro de los - - tres días de ofrecidas y se desahogaran dentro de los cinco días de haber se admitido las pruebas.

(255) González Bustamante, Juan José. Op. cit. p. 275.

Para el ofrecimiento de las pruebas en segunda instancia se exige como requisito que se exprese el objeto y la naturaleza de la prueba, - lo que es contrario a lo dispuesto en la F. V del Art. 20 Constitucional, también a lo regulado en el Art. 206 del CFPP y lo dispuesto en el último párrafo del Art. 135 del CPPDF, que no exigen que se señale el objeto ni la naturaleza del medio probatorio.

En cuanto a la admisión de las pruebas se fija en la ley procesal término para dictarse, por lo que concierne a la preparación, desahogo y valoración, en segunda instancia se debe aplicar las reglas establecidas para el proceso de primera instancia, salvo las específicas que se señalan por la ley procesal penal.

3.4) Limitación de pruebas.

Partimos del presupuesto que el juzgador está facultado para admitir o no las pruebas ofrecidas en el trámite, de acuerdo a su criterio; sin embargo, se han fijado algunas reglas respecto a la admisión de las pruebas como:

No admitir las ofrecidas por el Ministerio Público, porque se contradiría respecto a la acusación que formuló en conclusiones y se castigaría más severamente al sentenciado, además de coartar el derecho de defensa, tampoco se deben admitir las pruebas desahogadas en primera instancia, salvo que hayan sido incompletas o deficientes, sólo se deben de admitir en la apelación interpuesta contra sentencias definitivas; la - -

testimonial solo es admisible a hechos no examinados. (256) Julio Acero refiere lo siguiente: "Lo que ordinariamente se hace es limitar la prueba a las materias y formas que se juzgan admisibles, exigiendo para esto que al solicitarlas se especifiquen su naturaleza y objeto, que no se presenten testigos sobre hechos que ya fueron motivo de examen..." (257) La ley y la doctrina hacen incapié en el sentido de que no se admitan testigos antes examinados en marcada contradicción con la F. V del Art. 20 -- Constitucional.

En relación a que quedan al buen juicio y criterio del juzgador de segunda instancia el admitir las pruebas, consideramos dos aspectos primordiales: primero antes de desechar la prueba analizar si es pertinente o impertinente en relación a lo que se pretende probar, sin que se confunda con prejuizar, solamente si es acorde con el hecho que aún se investiga en segunda instancia; segundo que la prueba sea conducente, esto es, que la prueba pueda conducir al resultado que beneficie a la investigación, ésto se regula actualmente en los Art. 135, Parr. final del CPPDF y 206 del CFPP, que dicen: "...siempre que pueda ser conducente a juicio del juez o tribunal..." lo que justifica nuestra aseveración.

El caso en que por ningún motivo debe limitarse o condicionarse el procedimiento probatorio en segunda instancia, lo es cuando se traten de pruebas supervenientes, las que entendemos como todas las pruebas que se generan después del procedimiento probatorio o de aquellas de las que se ignoraban su existencia en ese mismo período. pruebas que el juzga

(256) Cfr. Rivera Silva, Manuel. Op. cit. pp. 341-342

(257) Op. cit. p. 430

dor de alzada no debe dejar de admitir, y como consecuencia se debe ordenar su desahogo.

Con fundamento en el Art. 243 del CPPDF, interpretado en el sentido amplio y en beneficio de la causa procesal, los documentos públicos y privados pueden aportarse en segunda instancia hasta antes de la audiencia de vista, pero si la parte que los aporta manifiesta "bajo protesta" que ignoraba la existencia de la documental, la podrá exhibir hasta antes de que se dicte sentencia, esta prueba tiene en este último supuesto el carácter de superveniente.

Por lo que se refiere a que el juzgador esta facultado a allegarse pruebas, se le deja en absoluta libertad para repetir las diligencias practicadas en primera y segunda instancia, con la finalidad de ilustrarse para conocer la verdad, con la única condición que practique el procedimiento probatorio con las reglas de la prueba que se señalan en la ley procedimental penal.

3.5) Reposición del procedimiento.

Según Colín Sánchez, este medio de impugnación se concibe de la siguiente manera: "La reposición del procedimiento es la substitución de los actos procedimentales que, por resolución del juez superior, se dejarón sin efecto, en razón de infracciones trascendentales en cuanto a las formalidades esenciales no observadas durante una parte o en toda la

secuela procedimental". (258) De acuerdo a este criterio, el efecto primordial de la reposición es declarar la nulidad de un acto procesal viciado por no atenderse las formalidades que se señalan en la ley procesal.

La reposición del procedimiento consideramos que es un medio de impugnación accesorio, por ir incluida en el recurso de apelación para poderse tramitar, puesto que, se reclama en la segunda instancia, como --agravio independiente, como consecuencia del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva.

De acuerdo a lo anterior ante el juzgador de primera instancia no es requisito interponer la reposición del procedimiento, los únicos requisitos que se deben hacer valer ante él son: a) que no se conforme expresamente el agraviado con la resolución viciada, b) que no se intentara recurso contra la resolución cuando sea impugnabile y c) que se proteste -contra la resolución viciada que le cause agravio.

En el Art. 431 del CPPDF, se indican las causas por las que -se puede pedir la reposición del procedimiento, de las cuales debemos excluir seis, concernientes al jurado popular que en actualidad no se aplica en nuestro sistema jurídico mexicano, Fs. VII, VIII, IX y XII, XIII y XIV; en las demás fracciones se contemplan: vicios en el funcionamiento e integración del tribunal, omisión de diligencias, inasistencia del Ministerio Público, mala notificación a las partes, falta de defensor y nulidad de actuaciones procesales.

Al expresarse el agravio en el recurso de apelación, relativo a la reposición del procedimiento, es indispensable señalar: a) la causa que lo generó, b) la resolución viciada o el acto procesal realizado sin las formalidades legales, y c) señalar las constancias probatorias que -- justifiquen la resolución o acto procesal, y la inconformidad de protesta realizada en contra de la resolución o acto procesal, hecha ante el juzga dor de primera instancia, esto último también es el medio de prueba que - se utiliza en este procedimiento.

Con este procedimiento se puede interrumpir que se dicte sen-- tencia de segunda instancia respecto a la apelación, puesto que es requi-- sito resolver primero la reposición del procedimiento, que en caso de pro ceder, se decretará que se nulifique el acto reclamado y se reponga la ac tuación judicial, corrigiendo las anomalías o errores que se contenían.

4.-) Pruebas en el recurso de denegada apelación.

La palabra denegar denota no conceder lo que se solicita o se pide; en el caso del recurso que estudiamos, es no admitir el recurso de apelación que se interpone a trámite, por el juzgador de primera instan-- cia.

Se concibe a la denegada apelación desde diferentes acepccio-- nes, así tenemos que: "La denegada apelación es un medio de impugnación - ordinario, cuyo objeto inmediato es la manifestación de inconformidad del agraviado con la resolución del órgano jurisdiccional que niega la admi--

sión de la apelación, o del efecto devolutivo en que fue admitido siendo procedente en ambos". (259) También "...es el medio que la ley otorga a toda persona a quién el juez niega el derecho de acudir al Tribunal de -- apelación, ya sea porque el recurso no es el que proceda o porque estima el juzgador que quién apela no tiene derecho de apelar". (260) En resumen, nosotros decimos que el recurso de denegada apelación es un medio de impugnación que se concede al agraviado cuando no se le admite a trámite la apelación o se califica mal el efecto, para que otra autoridad examine si procede modificar dicha resolución de primera instancia.

La prueba idónea para este recurso lo son las documentales con sistentes en las constancias del proceso que sirven como medio probatorio, para estudiar el recurso y resolverlo por los magistrados de la sala.

4.1) Requisitos para su procedencia.

Siguiendo nuestro método, los requisitos de la denegada apelación son:

1º)¿Quién lo interpone? lo puede interponer cualquiera de las personas -- que están autorizadas por la ley para promover el recurso de la apelación, (Ministerio Público, procesado, defensor, ofendido y terceros) pero específicamente sólo lo debe promover el sujeto a quién le causa agravio la - resolución que dicta el juzgador de primera instancia, aunque no sea parte en el proceso.

(259) Ibidem, p. 524

(260) Piña y Palacios, Javier. Op. cit. pp. 82-83

2º) ¿Ante quién se interpone? se interpone ante el juzgador que pronunció la resolución que se impugna, para que ésta remita a la autoridad superior quién examinará la resolución recurrida.

3º) Término para interponerse, es de dos días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de la resolución que se impugna, de acuerdo al Art. 436 del CPPDF, y de tres días según lo indica el Art. 393 del - - CFPP, también para promoverlo.

4º) Forma de interponerse, este recurso se puede interponer en forma verbal, al momento de notificarse, o en forma escrita dentro del término legal que se concede para interponerse.

5º) Resoluciones contra las que procede, sólo procede contra autos, autos específicos que son: A) el auto que no admite a trámite la apelación, y B) el auto que admite a trámite la apelación que calificó mal el efecto al admitirlo.

4.2) Trámite procedimental.

Al interponerse el recurso de denegada apelación, la ley procesal no exige ninguna formalidad, para que se trámite, sin embargo considere ramos que el sujeto al hacer uso de este recurso deberá señalar las constancias que considere se deben de remitir al superior.

Interpuesto este recurso, el juez natural sin más trámite lo -

admitirá (éste nunca lo podrá desechar) para que se envíe un certificado de constancias autorizado por su Secretario de Acuerdos, dentro del término de tres días siguientes de haberse presentando el recurso; el certificado de constancias contendrá: la naturaleza del proceso, el estado en -- que se encuentra el proceso, la resolución apelada, el auto que declaro -- no apelable, la resolución impugnada o la que lo haya admitido a trámite -- esté mal calificado el efecto, las que haya señalado el recurrente como -- constancias y las actuaciones que considere el juzgado se deben anexar; -- este informe justificado que realiza el juzgador de primera instancia, se -- rá el medio de prueba para que el juzgador de segunda instancia resuelva el recurso.

Puede suceder que el juzgador no remita el certificado de constancias autorizadas, entonces el recurrente podrá presentarse por escrito ante la autoridad superior, relatando los hechos de su inconformidad realizada ante el juzgador de primera instancia, para que se le requiera a -- dicho juzgador remitir su informe de constancias autorizadas; ante esta -- solicitud el tribunal de alzada prevendrá al juzgador para que en el término de cuarenta y ocho horas remita el certificado e informe el por qué no cumplio oportunamente.

Recibido el certificado por el tribunal de alzada, se pondrá a la vista de las partes, por el término de cuarenta y ocho horas para que manifiesten si faltan constancias para su estudio, en caso de señalarse -- faltantes, se solicitará mediante oficio al juzgador que las remita en un término prudente, ésta vaguedad de no señalarse término lleva a la impre-

cisión, en virtud de que se puede conceder al juzgador mayor o menor término de las cuarenta y ocho horas.

Recibidos el o los certificados, el tribunal superior citará para sentencia y concederá el término de tres días a las partes para que -- presenten sus respectivos alegatos por escrito, dentro del mismo término debe resolver el juzgador de segunda instancia el recurso; en la resolución únicamente se resuelve si es o no admisible el recurso de apelación, en caso que se declare admisible, se le comunicará al juzgador de primera instancia que le dé trámite a la apelación que no admitió oportunamente, se hace notar que no se resuelve el recurso de apelación, sólo se ordena que se inicie su trámite; en el proceso federal, en caso de considerarse que se debe de admitir la apelación se le solicita al juez natural que -- remita al superior el expediente para la substanciación del recurso de -- apelación.

5.-) Momento de valoración de las pruebas en los recursos.

La valoración de las pruebas en los recursos en segunda instancia, se hará al momento de dictar la sentencia por el tribunal superior, a quién se le otorga las mismas facultades que tiene el tribunal de primera instancia, Art. 427 del CPPDF, por lo tanto, puede revisar todas las - pruebas que existen en autos, tanto las aportadas en primera instancia, - como las aportadas en segunda instancia, de acuerdo a las reglas fijadas en el capítulo XIV, denominado valor jurídico de la prueba, del título --

segundo, del CPPDF, tema que se estudio en el número 7 del capítulo III, de este trabajo; de lo anterior inferimos que el juzgador de segunda instancia al resolver dicta una nueva decisión, cuyo resultado final pueda ser que: confirme, que revoque o que modifique la sentencia de primera instancia.

Debemos advertir que la decisión de segunda instancia es colegial (la sala está integrada por tres magistrados) en atención a la estructura de este tribunal, antes de emitir la sentencia se realiza un procedimiento que consiste en que los diversos criterios de cada juzgador se reúnan en una sola decisión, independientemente que la manifestación de los juicios singulares de cada uno de los juzgadores sean acordes o no, se deben reunir en un solo documento, para darlo a conocer a las partes y al juzgador de primera instancia, el medio por el que se realiza este procedimiento es el voto, lo que determina que la resolución sea unánime o por mayoría; se ha querido establecer categorías respecto a la decisión del juzgador de segunda instancia, al decirse, "La autoridad de la decisión colegial es máxima cuando el acuerdo es unánime; media, cuando, fracasada la unanimidad, se alcanza al menos la mayoría; mínima cuando no se alcanza ni siquiera la mayoría..." (261) para llegar a esos grados de resolución se requiere del juicio de cada uno de los juzgadores, el juicio se obtiene por regla general del estudio de los agravios expresados, que dan pauta al reexamen de todo lo actuado, tanto en primera instancia como en segunda instancia; además que el Tribunal de Alzada puede ordenar que se realicen actuaciones complementarias al juzgador de primera instancia, pa

ra conocer la verdad; para ilustrarnos sobre el particular, se nos dice: "...que el contenido de la discusión no es sólo la sentencia apelada, sino el contenido de todo el proceso.

"Pero puede suceder que aún tratándose de fallos definitivos, - las violaciones reclamadas sean yerros del procedimiento, por omisiones - en la tramitación, denegación de pruebas o defensa, falta de diligencias o requisitos en actos esenciales, etc. En estos casos, puesto que las infracciones se refieren a la forma; la enmienda debe también verificarse - en la forma y no en el fondo del proceso que aún no puede decidirse. Si se falló ilegalmente sin oír al reo o admitirle testigos; el remedio consistirá en hacer que se escuche y se le reciban los testimonios que ofrece: no es absolverle o condenarle reformando de una vez el fallo apelado; porque no puede saberse si aún decididamente procede la absolución o la - condena antes de practicar tales diligencias y conocer su resultado o antes de llenar en general todos los vacíos de la tramitación esenciales".-

(262) El juzgador de segunda instancia al considerar necesario la repositción de la práctica de las diligencias solicitadas, antes de decidir debe ordenar al juzgador que reponga el procedimiento, sin enmendar la sentencia del juzgador de primera instancia; también se forma convicción el juzgador de segunda instancia de la sola lectura de los agravios de donde -- puede concluir que no hay violaciones en el procedimiento de primera instancia, es decir "no hay agravios" técnicamente hablando, entonces se declara la improcedencia de la apelación, independientemente de la suplencia que se analizará a continuación.

(262) Acero, Julio. Op. cit. p. 427

Hemos señalado que los agravios dan la base y la medida al recurso, por lo tanto, "...el Tribunal de Alzada no puede proceder de oficio, está sometido a lo impugnado por las partes en los agravios. Por consiguiente, concentrará su atención en las cuestiones a que éstos se refieren, y de ninguna manera a lo no invocado, porque éste ya ha sido declarado firme, con la correspondiente producción de sus efectos; salvo en el caso previsto en la parte final del Art. 415 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal". (263) Sin tomar en consideración por el momento la suplencia de los agravios que se mencionan en el criterio anterior, específicamente en relación a la materia de apelación, es necesario saber qué son los agravios, Jorge Silva Silva, considera que se debe aplicar la regla, *tantum devolutum, quantum appellatum*, la que considera que, "...sólo permite el reexamen parcial de la resolución impugnada, el iudex ad quem, está limitado por los agravios que sean presentados por el apelante o los apelantes.

