

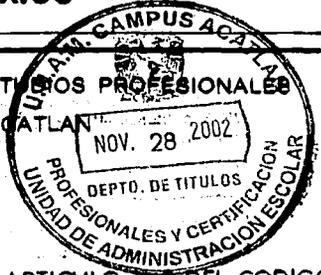
250



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"CAMPUS ACATLAN"



"LA REALIDAD JURIDICA DEL ARTICULO 148 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MEXICO"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

ELISA PEREZ RUEDA

ASESOR DE LA TESIS: LIC. JOSE DIBRAY GARCIA CABRERA



UNAM CAMPUS ACATLAN ACATLAN, MEXICO

2002.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS

Doy gracias a Dios, por haberme permitido la realización y terminación del presente trabajo, así como por todas las bendiciones que de él he recibido y recibo cada día, especialmente por la experiencia de haber constatado un milagro de vida.

A MIS PADRES

FERNANDO PÉREZ GONZÁLEZ Y

BERTHA RUEDA REYES.

A ellos especialmente dedico el presente trabajo, pues, el mismo representa también el fruto de su esfuerzo, por la ayuda incondicional que siempre me han brindado y porque desde el día que nací, hasta el día de hoy me cuidan y protegen; agradeciendo a Dios, el privilegio que me concedió al ser hija de Ustedes. Para Ustedes con todo mi respeto y amor.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

A MI ESPOSO

MIGUEL ENRIQUE MORELOS CHÁVEZ

In memoriam

Gracias MAY porque juntos, con amor, creamos los dos motivos más importantes de mi existir actual, y porque en este momento, como siempre, aunque intangible, sé que estas a mi lado.

A MIS HIJOS

RICKY Y ALEX

A mis amados hijos, les dedico este trabajo, así como mi vida, mi respiración, mi aliento, mi amor, mi cariño, ya que son la razón de mi existir; sintiéndome alegre, muy alegre de compartir, especialmente con ustedes, este momento de mi vida, porque juntos lo hemos logrado. Hijos los amo.

A MI HERMANO Y SU FAMILIA:

FERNANDO PÉREZ RUEDA,
su esposa, mi comadre
MARÍA GUADALUPE CURIEL HERNÁNDEZ
Y mi sobrina y ahijada
MARÍA FERNANDA PÉREZ CURIEL.

Agradezco a ustedes sus muestras de cariño y amor para con mis hijos y conmigo, en los momentos difíciles, deseando compartir con ustedes este momento importante para mí.
Gracias por su apoyo. Los quiero mucho.

A MI HERMANA Y SU FAMILIA:

ROSALÍA PÉREZ RUEDA,
Su esposo, mi compadre
FERNANDO MIGUEL ESQUIVEL FRANCO
Mi sobrino **LUIS FERNANDO ESQUIVEL PÉREZ**
Y mi sobrina y ahijada **NAHOMI CAROLINA ESQUIVEL PÉREZ.**

Feliz de compartir con ustedes este momento, porque juntos, siempre juntos, han compartido conmigo y mis hijos, todos los momentos importantes de mi vida, los buenos y los malos y porque este es un momento muy bueno y hay que disfrutarlo juntos. Muchas gracias, los quiero mucho.

AL LIC. GERÓNIMO SORIANO ROSAS.

Te dedico este trabajo y comparto contigo este momento de mi vida, agradeciendo tu tiempo, tu cariño y el apoyo incondicional que me has brindado, porque eres un hombre noble y bueno, además haciéndote un reconocimiento a tu desempeño como abogado. Gracias por las experiencias compartidas.

A MI ASESOR DE TESIS

LIC. JOSÉ DIBRAY GARCÍA CABRERA

Porque gracias a su intervención, consejos y asesoría me fue posible la terminación del presente trabajo, reconociendo en todo cuanto vale su experiencia como catedrático y abogado postulante, pero sobre todo por la valiosa calidad de ser humano que tiene.

AL LIC. LORENZO FOUBERT DE LA VEGA

In memoriam

Quien fue la persona que sembró en mí, la semilla
de esta profesión.