"Si al momento de estar realizando el reexamen encuentra que se violó alguna disposición legal, y ésta no fue objeto de la crítica del apelante, el ad quem no podrá subsanar tal omisión, ya que sólo deberá ajustarse a los agravios que le sean planteados. Los agravios serán el límite de su función. A esta regla también se le conoce como principio de estricto derecho". (264)

En relación a los mismos agravios, existe también el criterio, regla o principio (calificativos que se le han dado) "*non reformatio in pejus*" que se refiere a la no modificación de la pena en perjuicio del

(263) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 516

(264) Op. cit. pp. 445-447

AGRAVIOS Y PRUEBAS EN LOS
RECURSOS DURANTE EL PRO-
CEDIMIENTO PENAL.

a.) Recurso de Revocación:

Se deben expresar desde que se interpone el recurso y ofrecer las pruebas que se consideren pertinentes.

1º) La suplencia de agravios no opera para el Ministerio Público.

2º) Es posible suplir los agravios del defensor cuando se observa que fueron expresados con torpeza o ignorancia.

b.) Recurso de apelación:

Se pueden expresar agravios desde su interposición hasta el día de la audiencia de vista.

3º) La suplencia opera plenamente en las omisiones -- que existan en los agravios expresados por el procesado o sentenciado.

4º) Las pruebas se deben ofrecer dentro de los tres días siguientes del auto de radicación, que dicte la sala.

c.) Denegada Apelación:

Se expresará el agravio al momento de plantear la inconformidad, señalando las constancias que sirvan de prueba en el recurso.

d.) Queja:

Sólo se expresa inconformidad por la negligencia del juzgador al no realizar la conducta procesal, las pruebas son las constancias de autos.

sentenciado, este principio se indica en el Art. 427 del CPPDF y en el -- Art. 385 del CFPP, el primero dice: "La sala al pronunciar su sentencia, tendrá las mismas facultades que el tribunal de primera instancia; pero, sólo si hubiera apelado el reo o su defensor, no podrá aumentarse la pena impuesta* en la sentencia apelada", y el segundo expresa lo mismo, con ligera modificación en su redacción, en la primera parte del artículo men-- cionado donde acoje el principio que estudiamos; a ésto se agrega que, -- "Cuando sólo apela el sentenciado, se dice que sería injusto el aumento - de la penalidad ya impuesta, entre otros motivos, porque 'el legislador - ha entendido que resultaría cruel en extremo defraudar la esperanza del - reo en una resolución que representa, si no la absolución, una atenuación de la sentencia de condena, con una sentencia agravatoria de la sanción - ya impuesta'". (265) Respetando este razonamiento decimos que este prin-- cipio se complementa con la regla de que no se debe dar más de lo pedido, puesto que si nadie ha solicitado que se aumente la sanción, el juzgador de segunda instancia no la debe agravar de oficio, si atendemos que la -- misma ley procesal prescribe que la apelación solamente se abra a peti-- ción de parte, Cfr. Arts. 415 del CPPDF, 364 del CFPP.

La *reformatio in pejus*, significa la reforma en perjuicio; a - la que Don Eduardo J. Coutore*, dice que, consiste en una prohibición al - juez superior de empeorar la situación del apelante, en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario. Así, con esta ilustración se afir-- ma nuestra opinión en el sentido de que para agravar la sanción es requi-- sito que se solicite; por su parte Jorge Silva Silva, nos proporciona dos

*Subrayado nuestro.

(265) De pina, Rafael. Cit. por Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 517

**Nota: Así lo concibe en la obra citada, Pag. 367.

claves de reformatio: "Aquí cabe precisar dos tipos de reformatio: in peius (en perjuicio) e in beneficis (en beneficio). La primera es la prohibida". (266) Efectivamente como lo señalamos con antelación, cuando es en perjuicio no se debe aplicar por el juzgador de segunda instancia, pero si es en beneficio se es permitido.

La reformatio in beneficis (que significa en favor del sentenciado) sólo opera en la suplencia de los agravios, principio que las leyes procesales en materia penal acogen en sus Arts. 415 del CPPDF y 364 del CFPP, al indicar ambos que el Tribunal de segunda instancia podrá suplir las deficiencias de los agravios expresados por el procesado o su defensor; en la doctrina y en la práctica, se entiende en ocasiones que es lo mismo, suplir la deficiencia que suplir el agravio, sobre este planteamiento, el mismo Jorge Silva Silva considera: "Mientras que la suplencia del agravio implica la ausencia de agravio, en cuyo caso se cumple decir, se satisface el agravio mismo-, en el suplir la 'deficiencia' se parte de la idea de que el agravio fue expresado, pero mala o incompletamente, y lo que se hace es complementarlo, colmar la parte en que fue deficiente". (267)

En relación a los agravios del sentenciado o procesado, expresados por él o su defensor, se puede suplir la deficiencia de los agravios, al respecto se han considerado cuatro criterios (268), que a continuación se señalan:

(266) Op. cit. p. 447

(267) Ibidem p. 448.

(268) Cfr. Rivera Silva, Manuel. Op. cit. pp. 344-346

1º) Revisión parcial, el juzgador superior sólo revisa los agravios expresados, pudiéndose suplir los que estén mal o incompletos, para enmendarlos, sin que se pueda estudiar aspectos no expresados.

2º) Revisión total, se pretende apoyar la revisión total de la resolución recurrida, en que la ley procesal se refiere a los que no se hicieron valer, por lo que hay expresión de agravios pero no fueron todos los que se debieron expresar, entonces el juez de segunda instancia los suple al dictar resolución.

3º) Máxima deficiencia, ni el procesado ni su defensor expresan agravios, el juez de alzada entra al estudio total de la resolución recurrida, por el simple hecho de haberse interpuesto el recurso, en el que al resolverse se revisa de oficio, supliéndose la no expresión de agravios.

4º) Sincrética. (la que pretende conciliar dos criterios diferentes) Si los agravios no fueron expresados por el procesado se debe revisar la resolución impugnada, por haberse recurrido la resolución, por lo tanto opera la revisión total, y de esta manera opera la suplencia de agravios. -- Cuando el defensor expresa los agravios, se suple la deficiencia que se contengan en ellos que no se hicieron valer debidamente, por lo tanto es indispensable la expresión de agravios, esto es, sólo lo que existe se puede suplir, al revisarse la resolución impugnada.

Consideramos que el defensor debe ser un técnico en derecho, - (de acuerdo a la ley reglamentaria del artículo 5º Constitucional, se exi-

ge que sea un profesionalista en derecho el defensor), en estas condiciones los agravios deberían estar expresados debidamente, es decir, con razonamientos jurídicos que abarque, señalen y ataquen todas las violaciones -- que se contengan en la resolución impugnada, en atención a todo lo anterior no debería haber suplencia de expresión de agravios, sin embargo si atendemos que el defensor no ventila causa propia, el perjudicado sería el procesado, en razón de la torpeza e ignorancia o falta de conocimiento del defensor.

La resolución de segunda instancia puede ser: que confirme la resolución impugnada, que revoque la resolución recurrida, o que modifique la resolución contra la que se manifestó inconformidad.

La resolución de segunda instancia, que revoca la sentencia condenatoria recurrida, cobra un efecto inmediato, consistente en el decreto de la absoluta e inmediata libertad del recurrente si se encuentra privado de su libertad, ejecución que ordena la sala la realice enseguida el actuario del tribunal de alzada, quien se debe constituir al lugar donde se encuentre para liberarlo.

Si la sala confirma una sentencia condenatoria (apelada por el Ministerio Público, procesado o su defensor) causa ejecutoria, en la misma resolución se ordena remitir copia certificada a la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, comunicándole que queda a su disposición el reo para efectos del cumplimiento de la sanción impuesta; en caso de que el sujeto sentenciado este gozando de su --

libertad se ordenará su reaprehensión con la finalidad de cumplir lo ordenado.

La sentencia de segunda instancia que modifica la resolución - de primera instancia puede ser: a) que disminuya la penalidad, entonces - gozará de todos los beneficios que le produzca esta resolución de segunda instancia, b) si se le aumenta la penalidad, (por haber apelado el Ministerio Público) se ordenará ya sea su captura o que se envíe copia a la -- Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social dependiendo de la penalidad y de que esté recluso o gozando de su libertad el sujeto.

En cuanto a las resoluciones de segunda instancia contra autos en cualquier sentido, que se dicte informará ésta al juez inferior para - acatar lo que se haya decretado, ya sea para dar por terminado el proceso o para continuar éste.

6.-) Consideraciones.

- 1º) Las pruebas en los recursos penales no deben ser restringidas, en razón que lo que se pretende en el procedimiento penal es encontrar la verdad de los hechos con la finalidad de que se condene o se absuelva al individuo.
- 2º) En nuestro Derecho Positivo, la apertura de la segunda instancia es a petición de parte, excepcionalmente encontramos que se abra oficiosamente como en la revisión forzosa que se regula en algunas entidades federativas; en cuanto a la substanciación de los recursos, concurren tanto la actividad oficiosa, como el impulso de parte.
- 3º) La regulación del recurso de revocación adolece de lineamientos para su substanciación, como lo relativo a la intervención de la otra parte, el procedimiento probatorio, y la actividad a realizar en la audiencia donde deben ser oídas las partes.
- 4º) El recurso de apelación es el más socorrido en la práctica profesional, por tener como finalidad atacar una resolución judicial que causa agravio, para que otra autoridad la reexamine con base en los agravios y las pruebas que se aporten, se dicte una nueva resolución para en su caso, corregir las anomalías que se contengan en la resolución combatida.
- 5º) En la ley procesal penal se faculta de manera amplia a los sujetos

que intervienen en el procedimiento penal a interponer el recurso - de apelación como a las partes, el ofendido y terceros relacionados con la reparación del daño.

- 6º) Los agravios son la materia de los recursos, también lo es de la -- apelación, que de no expresarse la consecuencia es la declaración - de la deserción del recurso, pero si se expresan con deficiencia -- por el procesado o su defensor, se suplen esas deficiencias en ra-- zón de la tutela jurídica que ampara al procesado o sentenciado.
- 7º) El procedimiento probatorio en segunda instancia debe realizarse sin ninguna limitación con el objeto que el juzgador superior conozca - la verdad que se investiga, de no ser así el resultado normalmente sera confirmatorio respecto a la resolución impugnada.
- 8º) La reposición del procedimiento es un recurso accesorio de la ape-- lación, en razón de estar aparejada a ésta como requisito para que se haga valer en segunda instancia, que tiene como finalidad que - se corrijan las anomalías procedimentales cometidas por el juzgador de primera instancia, y que de proceder dicha reposición hace nula la sentencia definitiva y por ende impide su revisión.
- 9º) Los efectos de la sentencia de segunda instancia son varios, la - - principal es que la sentencia impugnada causa ejecutoria, (salvo el derecho de interponer el juicio de amparo por parte del sentenciado) como consecuencia, también dependiendo del sentido de la resolución se dejará en libertad o se ordenará la captura del sentenciado.

V.-) LAS PRUEBAS EN LOS INCIDENTES DE LIBERTAD.

Todo incidente judicial, es sinónimo de un procedimiento, pues to que hay que realizar determinadas actividades procesales para que se pueda desarrollar dentro de otro procedimiento que dió lugar a ello, entre las actividades que se tienen que desarrollar estan el planteamiento del incidente, la prueba del incidente, esto es, realizar todo el procedimiento probatorio del incidente independientemente del que se sigue en el procedimiento principal, la dinámica del incidente y su resolución; el maestro Piña y Palacios, lo sintetiza así: "...cualquier incidente que se examine se ve que comprende el planteamiento de la cuestión, la prueba de la misma y su resolución, es la técnica de un proceso dentro del proceso mismo". (269) Al razonar en relación a lo anterior decimos que la prueba es indispensable, pues en el desarrollo procedimental puede aparecer concomitantemente al planteamiento o en el período probatorio que se conceda para su aportación, sin importar si se trata de incidentes especificados o no especificados, en cuanto a su trámite, en lo relativo a estos últimos, Eduardo Pallares nos dice que hay dos maneras: a) si la cuestión a resolver es sencilla y las partes no promovieron prueba, sin más trámite se resuelve el incidente; b) si la cuestión no puede resolverse de plano y sea necesario la aportación de pruebas, se substanciará por cuerda separada, así: presentada la promoción se correrá traslado a la otra parte para que conteste en el acto de la notificación, si alguna de las partes lo pidiese o a juicio del juez, se abrirá el incidente a prueba por el término de tres días, concurran o no las partes en la aportación de pruebas, -

el juez resolverá el incidente, (270) en conclusión, la prueba será la materia del incidente que podrán ser las mismas actuaciones del procedimiento principal que dió lugar a alguna cuestión incidental.

Por lo que respecta al concepto de incidente tenemos algunos -- criterios que nos ayudan a entender esta institución jurídica, para Colín Sánchez, "...son obstáculos que surgen durante la secuela procedimental, impidiendo su desarrollo". (271) Consideramos que estrictamente no son -- obstáculos puesto que no siempre entorpecen la secuela procedimental, sólo en determinados casos es requisito desvanecer la cuestión planteada como incidente; el maestro Manuel Rivera Silva, (272) nos proporciona los -- siguientes caracteres del incidente: a) tiene relación accesoria con el -- negocio principal, b) no forma parte del procedimiento normal, no es un -- eslabón de la secuela procedimental, es un pequeño procedimiento metido -- en el procedimiento grande, y c) tiene su propio procedimiento por ser especial; quien concluye para ilustrarnos que el incidente penal es una cuestión promovida en un procedimiento, que en relación con el tema principal reviste en carácter accesorio y que encontrándose fuera de las etapas normales, exige una tramitación especial; otra concepción es la que dice: -- "es una cuestión surgida en el curso del proceso o con motivo de él, que interrumpe, modifica o altera, transitoria o definitivamente, la estructura lógica del mismo". (273) Por nuestra parte decimos que los incidentes, son algunas circunstancias que surgen dentro de la secuela procedimental, sin pertenecer a ninguna de las etapas procesales, con procedimiento pro--pio, que puede alterar o no el desarrollo del principal como consecuencia

(270) Cfr. Prontuario de Procedimientos Penales, Porrúa, México 1980, p. 85
(271) Op. cit. p. 537

(272) Cfr. Op. cit. p. 357.

(273) Piña y Palacios, Javier. Op. cit. pp. 113-114

de su planteamiento o de su resolución.

En la ley procesal penal se prevé, tanto en apartado específico como en el contenido de toda la ley, los incidentes que pueden surgir durante la secuela procedimental, también fija el trámite específico para cada uno de los incidentes y una tramitación genérica para los casos en -- que no señala el que se habrá de seguir en el incidente, en atención al -- trámite la misma ley denomina a estos últimos incidentes no especificados y a los especificados les concede nombre y reglas para su substanciación.

En resumen, decimos que sin atender a la técnica del trámite a seguir, en todo incidente se requiere probar la causa que lo motivo, ya sea que se haya hecho valer un derecho o se solicite la extinción de un derecho.

De los incidentes que se regulan en la ley procesal penal, únicamente analizaremos los incidentes de libertad que son: Libertad provisional bajo caución, Libertad provisional bajo protesta y Libertad por desvanecimiento de datos.

Normalmente operan los incidentes de libertad cuando un individuo está en prisión preventiva, es decir, cuando existe privación de la libertad durante la tramitación del procedimiento penal, pero cuando se den los supuestos señalados en la ley respecto a la penalidad del delito que - se investiga, esta privación de libertad no debe durar más del tiempo de - la penalidad que se señale en el hecho ilícito que dió materia al proceso,

como se establece en el Parr. segundo, de la F. X, del Art. 20 de la Constitución, al decir "tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso". Observamos que la prisión preventiva, aunque es una medida, a la vez no debe prolongarse más tiempo del que pueda imponerse como penalidad como consecuencia del delito a un sujeto, si el proceso aún no se ha resuelto con sentencia definitiva.

Durante la prisión preventiva, el individuo puede obtener su libertad, por otros medios legales para sustituir la prisión preventiva, - en nuestro medio se regulan los incidentes de libertad, sin embargo, "En algunos países no se puede mantener detenido al inculcado cuando medidas - menos severas pueden representar una protección suficiente de los intereses de la sociedad". (274) Entre esos países (275), Austria regula las siguientes medidas:

- 1.-) El juramento de no huir, ni ocultarse, ni dejar su residencia.
- 2.-) Jurar no obstruir la investigación.
- 3.-) La obligación de vivir en determinado lugar y abstenerse de visitar - determinados lugares y personas, vivir honestamente y no desempeñar - determinados trabajos.
- 4.-) La obligación de avisar el cambio de domicilio y presentarse al juzgado cuando se le requiera.
- 5.-) Retiro provisional de documentos de viaje y licencia de manejo.
- 6.-) La prestación de una caución.

(274) Rodríguez y Rodríguez, Jesús. La detención preventiva y los Derechos humanos en Derecho comparado. UNAM, México, 1981. p. 99

(275) Cfr. ibidem, pp. 100-101, donde se tomaron los datos relativos a: Francia, Alemania, Austria y Suecia.

En Francia existen las medidas de "control judicial" que pueden operar antes que se decrete la detención provisional, tales medidas son:

- 1.-) No salir de los límites territoriales fijados por el juez, si es necesario informar al juez.
- 2.-) No ausentarse de su domicilio si no hay motivos.
- 3.-) No frecuentar determinados lugares.
- 4.-) Presentarse a los servicios o ante las autoridades designadas por el juez.
- 5.-) Atender y someterse a las medidas de control en relación con sus actividades que realice.
- 6.-) Depositar su pasaporte y licencia de manejo ante una autoridad.
- 7.-) Abstenerse de visitar a determinadas personas.
- 8.-) Someterse a exámenes, tratamientos o cuidados, incluso su hospitalización si es necesaria la desintoxicación.
- 9.-) Prestar caución fijada por el juez.
- 10.-) No realizar determinadas actividades si están relacionados con el delito cometido.

En la República Alemana, después de decretada la detención --- preventiva, se pueden fijar medidas para suspenderla, como: la obligación de presentarse ante las autoridades, el arraigo domiciliario, prestar caución, retener el pasaporte o licencia de manejar; de entre ellas la que más se aplica es la presentación periódica ante las autoridades, la menos utilizada es la obligación de prestar caución.

En Suecia, la liberación bajo caución no tiene cabida ni en la legislación ni en la práctica.

1.-) Incidente de libertad provisional bajo caución.

El incidente de libertad provisional bajo caución, tiene sus antecedentes del antiguo Derecho Romano, específicamente desde la Ley de las Doce Tablas, se reguló la posibilidad de que alguien responda por otro para dejarlo en libertad; luego se reglamentó: "...según una leyenda verdaderamente antigua, ya los magistrados patricios de la época anterior a los decenviros fueron constreñidos por los tribunos del pueblo al admitir una fianza pública (*praedes vades*) constituida por el acusado,... y a seguir el proceso contra aquel dejándolo en libertad"*.

Durante la aplicación del sistema inquisitivo procesal, la libertad provisional fué suprimida, lo cual se reimplanta con la Ordenanza Francesa de Luis XIV, en forma limitada, es en el movimiento revolucionario francés donde se amplía la concesión de la libertad provisional. La Constitución Española de Cádiz de 1812, reglamenta esta libertad provisional con el nombre de libertad bajo fianza, diciendo que se podía evitar encarcelar a un individuo si otorga fiador en los casos en que la ley no prohiba que se admita fianza; también se podía otorgar fianza en cualquier estado de la causa si al preso no se le puede imponer pena corporal; ésto fué copiado por la Constitución de 1857, con ciertas modificaciones en su redacción; los Códigos de 1880 y 1894 (de procedimientos penales), reglamentaron la libertad provisional bajo caución; y la Constitución de 1917 reguló la libertad bajo fianza, y la

*Nota: Mommsen, Teodoro. Ob. cit. p. 216.

libertad bajo caución; en su F. I, la que ha sido reformada en varias ocasiones y actualmente sólo contempla la libertad provisional bajo caución.

Se ha concebido a la libertad provisional bajo caución desde - varios aspectos, entre los que anotaremos los siguientes: Juan José González Bustamante la considera como, "...la libertad que con carácter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del proceso, previa la satisfacción de determinadas condiciones estatuidas en la ley".- (276) Para Manuel Rivera Silva es, "...el procedimiento promovido por el inculpado, su defensor o su legitimo representante, en cualquier tiempo y con el objeto de obtener su libertad bajo caución económica que garantice la sujeción del propio inculpado a un órgano jurisdiccional". (277) En estos dos conceptos se contiene que la finalidad es obtener la libertad del sujeto ligado al procedimiento penal, previa la satisfacción de los requisitos legales; en este mismo sentido nos dicen que, "la libertad bajo caución es el derecho otorgado por la Constitución Política de los Estados -- Mexicanos a todo sujeto objeto de un procesamiento, para que, previa satisfacción de ciertos requisitos especificados en la ley, pueda obtener el goce de su libertad, siempre y cuando el término medio aritmético de la pena no exceda de cinco años de prisión". (278) Aquí se especifican los requisitos constitucionales para obtenerse la libertad, sólo a la penalidad, pero existen otros requisitos tanto constitucionales como procesales; en el criterio del maestro Javier Pina y Palacios se analiza desde dos puntos de vista, si atendemos el significado de 'incidente'; es el medio que permite durante el proceso, a quien se encuentra ligado a él, por ameritar el deli

(276) Op. cit. p. 298

(277) Op. cit. p. 358

(278) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 543.

to una pena corporal, obtener provisionalmente su libertad entre tanto con-
cluido ese proceso se le aplique a quién ha obtenido su libertad provisio-
nal, la pena correspondiente; si se toma en consideración lo que signifi-
can: 'incidente', 'libertad' y 'caución', es el medio que permite obtener
la libertad entre tanto se pronuncia sentencia definitiva en un proceso, -
mediante el empleo de una garantía que evita la substracción a la acción -
de la justicia. (279) del criterio anterior concluimos que se requiere sa-
tisfacer determinados requisitos para obtener la libertad, entre los que -
resaltan, la penalidad corporal (nosotros preferimos utilizar privativa de
libertad) y la garantía otorgada para satisfacer la caución fijada por el
juzgador.

Para analizar la libertad provisional bajo caución, lo haremos
de acuerdo al significado de las siguientes palabras: Libertad, viene del
latín *libertas-atis*, que significa facultad del hombre de obrar de una u -
otra forma o de no obrar, por consiguiente es responsable de sus actos, sin
estar subordinado a alguien. Caución deviene del vocablo latino, *cautio-*
onis, que denota: prevención cautela, que se traduce en la seguridad de --
que se cumplirá lo pactado, mandado o prometido. Provisional, del latín -
provisio-onis que es igual a proveer interinamente. De la interpretación
semántica de estas palabras, a excepción de la palabra bajo, que en este -
caso significa condición, decimos que la libertad provisional bajo caución
es una garantía que tiene todo individuo privado de su libertad en virtud
de un procesamiento, de ser liberado temporalmente, si garantiza no subs--
traerse a la acción de la justicia, si se satisfacen previamente los presu

puestos del artículo 20 constitucional y los relativos a las leyes complementarias.

Este incidente de libertad provisional bajo caución ha sido duramente criticado, al considerarse que el rico es quien puede obtener su libertad y al pobre se le hace negatoria, como lo expresa Manuel Rivera -- Silva, "...la libertad provisional bajo caución, de la cual sólo pueden hacer uso las personas que gozan de poder económico y hacen verdad, con ello el dicho popular de que la justicia penal únicamente es para los pobres".- (280) En el mismo sentido más otras circunstancias negativas de este incidente se critica así: "...primero a que esta institución es considerada como discriminatoria, en la medida en que otorga una ventaja indebida al inculpado rico sobre el acusado pobre y, segundo, porque se ha visto que la misma tiene sólo un débil cuando no nulo efecto en casos de peligro de fuga, colusión o reincidencia.

"En una palabra, la libertad provisional bajo fianza o caución plantea dificultades y reservas de tal magnitud, tanto desde el punto de - vista económico como moral y social, que nos parece muy discutible que esta institución pueda ser considerada hoy día como una perspectiva válida de - medida de sustitución de la detención preventiva". (281) Respetando las - críticas anteriores, consideramos que la ley no distingue a los ricos de - los pobres, para que hagan valer este derecho, además en la práctica es -- utilizado frecuentemente.

(280) Op. cit. p. 371

(281) Rodríguez Rodríguez, Jesús. Op. cit. pp. 101-102

1.1) Requisitos constitucionales y procesales.

Los requisitos constitucionales de la libertad provisional bajo caución se señalan en la F. I del Art. 20 Constitucional, y los requisitos procesales se regulan en el Art. 556 del CPPDF y en el 399 del CFPP, y en otros artículos de estos Códigos que se citarán después.

El primer requisito es que se solicite la libertad por el inculpado, su defensor o cualquier persona, o que el juez le manifieste al sujeto que tiene este derecho de oficio.

El segundo requisitos para obtener la libertad mediante caución consiste en la penalidad del delito imputado, la Constitución señala que - el término medio aritmético no rebase de cinco años de prisión, tomándose en consideración las circunstancias personales y la gravedad del delito - con sus modalidades de ejecución, (F. I, Art. 20 constitucional). Sin embargo, esta regla, de acuerdo a lo establecido por los Arts. 556 del CPPDF y 399 del CFPP, a juicio del juzgador se puede ampliar, esto es, se autoriza al juez a conceder la libertad aunque la penalidad del delito sea mayor de cinco años de prisión del término medio aritmético, con la condición que la funde y motive, si se cumplen los requisitos siguientes: garantizar la reparación del daño, que la libertad no constituya un grave peligro social, que no exista riesgo que se sustraiga el procesado a la acción de la justicia y que no tenga antecedentes penales, salvo los casos en que no procede conderlarla*, para la procedencia de la libertad en estas condiciones se -

*Nota: Ambos artículos establecen en que delitos no se puede conceder la libertad provisional bajo caución, al individuo sujeto a procesamiento, si se rebasa el término medio aritmético de cinco años de prisión.

necesita probar cada uno de los requisitos que se enumeran.

La caución es el tercer requisito, para que obtenga su libertad el individuo es necesario que otorgue la caución fijada por el juzgador.

"La caución es una seguridad o promesa, por medio de la cual el reo se obliga solemnemente a comparecer de nuevo en juicio ante cualquier orden del juez, o a cumplir la sentencia" (282)

La fijación de la caución queda a criterio del juzgador, pero no podrá rebasar los límites siguientes: nunca podrá ser mayor al equivalente de dos años del salario mínimo general vigente en el lugar donde se cometió el delito; se podrá duplicar esa cantidad si el juzgador lo considera conveniente en base a: la gravedad del delito, las circunstancias del imputado o del ofendido, es motivo para ello; en los delitos patrimoniales se fijará cuando menos tres veces el daño causado o el beneficio obtenido; si se tratase de un delito preterintencional o imprudencial, la caución -- consistiría en garantizar la reparación del daño.

1.2) Dinámica procedimental.

Solicitada la libertad provisional bajo caución, por la persona autorizada o no, en forma escrita o verbal al órgano jurisdiccional, inmediatamente éste tiene la obligación de resolver si la concede o no, atendiendo al término medio aritmético de la penalidad, (salvo excepción) la caución en su caso debe ser garantizada previamente.

Para fijar el monto de la caución el juez debe atender lo siguiente: los antecedentes del inculpado; la gravedad y circunstancias del delito realizado; que el procesado se pueda sustraer a la acción de la justicia; las condiciones económicas del procesado; y la naturaleza de la garantía que ofrezca; (Art. 560 CPPDF y 402 CFPP). Al interpretar el último requisito que señalamos, decimos que es necesario incluir la forma como se va a garantizar la caución desde su solicitud; consideramos que no es requisito indispensable en ese momento, porque la garantía se exhibe posteriormente a la fijación de la caución.

El inculpado tiene el derecho a escoger la forma de garantizar la caución (aunque el juez decide respecto a la admisión bajo su responsabilidad), que puede ser: en efectivo depositando la cantidad de dinero correspondiente en Nacional Financiera, S. N. C., para obtener el billete de depósito a nombre del juzgado que dijo la caución; en hipoteca, que se -- constituirá sobre bienes inmuebles sin gravamen, con valor cuando menos de tres veces el monto de la cantidad fijada; y en fianza personal o de empresas afianzadoras autorizadas, en estas últimas se cubrirá una prima en concepto de derechos para que ellas se constituyan en fiadoras del procesado ante la autoridad jurisdiccional; en los casos de la fianza personal si la caución es mayor de trescientos pesos (actualmente treinta centavos) el -- fiador debe comprobar tener bienes raíces como garantía y cuando es menor de esa cantidad basta la protesta que rinda el fiador ante la autoridad -- judicial que tiene con que garantizar a lo que se compromete, estas dos últimas formas no tienen uso práctico en la actualidad, se prefieren las dos anteriores.

Garantizada la caución, surte sus efectos lo dispuesto en la F. I del Art. 20 Constitucional que consiste en dejar inmediatamente en libertad al sujeto, no inmediatamente que lo solicite; la libertad obtenida en estas condiciones, significa que seguirá sujeto a proceso el individuo, hasta dictarse sentencia definitiva normalmente.

La resolución de la revocación de la libertad caucional produce el efecto inmediato de girar orden de reaprehensión, si el sujeto no está a disposición de la autoridad, previa la solicitud que realice el Ministerio Público; como segundo efecto se hará efectiva la garantía que se había otorgado. El hecho de que será reaprehendida la persona no impide que se vuelva a solicitar la libertad para que sea nuevamente otorgada, salvo el caso en que haya cambiado la sanción del delito y rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión. En el caso de que la libertad se transforme en definitiva, o que haya sentencia ejecutoria, se devolverá el depósito o se cancelará la garantía.

1.3) Medios probatorios pertinentes.

La libertad provisional bajo caución se puede solicitar durante la averiguación previa, (como excepción) y ante el juzgador durante la secuela procedimental.

En la averiguación previa se faculta al Ministerio Público a conceder la libertad provisional bajo caución, cuando se trate de delito no intencional o culposo y no se abandone al ofendido, previa la garantía

de la caución fijada, así como al pago de la reparación del daño, con la limitación de si el delito se ocasiono por tránsito de vehiculos y se abandonó al lesionado o estaba el conductor bajo los efectos de bebidas embriagantes o de alguna droga no procede la libertad previa ante el Ministerio Público.

Para que el Ministerio Público niegue la libertad previa con caución, será necesario que por medio de las pruebas pertinentes encuentre justificado que: se abandono al ofendido, podría ser con el dicho de testigos; que se estaba bajo los influjos del alcohol o de alguna droga, mediante la prueba pericial médica.

El haberse obtenido la libertad bajo caución, impone al sujeto las siguientes obligaciones: presentarse ante el juez que lo liberó las veces que se le requiera, comunicar al juez el cambio o cambios de domicilio, presentarse ante el juzgador el día que se le señale de cada semana, esta última obligación se realiza en la práctica mediante "la firma" del libro de control de personas con libertad provisional bajo caución; en el Art. - 411 del CFPP, además se le prohíbe al sujeto ausentarse del lugar del proceso sin previo permiso del juzgador, al concederse no debe ser mayor de un mes.

A la persona que goza de la libertad provisional bajo caución se le puede revocar esa libertad por las causas que se especifican a continuación: a) la falta de cumplimiento o violación a las obligaciones contraídas al obtener la libertad; b) desobedecer injustificadamente las órdenes

del juzgador; c) cometer un nuevo delito sancionado con pena privativa de libertad, antes de que el proceso anterior se hubiese concluido por sentencia ejecutoria; d) que amenace o trate de sobornar a los testigos, los peritos, ofendido o autoridad, que estén relacionados en el proceso; e) al renunciarla el procesado ante el juzgador; f) cuando apareciere que el delito por el que se le sigue proceso excede el término medio aritmético de los cinco años de prisión; g) cuando cause ejecutoria la sentencia en la primera o segunda instancia; h) al no presentar el fiador a su fiado, ante el juzgador en un plazo hasta de quince días; i) al comprobarse el estado de insolvencia del fiador; j) cuando el tercero que haya garantizado la libertad, pida que se le releve de la obligación y presente al liberado; y k) cuando el juzgador tenga temor fundado de que el liberado se sustraiga a la acción de la justicia; toda esta enumeración como motivos de revocación, se reducen a violaciones e incumplimiento de obligaciones, o causas supervenientes respecto al liberado o a terceros y como excepción aspectos subjetivos del juzgador.

En primera instancia para poder fijar la caución el juzgador -- atenderá los elementos probatorios existentes o aportados para tener por comprobado el cuerpo del delito, cuya penalidad sea la señalada por la F.- I del Art. 20 Constitucional, consecuentemente se debe valorar todo lo actuado para determinar si se trata de delito intencional, preterintencional o imprudencial, sin descuidar la justificación de las circunstancias de -- ejecución del delito, los antecedentes del sujeto y sus condiciones económicas; para justificarse o comprobarse, se puede emplear cualquier medio de prueba, siempre que sea pertinente. En los delitos patrimoniales es --

necesaria la prueba pericial para dictaminar respecto al monto del daño -- causado o del beneficio obtenido, para efectos de la penalidad respecto al delito, la que servirá como base para establecer si el término medio aritmético es mayor o menor de cinco años de prisión, en razón de que, "...los órganos jurisdiccionales, para determinar sobre la improcedencia o procedencia de la libertad caucional, deberán tener debidamente acreditado el monto a que asciende la cuantía del delito". (283) Para determinar la -- cuantía, aparte de la prueba pericial mencionada, es dable otros medios -- probatorios como: la documental, lo dicho por el ofendido y los testigos, -- sin embargo, en caso de no poderse cuantificar el juzgador lo debe conside -- rar como de valor indeterminado, lo que también beneficia al procesado.

Si para fijar la caución el juzgador atiende las modalidades -- del delito, ya sea como agravante o ya sea atenuante; estas circunstancias deben estar debidamente acreditadas con medios probatorios pertinentes, pu -- diendo ser los que el Ministerio Público haya recabado o los aportados en el proceso, se sostiene que antes de la sentencia definitiva no se deben -- considerar cuando se nos dice: "Las modalidades como causas que agravan o disminuyen la penalidad son invariablemente motivos de sentencia y no de -- una apreciación hecha por el juez antes de ésta y con lo cual (la aprecia -- ción) propiamente estaría resolviendo en definitiva..." (284) De acuerdo a este criterio, ni las agravantes ni las atenuantes operan para determi -- nar la caución o la procedencia o improcedencia de la libertad, por consi -- guiente, sólo debe atenderse el término medio aritmético de la pena de pri -- sión del delito. En la exposición de motivos para la reforma al Art. 20 --

(283) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 551

(284) Rivera Silva, Manuel. Op. cit. p. 363

Constitucional, F. I, publicado el 14 de Enero de 1985, entrando en vigor seis meses después, se justifica la inclusión de las modalidades del delito al argumentarse que, realmente se tomará en cuenta la conducta ilícita atribuida al sujeto y no una hipótesis penal abstracta, esto es, que no se tome en cuenta sólo el tipo básico, sino que es necesario considerar las modalidades agravantes o atenuantes; con base a este argumento de la iniciativa se obliga al juez a prejuzgar los hechos ilícitos consignados por el Ministerio Público, cuando aún no cuenta con todos los elementos probatorios para resolver debidamente.

En donde es marcada la necesidad de la prueba para conceder la libertad provisional bajo caución, es cuando se solicita nuevamente por -- causas supervenientes, respecto a este tema, Colín Sánchez nos ilustra con lo siguiente: "Aunque nuestros códigos no indican cuáles pueden ser esas - 'causas supervenientes', no obstante, debemos entender que, por ejemplo: - si el valor de lo robado se cuantificó muy alto y peritaciones posteriores señalan menor cuantía, tal vez entonces esto se constituya en una causa que determine la procedencia de la libertad. Lo mismo podría ocurrir cuando - se realiza una reclasificación de las lesiones y éstas resultan menos graves; también en el caso en que, habiéndose solicitado la libertad al ren-- dir la declaración preparatoria y al dictar la formal prisión, el juez ade cúa la conducta o hecho a un tipo penal distinto de aquel por el cual el - Ministerio Público ejercito la acción y la penalidad correspondiente, en - su término medio aritmético, no sea mayor a cinco años; etc." (285) De -- acuerdo a lo que se nos proporciona, decimos que se requiere de nuevas - -

pruebas para demostrar que se ha modificado las circunstancias adversas anteriores, para que con las nuevas pruebas aportadas el juzgador pueda conceder la libertad; por una causa superveniente, que correctamente debería ser por una prueba superveniente indubitable.

En cuanto a la concesión de la libertad provisional, cuando se rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, el juzgador - debe fundar y motivar su resolución pero además, se deben justificar con - medios probatorios los requisitos siguientes:

- 1º) La garantía de la reparación del daño, para lo cual es necesaria la -- cuantificación del valor del daño causado, por medio de la prueba pericial normalmente.
- 2º) Que no se constituya en grave peligro social, en este caso se tendrá - que probar la buena conducta del sujeto, por medio de testigos, documentos o estudios respecto a su personalidad.
- 3º) Sustraerse a la acción de la justicia, para evitar este temor del juzgador, es necesario justificar con prueba documental que se tiene domicilio fijo y modo honesto de vivir, mediante un trabajo u ocupación también fijo.
- 4º) La reincidencia o habitualidad, estas circunstancias se justificarán - con las pruebas documentales que recabe el juzgador en relación a sus antecedentes penales del sujeto que se procesa.

1.4) Valoración de las pruebas.

Para la valoración de las pruebas se debe atender a dos momentos, en la averiguación previa el Ministerio Público con base en los indicios (medios probatorios) podrá formarse convicción para conceder la libertad provisional bajo caución, sin que se considere que está juzgando. En relación a la valoración de las pruebas por el juzgador durante la secuela procedimental para otorgar la libertad provisional bajo caución, no es determinante para considerar demostrada la existencia del delito ni la plena responsabilidad del sujeto, en razón de que será hasta en la sentencia definitiva donde se constaten; sin embargo, en todos los casos se deberá - - atender las reglas de valoración de la prueba que se contienen en las leyes.

Si en la sentencia dictada la sanción impuesta no excede de -- cinco años de prisión y apela el sentenciado o su defensor, se puede tramitar la libertad bajo caución, en razón de que se ha determinado con las -- pruebas, el delito cometido y su penalidad correspondiente. Si se ha remitido el expediente a tribunal superior, el juzgador de apelación será quien resuelva respecto a la procedencia de la libertad provisional bajo caución que se solicite.

2.-) Incidente de libertad provisional bajo protesta.

La libertad provisional bajo protesta, también conocida como - libertad mediante palabra, bajo palabra, protestatoria, etc.; en nuestro -

derecho se observa que ha sufrido cambios.

"En el Código de 1880 se llamo 'libertad provisional' y procedía (Art. 259), aunque no se hubiera desvanecido los fundamentos que sirvieron para decretar la detención o prisión preventiva, respecto de delitos no sancionados con pena corporal o con pena de menos de tres meses de arresto mayor, en los que el acusado tuviere domicilio fijo, buenos antecedentes, oficio o modo honesto de vivir, no fuere mendigo y tampoco hubiere peligro de que se fugare.

"En el Código de 1894 la libertad bajo protesta correspondió a lo que ahora son las libertades por desvanecimiento de datos y las protestatarias por delitos de menos de cinco meses de arresto...

"El Código de 1929 (Arts. 577, 578 y 579 regula las libertades protestatorias, ya bajo un nuevo concepto que nada tiene que ver con los desvanecimientos de datos, y que procede, en determinadas condiciones, respecto de delitos de poca gravedad". (286)

Inicialmente se usaba el juramento para empeñar la palabra de honor como garantía para obtener la libertad, entre nosotros no rige, "El 'jurar' ante Dios que se cumplirán las órdenes del tribunal en México, cambio por la 'protesta' de que se cumpliría tal obligación. La razón del cambio no obedeció a un marco teórico jurídico, sino simplemente a razones de manía, prurito o recelo: tratar de olvidar la palabra 'juramento',

que para los creadores de la nueva ley sólo era propia de un diccionario religioso. Así con motivo de la separación Iglesia-Estado, el término juramento, como si se tratará de decreto, desapareció del vocabulario del - legislador mexicano". (287) También debemos agregar que jugó papel impor- tante la filosofía racionalista, para dejarse en el olvido el juramento - en las actuaciones procesales.

En el incidente de libertad bajo protesta, la palabra de honor sustituye al dinero, siendo suficiente que la otorgue la persona sujeta a procesamiento, por medio de la protesta ante la autoridad judicial a quien corresponde condecorar la libertad para su procedencia, si se está dentro - de los presupuestos legales, Colín Sánchez la conceptúa de la siguiente - manera: "...es un derecho otorgado (por las leyes adjetivas) al procesa-- do, acusado o sentenciado por una conducta o hecho, cuya sanción es muy - leve, para que, previa satisfacción de ciertos requisitos legales y median- te una garantía de carácter moral, obtenga su libertad provisional". (288) En la actualidad no se puede considerar que la penalidad es leve, al amen tarse a tres años y cuatro años de prisión para su procedencia de acuerdo a las reformas de las leyes adjetivas en materia penal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el día treinta de diciembre de 1991; es cierto que en su inicio en nuestro derecho procesal penal, se tomó en con sideración sanciones de tres y cinco meses de prisión para su procedencia, en los Códigos de 1880 y 1894, respectivamente y nuestro Código actual, - lo ha ido incrementando paulatinamente hasta llevar a tres o cuatro años de prisión.

(287) Silva Silva, Jorge. Op. cit. p. 531

(288) Op. cit. p. 556

2.1) Requisitos procesales.

La Constitución no contempla o indica requisito alguno para el incidente de libertad provisional bajo protesta, son las leyes procesales las que señalan al sujeto que está en proceso o haya sido sentenciado los requisitos siguientes:

- 1-) Tener domicilio fijo y conocido en el lugar donde se sigue el proceso.
- 2-) Tener su residencia en el lugar del proceso.
- 3-) Que a juicio del juez no haya temor a que evada la acción de la justicia.
- 4-) Que proteste presentarse ante el juzgador las veces que se le requiera.
- 5-) Que la pena máxima no rebase tres años de prisión respecto a la fijada al delito que se investiga.
- 6-) En el caso de personas de escasos recursos económicos, procede hasta cuatro años de la pena privativa de libertad, señalado en el delito que se imputa.
- 7-) Que sea la primera vez que delinque.
- 8-) Que tenga alguna actividad laboral y forma honesta de vivir.

En conclusión es necesario que la persona que solicita su libertad en este incidente debe satisfacer los requisitos que hemos anotado, - éstos han dado lugar a denominarla libertad sujeta a condiciones y distinguirla de la libertad protestatoria sin condiciones que procede "...cuando el inculpado hubiese extinguido en la prisión el máximo de la sanción señalada al delito que motivó su encarcelamiento, o cuando pronunciada la

sentencia condenatoria en primera instancia, el inculpado hubiese cumplido la sentencia impuesta y se halle en trámite el recurso de apelación, porque la Constitución de la República consagra como garantía para todo inculpado que no se prolongue la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso". (289) Consideramos que en estos casos se debe resolver el incidente de plano, pues basta constatar en el expediente cualquiera de las dos hipótesis mencionadas para que se declare procedente; también consideramos que por ser una garantía constitucional para el procesado y una obligación para el juzgador se debería decretar de oficio y sobreseer la causa, con efectos de libertad absoluta.

2.2) Dinámica procesal.

Para el trámite del incidente de libertad provisional bajo protesta se seguirá el señalado para los incidentes no especificados, con base en el Art. 418 del CFPP, que en su penúltimo Parr. indica "La libertad bajo protesta se substanciará en la forma establecida para los incidentes no especificados". Los Arts. 552, 553, 554 y 555 del CPPDF, son los que regulan este incidente, se guarda silencio en cuanto a su tramitación, -- por consiguiente atendemos lo que se señala en el Art. 541 del mismo Código, que se refiere a los incidentes no especificados, que indica: "Todas las cuestiones que se propongan durante la tramitación de un juicio penal y que no sean de las especificadas en los capítulos anteriores se resolverá en la forma que establecen los artículos siguientes". Los subsecuen

(289) González Bustamante, Juan José. Op. cit. p. 314.

cuentos artículos señalan las reglas a seguir para la tramitación de estos incidentes.

En atención a la forma de substanciarse este incidente de libertad bajo protesta, se debe atender lo siguiente:

- 1º) Que se solicite por el procesado o sentenciado o por su defensor.
- 2º) La solicitud se interpondrá ante el juzgador que esté conociendo el proceso.
- 3º) Se pueden presentar pruebas.
- 4º) Se le dará intervención al Ministerio Público.
- 5º) Se celebrará una audiencia de pruebas en los casos que se requiera.
- 6º) El juzgador resolverá de plano cuando no sea necesaria la audiencia - probatoria, o en su caso se oirá a las partes o se desahogarán las -- pruebas propuestas.

2.3) Medios probatorios pertinentes.

Para la procedencia de este incidente, también podemos prescindir de la prueba para justificar los requisitos que se deben satisfacer - por el procesado, los primordiales a justificar son:

- 1-) El domicilio fijo y conocido, lo podemos comprobar con pruebas documentales o testimoniales.
- 2-) La residencia de un año en el lugar del proceso, lo comprobamos también con pruebas documentales o testimoniales.

- 3-) Que sea la primera vez que delinque, esto se comprueba con las documentales que recabe el juzgador, respecto a sus antecedentes no penales.
- 4-) Que se dedique a alguna actividad laboral, mediante documentales idóneas respecto al lugar donde trabaja, a la ocupación o profesión que desempeña.
- 5-) Los escasos recursos, se justificara con la documental que corrobore la cantidad de dinero que percibe por sus actividades laborales.

Todos estos medios probatorios que estamos mencionando, se - - ofrecerán, se admitirán, se prepararán y se desahogarán, con las reglas - generales de la prueba.

2.4) Valoración de Pruebas.

Cuando el juzgador resuelve de plano el incidente por considerar que no hay pruebas que recibir, no significa la ausencia de pruebas, por lo tanto, debe valorar las que existen en autos, que pueden ser las - mismas actuaciones a las que tendrá que concederles valor probatorio, y - en el caso de sustanciar el incidente para la asunción de pruebas, el juz gador deberá valorar las que se aporten y las que existan en el expediente.

Concedida la libertad protestatoria, se puede revocar por no - cumplir el procesado los requisitos señalados para obtenerse o cuando haya sentencia condenatoria en su contra en primera o segunda instancia, se gún lo indica el Art. 554 del CPPDF; en el proceso federal se establecen los casos siguientes: a) cuando el inculpado desobedeciera las órdenes -

del juzgador que le concedió la libertad; b) cuando cometiere un nuevo de lito antes de que concluya en el proceso en que se le concedió la liber--
tad; c) cuando amenzare a los sujetos relacionados al proceso, tratare de
cohecharlos; d) cuando apareciere que el delito merece pena mayor de la
que fue concedida; e) cuando dejaren de concurrir las causas por las que
fué concedida la libertad; y f) cuando se dicte sentencia que cause ejecu
toria condenatoria en primera o segunda instancia. En todos los casos de
revocación se debe justificar con pruebas pertinentes la causa que proce--
dió para decretarse, previa la valoración de las pruebas que surjan.

3.-) Incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

Todo proceso penal se inicia con el auto de formal prisión, --
sea con restricción o sin restricción a la libertad, asimismo este auto -
debe contener los siguientes requisitos medulares, que son: la comproba--
ción del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, apoyados con los
elementos probatorios que consideró suficientes el juzgador al resolver -
la situación jurídica del inculpado, sin embargo, estos elementos se pue--
den desvirtuar con otras pruebas para dejar sin efecto la comprobación --
del cuerpo del delito o la presunta responsabilidad.

Se entiende por este incidente de libertad por desvanecimien--
to de datos que "...es una cuestión surgida con posterioridad a la formal
prisión, y que ha sido motivada por una serie de hechos que han destruído
los elementos que sirvieron para dictar el auto que liga al proceso me---
diante la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad

3.1) Requisitos:

Los requisitos para la substanciación del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, son los siguientes:

1ª) ¿Quién puede promoverla? Están facultados el procesado, su defensor y el Ministerio Público, "La legitimación de éste se desprende de la fracción VII del artículo 3º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que otorga a dicha representación la facultad de 'pedir la libertad del detenido cuando proceda', sin distinguir en qué casos (*ubi - lex non distinguere nec distinguere debemus*)" (293)

En el Art. 424 del CFPP, se faculta al Ministerio Público para interponer el incidente en estudio al señalar: "La solicitud del Ministerio Público para que se conceda la libertad por desvanecimiento de datos no implica el desistimiento de la acción penal. En consecuencia el tribunal puede negar dicha libertad..."

2ª) ¿Ante quién se promueve? sólo se puede trámitar ante el mismo juzgador natural que conoce la causa.

3ª) Momento en que puede promoverse, para poder determinar el plazo que se inicia con el auto de formal prisión, es necesario atender a las leyes procesales.

(293) Arilla Bas, Fernando. Op. cit. p. 193.

del inculpado". (290) También se considera que "es una resolución judicial, a través de la cual el juez instructor ordena la libertad, cuando basado en prueba indubitable considera que se han desvirtuado los elementos fundamentales en que se sustentó el auto de formal prisión". (291) El Código Procesal Penal del Estado de Michoacán, en su Art. 513, dice: "El desvanecimiento de datos consiste en la anulación de las pruebas que sirvieron para decretar la prisión preventiva o la sujeción a proceso, por otras posteriores...", en atención a lo anterior sólo procede la libertad del procesado si se elimina la comprobación del cuerpo del delito o la presunta responsabilidad.

Existe la idea que no se trata de un incidente de libertad, al externarse que, "...el legislador pretende encasillar estas cuestiones en lo que denomina 'incidente de libertad por desvanecimiento de datos'. En realidad, no se trata de un incidente de 'libertad', ya que no necesariamente ha de producir la libertad, pues la declaratoria de disipación o -- desvanecimiento de datos no lleva como supuesto a alguna medida cautelar.

"Si acaso puede producirse la libertad, ocurre de manera media ta, a consecuencia de la declaratoria de no continuar el proceso". (292)- Sin pretender contradecir este criterio, todas las resoluciones judiciales producen efectos y el de este incidente de declararse procedente se decreta la inmediata libertad ya sea provisional o definitiva, al conside rarse que se desvaneció la presunta responsabilidad o el cuerpo del delito respectivamente.

(290) Piña y Palacios, Javier. Op. cit. p. 153

(291) Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 559

(292) Silva Silva, Jorge. Op. cit. p. 687

a) El Art. 546 del CPPDF, nos indica que en cualquier momento del proceso podrá promoverse a petición de parte; de donde concluimos que si lo solicita el procesado o su defensor puede ser hasta antes que se dicte sentencia definitiva, pero si lo solicita el Ministerio Público deberá de hacerlo antes de que formule conclusiones en cualquier sentido.

b) El Art. 422 del CFPP lo delimita sin distinción de quién interponga el incidente, al período de la instrucción, siendo por consiguiente desde que se dictó el auto de formal prisión hasta antes de que se declare cerrada la instrucción.

4º) Resoluciones contra las que procede, si nos basamos en las reglas del CPPDF, se puede promover cuando se haya dictado auto de formal prisión o auto de sujeción a proceso, en razón de que ambos son autos de formal prisión, con o sin restricción a la libertad, pero si tomamos en consideración el Art. 425 del CFPP, autoriza a promoverlo contra el auto de sujeción a proceso, no sólo contra el de formal prisión.

5º) Tramitación, interpuesto el incidente por el interesado, (procesado o su defensor) el juzgador fijará día y hora para la celebración de la audiencia de desahogo de pruebas propuestas por el promovente, para dentro de los cinco días siguientes a la solicitud, debiéndose citar a las partes para que concurren, en la que el Ministerio Público no podrá dejar de asistir, y en caso de que su opinión sea favorable para la concesión de la libertad debe tener previa autorización del Procurador General de Justicia; realizada la audiencia el juzgador dentro de las próximas setenta y dos horas deberá resolver; hacemos notar que el legislador en cuanto al

término para resolver lo fijó como si se fuese a resolver la situación -- jurídica del sujeto dentro del término constitucional.

3.2) Prueba indubitable.

La libertad por desvanecimiento de datos se logrará al tramitarse el incidente respectivo, en el que mediante el procedimiento probatorio que se practique se dejen sin efecto las pruebas que sirvieron de fundamento para la comprobación del cuerpo del delito o las que se consideraron para establecer la presunta responsabilidad, pero se exige que la prueba sea plena e indubitable para su procedencia.

El Art. 547 del CPPDF, exige prueba plena indubitable para desvanecer las pruebas valoradas con antelación en el auto de formal prisión, siendo necesario saber qué es y cómo satisfacerla para que proceda la libertad del procesado; el Art. 422 del CFPP, con menos exigencias sólo regula que se desvanezcan plenamente las pruebas que sirvieron para dictar la resolución de procesamiento.

En relación a lo que se entiende por prueba hemos dedicado suficiente espacio al respecto en el primer capítulo de este trabajo; ahora trataremos lo relativo a la prueba indubitable, o más específico que entendemos, cual es el concepto de indubitable, es Juan José González Bustamante quien nos dice que, "...por indubitable debemos entender la adquisición de la certeza, la convicción absoluta en el ánimo del juez de que -- las pruebas posteriores son de tal manera vehementes que desvanecen las anteriores." (294) Lo dicho por el autor en cita es correcto en cuanto a

los efectos que va a producir tanto en el ánimo del juzgador como para --
desvirtuar las pruebas existentes en el proceso.

Sabemos que hay prueba plena cuando el juzgador la examina y
valora aplicando las reglas de valoración de la prueba, que exigen se sa-
tisfagan determinados requisitos para considerarla con ese carácter, ésto
no significa que sea indubitable; existe el criterio que la prueba plena
no es suficiente para considerarla indubitable al externarse que, "aun --
cuando la ley le dé valor probatorio pleno, si para el juez no es indubi-
table que desvanece los datos, no puede con esa prueba decidirse que están
desvanecidos los que sirvieron para decretar la formal prisión y, por - -
otra parte, aun cuando el juez estime que es indubitable la prueba, si no
tiene valor probatorio pleno de acuerdo con la ley o ésta no deja en li--
bertad al juez para atribuirle el valor probatorio que él estima debe te-
ner la prueba, tampoco en este caso con esa prueba podrán desvanecerse --
los datos que sirvieron para fundar esa situación de formal prisión". - -
(295) En este razonamiento, se considera que tanto el valor pleno como -
lo indubitable son requisitos que van aparejados para que proceda el des-
vanecimiento de pruebas anteriores; encontramos también que no es neces-
aria la característica de indubitable en la prueba si ésta es plena "...la
postura adoptada por el legislador del distrito es redundante: si la prue-
ba es plena ya no requiere el carácter de indubitable". (296) Según esta
afirmación, son sinónimas las palabras plena e indubitable.

La palabra indubitable proviene del latín indubitabilis, que

(295) Piña y Palacios, Javier. pp. 164-165

(296) Colín Sánchez, Guillermo, p. 562.

significa indudable, este adjetivo indica que no se puede dudar, en atención a estos antecedentes, decimos que prueba indubitable es la que demuestra sin lugar a duda alguna la verdad de lo que se investiga, ya sea atendiendo el valor pleno que la ley le otorga al medio probatorio o ya sea que el juzgador a su criterio la considere suficiente, es verdad que la prueba plena por sí sola puede ser indubitable, pero también la prueba -- sin ese carácter puede ser indubitable, pensemos en que aparece en otro lugar o posee otra persona el objeto que se atribuye al procesado se haya apoderado de él, que sirvió como uno de los elementos para comprobar el cuerpo del delito, ésta prueba será indubitable (suficiente) para desvanecer la comprobación del cuerpo del delito.

Otro criterio respecto a la prueba indubitable en el sentido de no atender al valor que la ley le otorga a la prueba es, "La prueba -- en cuanto plena e indubitable, provoca cierta confusión, pues la plenitud casi siempre alude a un sistema tasado del valor probatorio y la indubitalidad tiene que ser, forzosamente, producto de la libre apreciación". - (297) Concluimos que la prueba que se aporte en el incidente de libertad por desvanecimiento de datos debe ser "suficiente" para destruir los datos que dieron lugar al auto que ordenó la prosecución del proceso, de manera que desvanezca la presunta responsabilidad penal, o bien el cuerpo del delito.

Si el juzgador declara procedente la libertad, al haberse desvanecido la presunta responsabilidad penal, la resolución cobra el efecto de un auto de libertad por falta de elementos para procesar, quedando ex-
(297) Rivera Silva, Manuel, Op. cit. p. 372

pedita la acción del Ministerio Público para aportar nuevas pruebas, para que en su caso solicite la reaprehensión del liberado; si estos nuevos datos que se aportan son suficientes para su procedencia, el juzgador ordenará en otra resolución la petición del representante social; cuando lo - que se desvanece con las pruebas aportadas son los datos que sirvieron para la comprobación del cuerpo del delito, la resolución que decreta la libertad tendrá efectos definitivos por lo que hace a la libertad, y respecto al proceso se decretará el sobreimiento que tiene el carácter de sentencia absolutoria al causar estado, de acuerdo a los Arts. 660, F. III y 667 del CPPDF.

3.3) Valoración de Pruebas.

Para poder decidir el juzgador la procedencia o no del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, es necesario valorar las pruebas que se hayan aportado para ese efecto, pero en virtud de la exigencia de la ley, la prueba o las pruebas deben ser conducentes para destruir las pruebas que existen en autos que sirvieron de base para dictar la resolu-ción de término constitucional, del que se solicita se tenga por desvanecido el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad.

La actividad anterior, la tiene que fundamentar el juzgador en la prueba o pruebas que tengan fuerza suficiente para dejar sin efecto las pruebas que fueron valoradas primeramente.

4.-) Consideraciones.

1º) Lo normal es que la persona que comete un delito sancionado con pena privativa de libertad, se le mantenga en prisión preventiva, hasta que se resuelva con una sentencia definitiva, pero el Estado, en razón a su política criminal, ha regulado que se obtenga la libertad provisional si se satisfacen determinados requisitos señalados por la ley.

2º) Para obtenerse la libertad provisional, es requisito medular la prueba que exista en autos o las que se aporten por las partes, para que con base a ellas el juzgador las valore y resuelva si la concede o no.

3º) El incidente de libertad bajo caución se debe tramitar inmediatamente que se solicite, para determinar si procede fijar la caución, la que una vez garantizada se decreta la libertad provisional, por disposición constitucional, la cual definitivamente opera en base al dinero, por ser el medio para obtenerla.

4º) La libertad provisional bajo protesta, tiene como requisito para su procedencia la palabra como medio de garantía para obtener la libertad -- provisional, la que normalmente requiere de solicitud del interesado, sin embargo, se debe de conceder oficiosamente cuando al sujeto se le ha privado de su libertad por el tiempo que podría imponérsele en definitiva -- como penalidad privativa de libertad.

5º) El incidente de libertad por desvanecimiento de datos, para su procedencia exige prueba plena indubitable, la que se debe de considerar que - la ley le conceda valor pleno o que el juzgador se la conceda, pero en am bos casos debe destruir las pruebas que hayan sido tomadas en considera-- ción para la comprobación del cuerpo del delito o la presunta responsabi- lidad.

6º) El incidente de libertad por desvanecimiento de datos es exclusivo pa- ra atacar la comprobación del cuerpo del delito o la presunta responsabi- lidad, del auto de formal prisión o auto de sujeción a proceso, en rela-- ción a este último porque también contiene los dos elementos medulares - mencionados, pero además porque existe una restricción a la libertad al - estar sujeto a un proceso.

VI.-) LA CRISIS DE LA JUSTICIA PENAL EN MEXICO.

El Estado se debe avocar a la tarea de administrar justicia - en atención a la solicitud hecha por alguien que invoca la tutela jurídica.

La impartición de justicia se desarrolla mediante técnicas -- adecuadas (secuela procesal) hasta llegar al pronunciamiento de lo invocado o investigado con carácter de definitivo, evitando que lo mismo sea objeto de nueva revisión.

El administrar justicia es una actividad concreta, exclusiva y práctica que le corresponde al Estado, para satisfacer las necesidades colectivas individuales o sociales, con la finalidad de conservar el orden jurídico.

La justicia como actividad procedimental se debe entender que la tiene el juzgador, por ser el único autorizado para otorgarla al descubrir la verdad con base a las reglas probatorias.

Lo ideal sería tener una administración de justicia correcta, exenta de críticas negativas al Estado, a las leyes procesales y a los - hombres encargados de administrarla, que es donde se refleja la buena y - adecuada administración de justicia, de lo contrario se presta a afirmaciones como la siguiente: "La crisis más aguda del Estado frente al Derecho será aquella en que incidan, converjan o se sumen las deficiencias, -

las fallas del Estado y las del Derecho o las de los hombres encargados de administrar justicia.

"Pensemos que el más hondo drama de la administración de justicia en México esta en dos hechos punzantes: a) En que la criminalidad evoluciona y en cambio no sucede lo mismo con los organismos encargados de reprimir o prevenir la criminalidad, y b) En la impunidad". (298) Es acertado pensar que siempre ha existido entre la vida cotidiana y el Derecho, una carrera en la que siempre gana la vida, dejando atras al derecho, obligando al Estado a realizar continuas reformas a sus leyes para que el Derecho no sea un obstáculo al cambio social, en razón de que las leyes escritas han sufrido por el transcurso del tiempo un desajuste con la realidad que se vive; pero también hay que considerar que México en el aspecto humano, carece de personas con conocimientos técnicos para administrar justicia y de los adelantos de la ciencia apropiados e indispensables para el mismo fin.

Tratando de reforzar el criterio anterior, nos apoyamos a lo dicho por el maestro Héctor Fix-Zamudio, "...nuestra administración de justicia requiere reformas enérgicas, pero en la situación actual no se ha pasado más allá de simples frases sin contenido, y si bien se han efectuado algunas reformas tanto orgánicas como procesales, éstas no han sido de fondo, y la mayoría de ellas sólo han estado dirigidas a combatir una de las enfermedades más graves de la patología judicial de nuestra época, el invencible rezago que ahoga en forma inmisericorde a la mayor parte de

(298) Quiroz Cuarón, Alfonso. Crisis de la Administración de Justicia Penal, Revista de la Facultad de Derecho de México, Nos. 41-42, UNAM, México, 1961. pp. 321-322.

nuestros tribunales". (299) El mal funcionamiento de la administración de justicia se atribuye al personal sin capacidad o a las leyes no actualizadas, lo que repercute en el cúmulo de expedientes que están en trámite sin resolución definitiva.

También se enfoca la crisis de la justicia penal en México en las grandes fallas y carencias en el sistema de prevención de los delitos; en el sistema procedimental (averiguación previa y proceso penal); en el sistema de la ejecución de sentencias. En cuanto al sistema procesal, éste ha permanecido estático, sigue siendo lenta, ineficaz y costosa en razón del abandono a la legislación procesal, situación que hace a la comunidad perder paulatinamente su fé en la justicia, al volverlos desconfiados, optan por no denunciar o querellarse de los delitos sufridos. (300)- Consideramos que para una buena administración de justicia se debe realizar una revisión minuciosa de la organización y estructura de los tribunales; de las leyes procesales; además brindar adecuada capacitación a los juzgadores; para todo ello, primordialmente deben concurrir factores técnicos jurídicos, para reformar o adecuar las necesidades judiciales.

Sin menospreciar los aspectos necesarios para la impartición de justicia mencionados, dedicaremos nuestra atención exclusivamente al procedimiento probatorio en materia Penal.

(299) La Administración de Justicia, Temas y Problemas de la Administración de Justicia, UNAM, México, 1982 p. 129

(300) Cfr. García Cordero, Fernando. Administración de Justicia Penal en México, Revista Iter-Juris, No. 1, México 1980, p. 51.

1.) Importancia de la revisión de las pruebas en nuestra legislación penal.

En la administración de justicia, aparte de la rectitud y probidad del juzgador y de las partes, también es necesario observar la celeridad, la economía y la remoción de los obstáculos inútiles; aspectos que ayuden al buen desarrollo del proceso.

Entre los obstáculos inútiles, se deben eliminar las pruebas no pertinentes para justificar los hechos ilícitos o sus circunstancias, para lo cual es recomendable legislarlo adecuadamente, en relación a esto nuestra ley procesal lo contempla con marcada falta de claridad al respecto, efectivamente, en las reformas del 8 de Enero de 1991, se estableció en el último Parr. del Art. 135 del CPPDF, "Se admitirá como prueba en -- los términos del artículo 20, fracción V de la Constitución Política de -- los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente* a juicio del juez o tribunal. Cuando la -- autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de -- prueba establecer su autenticidad". Lo conducente que se menciona en este numeral, significa que las pruebas ofrecidas deben ser consideradas en relación con la causa; esto obliga al juzgador a examinar las pruebas antes de admitirlas si son pertinentes, como nos dice Carlos Martínez Silva, "Esta condición de admisibilidad es esencial para no llegar a hacer negativa la acción de la justicia. De nada serviría que hubiera muy buenas leyes y muy buenos jueces y que una parte contara en su favor con la jus-

*Subrayado nuestro.

ticia y el derecho, si la parte contraria tuviera el poder de impedir, in finitamente, so pretexto de prácticas de pruebas, la resolución del liti gio...

"Empero, para rechazar una prueba inconducente será necesario examinar con cuidado a qué resultados puede conducir, examinando los he-- chos, no aisladamente sino en su conjunto". (301) En atención a lo que - comentamos, es indispensable revisar con el debido cuidado el párrafo del artículo citado, para que las pruebas que se ofrezcan por las partes es-- ten relacionadas con los hechos que se investigan en la causa, es de ad-- vertirse que de acuerdo a la redacción actual, se deja en absoluta liber-- tad a las partes a ofrecer pruebas que son impertinentes a la causa, que sólo entorpecen la secuela procedimental.

En lo relativo a las pruebas en la averiguación previa, que - recaba el Ministerio Público, se debe en primer término, hacer una revi-- sión al Título Segundo, Sección Primera, Capítulo I, desde el título deno-- minado "Diligencias de policía judicial e instrucción", en razón de no ser la Policía Judicial quien realiza estas diligencias, sino el Ministerio Público, también se presta a confusión el agregado "instrucción" que al - parecer indica que en la averiguación previa se inicia la instrucción. -- Asimismo, se deben revisar para corregir los diferentes numerales de este capítulo, especialmente en donde se señala al juzgador como el sujeto a quien se le faculta para realizar ó intervenir en las diligencias, como lo señalan los Arts. 105, 110 y 124 del CPPDF.

En lo concerniente a las pruebas durante la preinstrucción o en la instrucción, requieren de su análisis para conformar la reglamentación; es visible que las leyes procesales (CPPDF y CFPP) no señalan la dinámica a seguir para realizar el procedimiento probatorio en el término de las setenta y dos horas, si acaso se fijan algunas reglas en relación a la preparación de la prueba testimonial. también observamos que sólo se enuncia en forma genérica que se recibirán todas la pruebas que se ofrezcan en términos legales, sin proporcionar más pautas al respecto, todo lo asentado nos lleva a la incertidumbre para desarrollar el procedimiento probatorio en este período, (el de las setenta y dos horas) a que se entienda por las partes en el sentido amplio para realizar todo lo concerniente a un procedimiento idéntico al de la instrucción y por lo que hace al juzgador, éste lo entiende como un procedimiento probatorio limitado, por lo tanto, de las pruebas ofrecidas sólo se desahogan las que se "puedan" y las demás se reservan para su desahogo en la instrucción.

Hacemos notar que tampoco contamos en las leyes procesales -- penales, que se incluyan las reglas de la prueba, sólo se contempla algo en relación a la duda para tratar de subsanar lo relacionado a la incertidumbre del juzgador al dictar sentencia y lo relacionado a algunas pautas de la carga de la prueba, las cuales resultan obsoletas al reglamentarse como obligación y no como carga de la prueba; en el capítulo de la valoración de la prueba, Arts. 247 y 248 del CPPDF; ante esta ausencia, se requiere la inclusión de las reglas de la prueba que señalen los parámetros para el debido desarrollo del procedimiento probatorio; tentativamente -- proponemos aspectos a incluir como necesarias en la legislación procesal

penal: la disponibilidad e irrenunciabilidad de las pruebas; la carga de la prueba; la obtención de la prueba por parte del juzgador; la prohibición al juzgador de aplicar la prueba extrajudicial; la adquisición de la prueba para el proceso; la legalidad y probidad de la prueba; igualdad de oportunidades de la prueba a las partes; la formalidad de la prueba; la preclusión probatoria; la contradicción de la prueba; la libertad y limitación de la prueba; la pertinencia, idoneidad y utilidad de la prueba; y las restricciones a la prueba; consideramos que con la inclusión de estas reglas tanto el juez como las partes podrán orientar sus actividades probatorias a la producción, recepción y valoración de la prueba y, a la vez, resolver en parte la incertidumbre que presenta el período probatorio.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal confunde a los indicios con las presunciones, el Código Federal de Procedimientos Penales ni se ocupa de estas últimas; anomalías que se deben corregir en ambos Códigos, para darles la importancia debida a la prueba indiciaria, a la cual se le ha denominado "la reina de las pruebas" al considerarse como el medio adecuado para encontrar la verdad que se investiga, en la actualidad, si bien en su recorrer histórico el indicio ha sido desconocida su importancia, también tuvo un atributo semidivino al considerarse como la máxima expresión de la sabiduría (juicio salomónico); luego fué relegada a un lugar secundario; que se ha ido superando a grado --tal que va creciendo su importancia en base a los adelantos científicos --cada vez más, tanto en la doctrina como en la legislación, así se sostiene que: "Ese prestigio se acrecenta por doble motivo; no sólo por el mayor crédito acordado a los indicios, sino por la desconfianza que comien-

zan a inspirar pruebas antes estimadas en alto grado, como la testimonial y la literal. Los progresos realizados por la ciencia, que han acrecido el viejo arsenal de los indicios, haciendo conocer otros nuevos y antes - no sospechados (dactilogramas, caracterización de las manchas de sangre, etc.) y dándonos un conocimiento más completo de las leyes psicológicas y naturales, han traído como consecuencia elevar a la prueba indiciaria en la escala de las pruebas, presindiéndose desde ya el día en que llegará a ocupar un puesto preeminente y en que se convertirá en la prueba por excelencia, en la reina de las pruebas (probatio probatissima, como se ha dicho de la confesión)". (302) La gran gama de los indicios existentes nos obligan a tener que incluirlos en nuestras leyes procesales con la finalidad de poder adecuar todos los adelantos científicos que ayudan a descu-
brir la verdad que se investiga.

En nuestra legislación procesal penal, existe todavía el viejo e inoperante concepto de fama pública, contemplado como una presunción según la F. III, del Art. 260 del CPPDF, lo cual no se justifica en la ac-
tualidad, en primer lugar porque no se regula en ninguna parte del Código su procedimiento o dinámica procesal; en segundo lugar porque atenta contra los derechos humanos; si bien al tener aplicación antiguamente fué corrrecto, (en la Edad Media se requería de dos testigos para que se considerara su existencia, posteriormente con un sólo testigo era suficiente), - el Código actual no exige al testigo, de donde podemos inferir de que nunca llega al conocimiento del juzgador si el individuo sujeto a un procesamiento tiene "mala fama" entre el núcleo de población o parte de ella, --

que así lo hayan concebido en razón de su comportamiento; en conclusión, la fama pública se debe suprimir del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En resumen, decimos que el procedimiento probatorio en nuestra legislación procesal penal continúa aletargado, no obstante las múltiples reformas que se le han hecho al Código, no se ha revisado con el debido detenimiento lo relativo a la regulación de las pruebas para corregir todas las cuestiones en las que estamos rezagados.

2.) La prueba núcleo del proceso penal.

Durante toda la secuela procedimental penal se realizan infinidad de actuaciones procesales, entre ellas juega papel importante las concernientes a las diligencias probatorias, como se ha concebido al decir: "El proceso es una lucha, en el proceso hay expectativas y cargas y hay posibilidades de una sentencia favorable, esas posibilidades se pueden ir perdiendo por negligencia, por rebeldías, por descuidos en las pruebas. Y parece mentira pero es así, a la sentencia favorable se alcanza no siempre por la vía del derecho, sino de la diligencia". (303) Podemos afirmar desde este momento que el resultado del proceso penal girará al rededor de la prueba.

La prueba en el proceso es imprescindible, aunque no siempre se obtenga el resultado deseado, constituyendo la etapa fundamental del

(303) Eisner, Isidoro. La prueba en el proceso civil. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1964, p. 65

proceso, como se ha manifestado por diversos autores, Jeremías Benthan, - (304), desde el siglo pasado dijo que, "El arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas", en otro razonamiento Carnelutti (305), externa que, "la primera impresión de un jurista, cuando entra a estudiar el argumento de las pruebas, es precisamente que de ellas se sirven el juez y las partes en el proceso", aunque luego aclara que también sirve al derecho en general; a lo que Davis Echandía (306)-nos dice: "Sin la prueba del derecho estaríamos expuestos a su irreparable violación por los demás y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y secundariamente restablecer el derecho conculcado. Gráficamente expresa ese concepto el viejo adagio: tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo", concluyendo el autor que la administración de la justicia sería imposible sin la prueba; de acuerdo a ésto la prueba le dá carácter y material al proceso para su solución.

En su sentido estricto la prueba sirve para comprobar los hechos en el proceso, con los medios idóneos previamente establecidos o facultados en la ley, a su vez comprende: la materia que debe probarse; la actividad de los sujetos procesales y de los terceros, que la verdad de los hechos averiguan y establecen; los medios que se emplean para esta investigación; el procedimiento en que se desarrolla la prueba; y el resultado, de una sola prueba o tomadas en su conjunto, en el sentido de que la comprobación de determinado objeto de prueba sea obtenido o no lo sea.

(307) Todo el procedimiento probatorio va encaminado al proceso, a tal -

(304) Op. cit. p. 10.

(305) Op. cit. pp. 142-143

(306) Op. cit. p. 13

(307) Cfr. Florian, Eugenio. Op. cit. p. 45.

grado que se expresa: "La prueba no puede ser de una parte ni para una -- parte, ni tampoco para el juzgador. La prueba es para el proceso". (308) Todos estos criterios nos llevan a concluir que la prueba es el núcleo -- del proceso penal.

Lo anteriormente asentado resulta insuficiente para determinar lo fundamental de la prueba, no sólo en el proceso penal, sino en el procedimiento penal, en donde la materia a probar es el hecho que presenta - los caracteres del hecho ilícito punible, el que se debe esclarecer con - todas sus circunstancias para llegar a una resolución que es el objetivo final del procedimiento penal, lo cual se logra únicamente por medio de - la prueba.

Sobre el particular tenemos que la prueba penal nace en el mo mento mismo en que suceden los hechos, operando ésta desde la averiguación previa, donde el Ministerio Público recaba todo elemento que conduzca al conocimiento del delito y de la presunta responsabilidad; más tarde conti núa en la instrucción, en segunda instancia y aún en la ejecución de sen tencia; por eso, no es posible concentrar el estudio de la prueba única-- mente en el proceso penal. (309)

En resumen, la prueba en el procedimiento penal debe operar - como una unidad desde su inicio hasta su total solución, en donde prevale ce el derecho a probar tanto de la autoridad como de las partes para cono cer la verdad de los hechos ilícitos, con el fin de determinar la existen cia o no de la infracción; en este momento se concreta el derecho sustan-

(308) Sentís Melendo, Santiago. Op. cit. p. 20

(309) Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. Op. cit. p. 305

tivo y el subjetivo al irse "estrechando los vínculos entre el derecho - sustantivo y proceso hasta el punto de hacer el uno las veces del otro, - llevando al campo movedizo de las relaciones humanas sujetas a normas jurídicas el factor de seguridad, de estabilidad y de equilibrio que se llama 'certeza'". (310) Por consiguiente, la prueba nos lleva a la convicción para resolver el hecho ilícito que investigamos.

3.) Necesidad de modificar el sistema probatorio en materia penal.

Nuestra ley procesal penal enumera varios medios probatorios, además deja abierta la posibilidad de otros medios probatorios como se -- desprende en el contenido del Art. 135 del CPPDF, sin que exista jerarquía entre dichos medios, sin embargo, nosotros consideramos que entre esas -- pruebas sólo existen como originarias o primarias, para demostrar la responsabilidad penal, la confesional que prueba la autoría del hecho ilícito, la testimonial que establecen el perjuicio o beneficio al procesado, la documental que prueba el hecho que en él se contiene, las demás sólo - son perfeccionadoras de las primeras; en lo que concierne a los indicios que demuestran el dolo o la culpa, sólo se menciona, como lo analizamos - en el punto primero de este capítulo; en atención a lo antes dicho, es necesario incluir nuevos medios probatorios en la legislación; en donde debemos de aceptar la prueba científica "...que es la del porvenir, en la - que la prueba por excelencia es suministrada por los peritajes y busca no solamente probar los hechos delictuosos, sino también explicarlos metódicamente por medio de datos obtenidos por la experiencia. La práctica ju-

(310) Furno, Carlo. Teoría de la prueba legal. Obregón y Heredia, México, 1983. p. 17.

dicial, en cierta medida, se encuentra ya en esta última fase al emplear los medios científicos para el descubrimiento e identificación de los criminales y al recurrir a los laboratorios policiales (allí donde los hay) o a los expertos (médicos químicos, etc.), todas las veces que deben realizarse investigaciones técnicas. Pero esto continúa siendo limitado y -- subsiste el problema de saber cómo podrán examinarse las pruebas más científicamente y de un modo más generalizado.

"La ciencia exige la calma y también los medios de laborato--rio. Pero puede penetrar en la justicia, al menos, por su espíritu y métodos. No sería el caso de reemplazar a los jueces por expertos... expertos y jueces deben cumplir funciones diferentes y bien definidas, una -- esencialmente técnica y limitada, la otra sumamente variada, comprensiva de cualquier litigio o infracción. El juez tiene su propio campo de acción, que es el de las aplicaciones del derecho, para el que está preparado profesionalmente". (311) Aparte de la intervención del experto técnico en la investigación de los delitos, se deben encontrar nuevos horizontes para el buen desarrollo de la justicia.

Es necesario fijarse en el modelo cibernético, considerado en la actualidad como un auxiliar para la administración de justicia con sus variadas técnicas, "En él se respetan, de forma implícita, las exigencias de neutralidad del método tradicional. Una excelente administración de -- la técnica, según el modelo cibernético, asegura un perfecto actuar técnico del investigador... con ello el criterio metodológico se localiza en --

(311) Gorphe, Francois. Op. cit. p. 17

las capacidades del investigador cuya investigación será considerada más científica cuanto mayor desempeño técnico realice y más sofisticados sean sus instrumentos de análisis, es decir, los instrumentos cuantitativos a los que conecta o encaja los datos resultantes de su técnica. Cuanto más técnicamente piense desde la lógica al lenguaje matemático y menos reflexión sobre las condiciones de su objeto". (312) En cuanto a la dinámica de la cibernética, Lucien Sfez nos dice, "Queda que la cibernética dependa naturalmente de la práctica teorizada. Ella integra en sus razonamientos los factores más diferentes y aún la noción de finalidad, pero no critica esta noción; ni se proporciona aparato alguno que le permitiera jerarquizar los fines, criticarlos, valorizarlos. Siendo reina en sus dominios, es cierva de la sociedad existente. Ella no es en forma alguna, -- por sí misma instrumento de modificaciones de estructuras sociales, sino un notable canal de comunicación una vez planteado el fin". (313) En la actualidad el análisis de sistemas tiene su apoyo en los conceptos cibernéticos para resolver los planteamientos, siendo por lo tanto conveniente su uso adecuado en la impartición de justicia.

Otro aspecto importante lo representa la sociología criminal, en relación con la impartición de justicia que es útil, "... para llegar a conocer la personalidad del presunto delincuente, antes de dictar sentencia. Se investigan las áreas médica, psicológica, pedagógica y social para saber el grado de desarrollo y de salud, y la clase de relaciones personales y familiares de carácter social, para poder calificar objetivamente la peligrosidad y dictar una sentencia más apegada a las necesidades del caso".(314)

(312) Miralles, Teresa. Métodos y técnicas de la Criminología, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1982, p. 227

(313) La Decisión. Fondo de Cultura Económica, México 1987, pp. 67-68

(314) Solís Quiroga, Héctor. Sociología Criminal, Porrúa, México 1977, pp. 282-283

Esta es sólo una de las facetas de la psicología judicial, en razón de que el juzgador debe estar debidamente preparado psicológicamente (Psicología experimental) de manera que en la recepción de las pruebas perciba todas las manifestaciones que se produzcan durante las declaraciones, de los su jetos que intervengan en ese evento (ofendido, procesado, testigos, etc.) quienes al externar los hechos producen inclusive, micromanifestaciones - que se deben observar para saber si dicen o no la verdad.

Otro aspecto importante en la impartición de justicia es que, "El proceso penal es más que un problema jurídico, es un drama social. - El interpretar el proceso simplemente como una lucha reglamentada es perder la visión de la realidad. Las consecuencias sociales, psicológicas, económicas, médicas, de un proceso penal son terribles y corresponde a la Criminología calcularlas". (315) De acuerdo a ésto en el campo probatorio la Criminología con su gama de ramas interviene con sus conocimientos técnicos en la averiguación de los delitos ayudando así a su resolución;- con lo que se podría establecer una investigación técnica oficial interdisciplinaria a efecto de que el juzgador pueda estar en aptitud de conocer y valorar los hechos materia del procedimiento penal.

Hemos resaltado la importancia de lo científico como necesario en la investigación de los delitos, pero no debemos tampoco prescindir de la práctica, pues el arte empírico y el conocimiento racional se complementan en la actividad probatoria, en razón de que la práctica profesional (entendida como ejercicio o rutina) proporciona destreza hasta -

(315) Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología, Op. cit. p. 95

podér formar escuela con método empírico, además tiene como finalidad la aplicación del derecho, si a este procedimiento le agregamos el método -- científico de que adolece, se evitarían los errores judiciales, de los -- que no está exenta la administración de justicia.

Los razonamientos anteriores nos llevan al estudio de algunos preceptos legales que requieren modificaciones, relativos al sistema probatorio regulado en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En el Art. 135 del CPPDF se enumeran como medios probatorios: la confesional, la documental, la inspección judicial, la pericial, la -- testimonial y la presuncional, los que estudiaremos a continuación, antes de realizarlo, hacemos notar que a este listado, se debe agregar la prueba de los indicios, con su respectiva dinámica para los fines procedimentales.

Haremos nuestro estudio en el orden que se señala en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal:

1º) La Confesión. En los Arts. 135, 136, 137, 138 y 249 del CPPDF, se regula lo relativo a la prueba confesional; en el primer artículo se menciona actualmente "la confesión", puesto que a raíz de las reformas del 8 de enero de 1991, se le suprime el calificativo de "judicial", esto, resulta contradictorio con el Art. 138, que establece a la confesión extrajudicial, por lo tanto, no se justifica la eliminación, debiéndose contemplar la --

confesión judicial y la extrajudicial, respecto a esta última nos dice, se valorizará conforme a las reglas de este Código, pero el Código jamás se vuelve a ocupar de ella, por lo tanto, se aplicaría supletoriamente la regla genérica del Art. 260, para considerarla como presunción, para llenar este vacío; lo que aclararemos posteriormente.

La confesión (consideramos necesario el adjetivo judicial) es definida en el Art. 136, considerándola como la "Declaración voluntaria" hacemos notar que no toda declaración es confesión, esto amerita cambiar la palabra por: "admisión" o "reconocimiento" como las apropiadas, en razón de que la declaración puede no contener la confesión y la admisión o reconocimiento es específica para realizar la confesión, si concurren los demás requisitos que exige la ley; el Art. 137, indica que la confesión judicial es admisible en cualquier momento procedimental antes que se dicte sentencia definitiva, lo que entendemos que puede ser hasta antes que se resuelva en segunda instancia; proponemos al respecto que se contemple un "estímulo" al individuo que rinda su confesión en el sentido de aminorar la penalidad (no establecemos porcentajes, sería competencia legislativa) al momento de dictarse la sentencia, lo cual reeditúa en dos aspectos: primero se evitarían los procesos prolongados y costosos; segundo el juzgador obtendrá un medio de prueba en forma directa del autor del hecho ilícito.

Por lo que respecta a la valoración de la confesión judicial, antes de las reformas del 8 de enero de 1991, el Art. 249 la consideraba prueba plena al concurrir determinadas circunstancias, en la actualidad

se exige reunir requisitos, ésto marca que son indispensables pero sólo -- para que exista "confesión" puesto que al suprimirse en este artículo su valor, no encaja en ningún otro artículo del Código, ni siquiera en el -- Art. 260 para poder decir que es una presunción, basta observar su F. IV, en donde se señala que las pruebas no especificadas en el Art. 135, son -- presunciones, luego entonces, si la confesión está especificada no es una presunción, por lo tanto, se quedó sin valor alguno, aspecto de suma im-- portancia que se debe remediar, en razón de que afecta la regulación de -- los Arts. 135 y 260 del CPPDF.

En relación a la confesión rendida en la averiguación previa, si se presta ante la Policía Judicial, carecerá de valor probatorio de -- acuerdo a la parte final del último Parr. del Art. 59 del CPPDF; si la -- realiza ante el Ministerio Público, de considerarla una diligencia, tendrá valor pleno, según lo indica el Art. 286 del CPPDF, lo cual nos lleva a afirmar que la prueba confesional requiere de varias modificaciones para su correcta valoración. Proponemos que la confesión ante el Ministerio Público debe ratificarse ante el juzgador para que se le otorgue valor -- probatorio.

La confesión se debe dejar al libre criterio del juzgador, su valoración, condicionada a otorgarle valor siempre que no existan en la -- pieza de los autos pruebas contrarias a lo admitido en forma voluntaria, -- además de relacionarla como requisito indispensable con otras pruebas que la corroboren; de haberse constatado lo anterior, como estímulo procesal se debe atenuar la penalidad por haber contribuído, el procesado, a bus--

car la verdad de los hechos.

2º) La inspección judicial, nuestro Código con este nombre regula al examen que realiza la autoridad judicial de las personas, cosas o lugares; - proponemos cambiar la denominación de ese capítulo por el de "verificaciones judiciales" porque la acepción verificar significa probar una cosa de la que se dudaba o constatar la verdad de una cosa, esto es lo que en realidad hace la autoridad judicial respecto a los hechos que se investigan en materia criminal, puesto que esos hechos únicamente se constatan directamente por el juzgador, por medio de la observación o por medio del auxilio que le brinden los testigos, el inculpado o peritos, que solicite respecto a lo que desea que le ilustren.

La verificación es realizada por el Ministerio Público en la averiguación previa, o por el juzgador durante el proceso, en relación a los lugares, objetos, personas o documentos, y excepcionalmente en su carácter de reconstrucción de hechos o de identificación.

La diligencia de verificación judicial debe regularse procurando independizarla de la diligencia de verificación que realiza el Ministerio Público, en razón de ser momentos y actividades diferentes, debiendose modificar el Art. 143 del CPPDF, que hace un reenvío para estos efectos.

También debemos procurar que todas las modalidades de las verificaciones (nuestra ley les denomina inspecciones) se agrupen en un sólo

capítulo abarcando, la ocular, la judicial, la reconstrucción de hechos, los cateos y las visitas domiciliarias.

En cuanto al valor de estas diligencias en el Art. 253 del -- CPPDF, se indica que, "harán prueba plena siempre que se practiquen con - los requisitos de esta ley". Consideramos agregar que para que haya prueba plena es necesario razonar qué elementos probatorios le produjo convicción al juez, porque en dichas diligencias existen varios elementos, tan- to subjetivo del juzgador como los objetivos que concurren (testigos o -- peritos) para que se obtenga la percepción directa. No olvidemos que el juzgador no percibe directamente los hechos, sólo constata los hechos realizados sujetos a investigación.

3º) Peritos, se reglamenta al perito y no la prueba pericial, pero se valora el juicio pericial, posiblemente sería adecuado denominarlo peritaje o dictamen pericial.

Nuestra ley considera al dictamen de peritos como medio probatorio, y para su integración en la secuela procedimental se contempla que sea colegiada, lo cual consideramos que se debe corregir, dejando al juz- gador que sea él quien exclusivamente nombre al perito en la materia que necesita se le ilustre, fundamentamos esta propuesta en razón de que el - peritaje es un medio auxiliar para el juzgador, por consiguiente tampoco aporta ningún elemento probatorio el perito, pues éste sólo interpreta, - afina y fortifica el elemento probatorio primitivo por medios técnicos, -- científicos o prácticos.

El evitar que siga siendo colegiada la pericial tiene las siguientes ventajas: reducción de tiempo, máxime cuando es necesaria la participación del tercero en discordia; evitar gastos económicos al Estado y a los particulares, quienes cubren los honorarios de los peritos; sin embargo, si el juzgador lo nombra con el carácter de auxiliar de justicia, con un solo dictamen pericial será suficiente; al considerarse con el carácter de auxiliar, el juzgador debe contar con toda la gama de expertos. técnicos y prácticos a su disposición, a quienes el Tribunal de Justicia deberá nombrar con adscripción a un Departamento de Peritajes del mismo Tribunal de Justicia, para no recurrir a los Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, porque éstos han intervenido en la averiguación previa y resultaría el mismo cuerpo de peritos, aunque el Art. 19 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, faculta a los peritos a auxiliar a los Tribunales de Justicia, no sería conveniente en razón de que ante el juzgador, el Ministerio Público interviene como parte procesal.

Hemos señalado la necesidad de incluir los avances científicos en nuestra legislación, por lo que proponemos que se contemple la posibilidad de realizar peritajes al inculcado y a los testigos consistentes en: test, pruebas asociativas o psicométricas, examen psicológico, examen psiquiátrico, siempre que el juzgador considere que con los medios probatorios ordinarios con que se cuenta en el proceso no son suficientes para conocer la verdad, entonces recurrir a ellos de oficio, para constatar si lo externado por el inculcado o por los testigos coincide con las pruebas que se han aportado en el proceso.

En relación al valor de la pericial en el Art. 254 del CPPDF, se deja al criterio del juzgador calificarla según las circunstancias, es ta redacción tiene un alcance que no ha sido entendida en la práctica pro fesional, al considerarse que sólo el arbitrio del juzgador es el que pri va, cuando que al decir el legislador según las circunstancias, se refiere a que el juzgador debe razonar el por qué le formó convicción el dictamen pericial, puesto que, el valor del peritaje depende de la técnica empleado para ilustrar al juzgador, por lo anterior consideramos que se --- debe modificar y redactar con más claridad el numeral en comento.

4º) Declaraciones de testigos, este medio de prueba se reglamenta con el nombre de testigos en nuestra ley, en donde se observa marcado desorden - al no delimitarse cuando pertenece la actividad al Ministerio Público y - cuando al juzgador, pues, si bien es cierto que el Código de Procedimientos Penales forma una unidad y sus reglas las debe aplicar tanto el Ministerio Público como el Juzgador, se debe delimitar a cada quien su debida reglamentación, para justificar lo anterior basta hacer notar que en la averiguación previa el defensor no puede interrogar al testigo, ni hacer notar al Ministerio Público los impedimentos que pudiera corresponderle - al testigo, con el objeto de que se asiente en el acta esto último, la posible parcialidad del testigo, en base a su interes moral o material en el hecho que se investiga.

Con respecto al testigo nuestra ley procesal penal no establece límite al número de testigos, sin embargo, consideramos prudente que - se legisle, como condición para ser examinados, que sean personas que - -

hayan percibido el hecho que se investiga de manera directa y no de oídas, a quienes se les concede valor de presunción en el Art. 260 del CPPDF, és to se debe eliminar en razón de no haber percibido el hecho y al llegar a su conocimiento en forma indirecta se pudo haber desvirtuado el hecho.

En lo que respecta al interrogatorio oral al testigo, no se establece regla alguna para realizarlo, consideramos que esta libertad de preguntas se debe limitar con lo siguiente: que estén relacionados con el hecho que se investiga, o sus circunstancias; deben formularse con claridad y precisión; que la pregunta sólo contenga un hecho o sus circuns--tancias; que las preguntas no envuelvan la respuesta o que sean sugestivas a una respuesta; que las preguntas no envuelvan la negación de un hecho; no deben emplearse términos técnicos o palabras que ofusquen la mente del declarante; facultando al juzgador a calificar de procedente la --pregunta antes que vierta su respuesta el testigo, para evitar preguntas absurdas.

Cuando es citado el testigo, normalmente se le conmina para - que, en caso de no concurrir a rendir su testimonio, será sancionado con un medio de apremio; lo cual es correcto, pero es necesario contemplar en la ley medidas preventivas para los testigos que declaren antes de la instrucción, mediante un arraigo domiciliario, pues son éstos quienes por lo regular no asisten a las diligencias posteriores relacionadas con sus declaraciones, impidiendo con su conducta negativa que prosiga el proceso.

Al testigo que va a declarar se le protesta para que se conduzca

con verdad, ésto resulta ser una amenaza que tiene como finalidad que no se declare con falsedad, lo cual no excluye al testigo que tenga algún -- impedimento en razón del parentesco, amistad, enemistad o interes en ayudar al inculpado o denunciante, proponemos al respecto que al testigo se le debe dar la oportunidad de excusarse en estos casos antes de declarar para evitar consecuencias gravosas en su persona; al testigo en estas con diciones no se le puede tachar, sólo se hace constar en el acta que se es tá instrumentando para que el juzgador lo considere al momento de valorar el testimonio vertido.

Por disposición del Art. 191 del CPPDF, toda persona física - está facultada para ser testigo, consideramos que esta libertad tan amplia se debe limitar sólo a personas con capacidad para entender el hecho que se investiga, por lo que se debe facultar al juzgador a aplicar el psicodiagnóstico asociado o la psicometría al testigo, cuando se observe error, inexactitud o falta de sinceridad en el testigo, independientemente de la facultad de interrogar por parte del juzgador para constatar que se condu ce con veracidad el declarante.

A la valoración de la prueba testimonial la ley procesal penal le fija muchas reglas a grado tal que la convierte en una maraña, cuando que se debe facultar al juzgador aplicar la libre apreciación en base a - que los testigos sólo concurren al proceso a perfeccionar los hechos que se investigan, por lo tanto, si el testigo sólo robustece el hecho o indi cio se le debe dar valor probatorio a su declaración, pero si su testimonio lleva a la discordancia con lo que se investiga, no se le debe valo--

rar; puesto que de acuerdo a nuestro sistema, si dos testigos coinciden - (aunque hayan mentido) se les puede otorgar valor pleno, lo que resulta - en perjuicio del procesado.

5º) La prueba documental, regulada en nuestra ley en sus modalidades de - Públicos y Privados, a los primeros se les dá mayor fuerza probatoria, -- por provenir normalmente de un servidor público en ejercicio de sus fun- ciones.

El Art. 233 del CPPDF, ordena que se haga la compulsu (cotejo) del documento que exista, fuera del lugar donde se realiza el proceso, -- sin distinguir a que clase de documento, consideramos que esta compulsu se debe realizar también en los documentos que estén dentro de la competencia territorial del juzgador de oficio, cuando exista duda de la autenticidad - del documento.

En los Art. 235, 236, 237, 239 y 240 del CPPDF, se reglamenta el derecho a la autoridad de abrir y enterarse de la correspondencia o te legrama, violando la garantía consagrada en el Art. 16 Constitucional, de la inviolabilidad de correspondencia, en base a ello, y al desuso que tie nen estos artículos, se deben derogar.

En relación a la objeción de documento, no se señala el proce dimiento a seguir, ni siquiera si es un incidente innominado, lo que es - necesario agregar o esclarecer en nuestra ley, tampoco se dice si es a pe tición de parte o de oficio, nos inclinamos en proponer que se regule que

sea en ambos casos; es en el capítulo de la valoración de pruebas donde al juzgador se le imponen reglas para que analice si fueron objetados los do cumentos y en caso de no haberse realizado se le otorguen valor pleno, - ya sean públicos o privados.

Proponemos que la valoración de los documentos debe atender - otras directrices: si el documento emana del inculcado y lo reconoce, se debe considerar una confesión; si el documento proviene de un tercero se debe considerar como un testimonio; si se trata de un documento público, verificada o cotejada su autenticidad, hará prueba plena.

6ª) Presunciones, esta prueba se regula en un solo artículo, abarcando al indicio indebidamente, en razón de no ser lo mismo, como lo hemos estable cido; el cual requiere de un capítulo independiente, al igual que la pre sunción, porque su regulación es raquítica.

Para saber cuáles son las presunciones en nuestra ley, lo ave riguamos al hacer un análisis al Art. 260 del CPPDF, en primer lugar lo que no tiene cabida dentro de la prueba testimonial es presunción, y en - segundo término todas las pruebas que no estén especificadas en el enlis tado del Art. 135 del mismo Código también son presunciones, entonces, to dos los demás medios de prueba para la ley, inclusive los indicios, al no mencionarse su regulación específica de éstos.

En cuanto al valor de las presunciones, de acuerdo al Art. - 261 del CPPDF, se deja al juzgador aplicar la relación lógica con base -

en la experiencia general, para encontrar en su conjunto el enlace entre la verdad conocida y la verdad desconocida, esta presunción es la llamada humana, puesto que el juzgador la infiere, por consiguiente es la única que se regula en materia penal para su valoración.

Para concluir, proponemos se regule y delimite adecuadamente las presunciones y los indicios, en razón de no ser sinónimos, pues el -- primero es un razonamiento lógico y el segundo expresa la cosa que sirve de signo, del cual hemos hecho manifestaciones de su importancia actual - en el procedimiento penal.

4.-) CONSIDERACIONES.

1º) La crisis de la justicia penal es atribuible a varios factores, entre ellos está que el Estado sólo se preocupa por los aspectos tangibles ante la sociedad, dedicando mínima parte de su esfuerzo económico a este aspecto; también está como causa la falta de adecuación de nuestra leyes procesales a los adelantos científicos que se viven en la actualidad, así mismo se debe procurar la superación continua de los encargados de la impartición de justicia, de manera tal que se prescindiera de las antiguas y caducas formas que se siguen empleando en la práctica.

2º) Es apremiante una revisión minuciosa del procedimiento probatorio de nuestra legislación penal, en base a que la prueba es el centro donde gravita mediatamente toda resolución judicial, tanto para obtener el conocimiento de los hechos como para formarse convicción y poder definir el objeto de la investigación con sus respectivas consecuencias.

3º) Se es indispensable la revisión y modificación de los medios probatorios, tomando en consideración tanto la inadecuada redacción, como las carencias que tiene cada uno de acuerdo a lo que hemos señalado o que se juzgue necesario, todo con la finalidad de que se corrijan las anomalías por el bien de la justicia penal.

4º) En relación a la confesional, se debe denominar confesión judicial --nuevamente, a la que se debe de agregar el incentivo de "estímulo procesal", en el sentido de "premiar" al inculpador por cooperar con su confe-

sión a la administración de justicia, con la circunstancia especialísima de que dicha confesión sea voluntaria y no existan pruebas contrarias a -- su reconocimiento; sin descuidar que en nuestra ley actualmente quedo -- acéfala en cuanto a su valoración.

5º) Nuestra ley procesal penal establece varios medios probatorios que se pueden utilizar durante el procedimiento penal, de los cuales considera-- mos que son pruebas originarias o primarias y adecuadas para determinar -- la responsabilidad penal las siguientes: la confesional, la testimonial y la documental, las demás sólo son perfeccionadoras de las primeras; en -- atención a ésto, es necesario aceptar la prueba científica como el medio adecuado en la actualidad para la investigación criminal, la que nos ayuda a probar los hechos delictuosos y a explicarlos metódicamente, además de que en la práctica judicial se debe emplear para la identificación del autor del delito.

6º) La legislación procesal penal no regula satisfactoriamente la prueba indiciaria, pues sólo dice en qué consiste, cuando que existen múltiples situaciones que sólo puede apreciarse bajo los principios de los indicios que, regulados por la ley en forma amplia y debida, permitirán el empleo de dicho medio probatorio para resolver las cuestiones que al juzgador se presenten y no caigan en su comprobación en las reglas de los demás elementos de prueba.

No es por demás manifestar en esta oportunidad que los indicios constituyen el punto del inicio del razonamiento judicial en todos -- aquellos casos que se carezca de la prueba idónea, pues proporciona al --

juzgador la oportunidad de explicar y razonar el porqué de su proceder en un caso determinado.

Estimamos, por último, que la prueba que nos ocupa en un futuro no muy lejano, se coloque en lugar principal de la gama probatoria. -- Los doctos en derecho y los legisladores tienen la encomienda.

7º) El sistema de valoración de los medios probatorios en nuestra ley es el indebidamente denominado mixto, al que calificamos de obsoleto, por lo que proponemos desterrar el sistema de valoración legal o tasado que se contiene para algunos medios probatorios, debiéndose reglamentar el sistema de la sana crítica racional, en el que se valoren en su conjunto todos los medios probatorios que formen pieza de autos, aplicando las reglas de la lógica y de la experiencia jurídica, en la que el juzgador goce de absoluta libertad a usar su criterio para otorgarle valor a los medios probatorios, con la única condición de que razone en sí el por qué le produjo convicción el medio o los medios probatorios para que obtenga la certeza jurídica a que llegó, sin prescindir de los requisitos que le impongan las reglas específicas de cada medio probatorio.

8º) La falta de una teoría de valoración de las pruebas, hace necesario proponer que se investigue sobre el particular y se elaboren criterios al respecto, que contengan las máximas de la experiencia jurídica, las máximas o principios de las ciencias auxiliares, como la criminología, la sociología, la psicología, la medicina, la cibernética, etc., de manera tal que se deje al juzgador utilizar la prueba pericial cuando en el campo científico, técnico o práctico, del caso específico esté fuera de su cono

cimiento, lo anterior, se debe realizar sin prescindir del juicio de equi-
dad y del juicio de derecho que son las bases fundamentales para una co--
rrecta impartición de justicia.

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

- 1.-) Acero, Julio. Procedimiento Penal, Puebla, Cajica, México, 1976.
- 2.-) Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. Estudios de Teoría General e -
Historia del Proceso, (1945-1972), UNAM, México, 1974.
- 3.-) Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. Derecho Procesal Mexicano, T.-
II, Porrúa, México, 1977.
- 4.-) Arillas Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México, Kratos,
México, 1981.
- 5.-) Becerra Bautista, José. El Proceso Civil en México, Porrúa, 1970.
- 6.-) Bentham, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales, Ejea, Buenos
Aires, 1971.
- 7.-) Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual,
Helias, Buenos Aires, 1979.
- 8.-) Carmignani, Giovanni. Elementos de Derecho Criminal, Trad. Antonio
Ferneno Otero. Temis Librería, Bogotá, 1979.
- 9.-) Cernelutti, Francesco. Derecho y Proceso, Ejea, Buenos Aires, 1971.
- 10.-) Castro, Juventino V. Lecciones de Garantías y Amparo, Porrúa, --
México, 1981.
- 11.-) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Pe-
nales, Porrúa, México, 1981.
- 12.-) Couture, Eduardo I. Fundamentos del Derecho Procesal Nacional, -
México, 1981.
- 13.-) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Boch, Barcelona, 1980.
- 14.-) Cafferata Nores, José I. La Prueba en el Proceso Penal, Depalma,
Buenos Aires, 1988.
- 15.-) Cappelletti, Mauro. La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil,
Ejea, Buenos Aires, 1972.
- 16.-) Chioyenda, Jesús. Principios de Derecho Procesal Civil, T. II. --
Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1980.
- 17.-) Dellepiane, Antonio. Nueva Teoría de la Prueba, Temis, Bogota, -
1972.

- 18.-) Devis Echandía, Hernando. Teoría de la Prueba Judicial, T. I y II, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, Colombia, 1987.
- 19.-) Díaz de León, Marco Antonio. Tratado sobre las Pruebas Penales, - Porrúa, México, 1986.
- 20.-) Döhring, Erich. La Prueba su Práctica y Apreciación, Ejea, Buenos Aires, 1972.
- 21.-) Domínguez del Río, Alfredo. Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil, Porrúa, México, 1979.
- 22.-) Eisner, Isidoro. La Prueba en el Proceso Civil, Abeledo-Perrot, - Buenos Aires, 1964.
- 23.-) Fitz-Zamudio, Héctor. La Función Constitucional del Ministerio - - Público (Temas y Problemas de la Administración de Justicia en - - México). UNAM, México, 1982.
- 24.-) Florián, Eugenio. De las Pruebas Penales, T. I y II, Temis, Bogota, 1990.
- 25.-) Framarino dei Malatesta, Nicola. Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, Trad. Simón Carrejo, Temis, T. I y II, Bogota, 1978.
- 26.-) Furno, Carlo. Teoría de la Prueba Legal, Obregón y Henedía, México, 1983.
- 27.-) García Arellano, Carlos. Derecho Procesal Civil, Porrúa, México, 1980.
- 28.-) Gómez Lara, Cipriano. Derecho Procesal Civil, Trillas, México, -- 1987.
- 29.-) Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso, UNAM, México, - 1991.
- 30.-) Gómez Orbaneja, Emilio y Otro. Derecho Procesal Civil, T. I, Artes Gráficas ediciones. Madrid, 1969.
- 31.-) González Blanco, Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano, Porrúa, México, 1975.
- 32.-) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal -- Penal Mexicano, Porrúa, México, 1983.
- 33.-) Gorphe, Francois. La Apreciación Judicial de las Pruebas, La Ley, Buenos Aires, 1967.

- 34.-) Gross de Graz, Hanns. Manual del Juez, La España Moderna, Madrid, s/f.
- 35.-) Iragorri Díez, Benjamín. Curso de Pruebas Penales, Temis, Bogota, 1983.
- 36.-) Islas, Olga y Otro. El Sistema Penal en la Constitución, Porrúa, México, 1979.
- 37.-) Machiori, Hilda. Psicología Criminal, Porrúa, México, 1980.
- 38.-) Martínez Silva, Carlos. Tratado de Pruebas Judiciales, Aires - -- Barcelona, 1986.
- 39.-) Medina Lima, Ignacio. Breve Antología Procesal, UNAM, México, 1973.
- 40.-) Mommsen, Teodoro. Derecho Penal, Trad. P. Dorado, Bogotá, Temis, 1976.
- 41.-) Montiel Sosa, Juventino. Criminalística T. I, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, 1980.
- 42.-) Miralles, Teresa. Métodos y Técnicas de la Criminología, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1982.
- 43.-) Oderico, Mario A. Derecho Procesal Penal, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- 44.-) Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa, Porrúa, -- México, 1981.
- 45.-) Ovalle Favela, José. Teoría General del Proceso, Harla, México, - 1991.
- 46.-) Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil, Porrúa, México, 1979.
- 47.-) Pallares, Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales, México, 1980.
- 48.-) Pérez, Carlos Luis. Tratado de Derecho Penal, T. II, Temis, Bogota, 1977.
- 49.-) Pérez Palma, Rafael. Guía de Derecho Procesal Penal, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1975.
- 50.-) Pina de, Rafael y Otro. Diccionario de Derecho, Porrúa, México, - 1983.
- 51.-) Pina de, Rafael. Manual de Derecho Procesal Penal, Reus, Madrid, - 1934.
- 52.-) Piña y Palacios, Javier. Recurso e Incidentes en Materia Procesal Penal y la Legislación Mexicana, Botas, México, 1958.

- 53.--) Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal, Porrúa, México, -- 1991, p. 192.
- 54.--) Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología, Porrúa, México, 1981.
- 55.--) Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología Manual III-Criminalística, UNAM, México, 1979.
- 56.--) Rodríguez Rodríguez, Jesús. La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado, UNAM, México, 1981.
- 57.--) Rosas Romero, Sergio. Consideraciones Jurídicas en torno al Corpus Delicti, ENEP-Aragón, México, 1986.
- 58.--) Sentís Melendo, Santiago. La Prueba. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio. Ejea, Buenos Aires, 1979, pp. 10-11.
- 59.--) Sfez, Lucien. La Decisión, Fondo de Cultura Económico, México, - 1987.
- 60.--) Silva Melero, Valentín. La Prueba Procesal, T. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963.
- 61.--) Silva Silva, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, Harla, México, 1990.
- 62.--) Solís Quiroga, Héctor. Sociología Criminal, Porrúa, México, 1977.

R E V I S T A S

- 1.--) Revista Criminalia, año XXX, No. 8, México 1964.
- 2.--) Revista de la Facultad de Derecho, No. 41-42, UNAM, México 1966.
- 3.--) Revista Iter-Juris, No. 1, México, 1980.

L E G I S L A C I O N

- 1.--) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.--) Código Federal de Procedimientos Penales.
- 3.--) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
- 4.--) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1880.

- 5.-) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1894.
- 6.-) Código de Procedimientos Penales del Estado de México.
- 7.-) Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán.
- 8.-) Código de Defensa Social del Estado de Puebla.
- 9.-) Código de Defensa Social del Estado de Yucatán.
- 10.-) Código de Justicia Militar.
- 11.-) Código Penal para el Distrito Federal.
- 12.-) Código Penal para el Estado de México.
- 13.-) Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.