A TODOS MI FAMILIARES Y AMIGOS

Sintiéndome afortunada de contar con una numerosa familia, así como privilegiada de contar con una lista grande de queridos amigos, dedico este espacio a todos y cada uno de ustedes, que saben están presentes en este momento de mi vida.

INTRODUCCION

Se plantea el problema, consistente en saber si tal y como señala el artículo 148 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, que para el caso de que se niegue la orden de aprehensión o de comparecencia, se podrán aportar nuevos datos, ante el juez de la causa, dentro de los siguientes noventa días naturales, por el Ministerio Público Adscrito.

Tomando en cuenta que México, reclama una mayor eficacia en la aplicación de las leyes, basado en el absoluto respeto a los derechos humanos consagrados en las garantías individuales previstas en nuestra Carta Magna, las cuales marcan claramente el límite de las autoridades frente a los gobernados

Es por ello que creemos que si en el espíritu de una disposición legal se encontrará un mal y no un bien, que debe ser el objeto de toda buena disposición legal, sería mayor el perjuicio social que se causara, que el beneficio individual que pudiera lograrse en un determinado caso.

Si el Derecho Procesal Penal tiene por objeto regir y disciplinar el proceso penal con arreglo a las disposiciones legales, por formar parte del Derecho Público, las determinaciones judiciales deben ser cumplidas y no abandonarse a la voluntad de los particulares que no están facultados para renunciar las normas legales de un modo convencional ni para seguir el proceso por otro camino distinto del establecido.

Como sabemos el Ministerio Público es un organismo independiente y sus funcionarios están sujetos a una sola unidad de mando y de control, el Procurador de Justicia. Debe intervenir en el procedimiento penal desde las primeras diligencias, solicitar las órdenes de aprehensión o comparecencia, contra los que aparezcan responsables, buscar y presentar las pruebas que acrediten su responsabilidad, pedir la aplicación de las penas y cuidar porque los procesos penales sigan su marcha normal.

Lo anterior nos lleva a proponer nuestro trabajo de tesis que se intitula **"Realidad Jurídica del Artículo 148 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México"** lo que nos obliga a entrar al análisis del Artículo 148 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en virtud de que sólo faculta al Ministerio Público Adscrito a aportar pruebas, por lo que se debe de adicionar en el sentido de que no sólo el adscrito tiene facultades para ello y en el último de los casos como se deben de aportar si en forma directa por el ofendido o a través del Ministerio Público Adscrito, esto es, si deben de practicarse por parte de éste o autorizarse con algún visto bueno, por lo que consideramos que dicho precepto legal contiene una laguna amplia en ese sentido y este es el motivo de nuestro trabajo de tesis como fenómeno jurídico, necesita construir las instituciones legales para la interpretación de la ley, buscando su voluntad, sistematizando y coordinando todo ello. Tomando en cuenta puramente la práctica.

Ahora bien, una vez iniciada la averiguación previa y ejercitada la acción penal correspondiente, se da la situación entre otras, que se niegue la orden de

aprehensión o de comparecencia, el precepto legal que se comenta no señala la forma en que se deben de aportar, si es como órgano persecutor o como parte en el proceso y ante esta laguna legal, nos motiva a proponer el presente trabajo de tesis.

Siendo el objetivo de nuestro trabajo de tesis el proponer alguna adición al mencionado artículo, viendo la necesidad de satisfacer los intereses comunes en una forma eficiente a fin de mantener la armonía social, tomando en consideración lo que nos enseña la practica que ha sugerido la idea de una ordenación jurídica compuesta de normas abstractas y obligatorias, tratando de prever todos los casos en que la vida de relación se manifiesta, esto es motivado por la experiencia en los juzgados penales, con el objeto de proteger a los que son susceptibles de recibir un hecho ilícito en su persona y en sus propiedades, para asegurar los fines que persigue la sociedad.

**"REALIDAD JURÍDICA DEL ARTICULO 148 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS
PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO"**

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

NOTICIA HISTORICA DEL PROCEDIMIENTO PENAL

1.1	DERECHO ROMANO.	1
1.2	DERECHO GERMÁNICO.	15
1.3	DERECHO FRANCÉS.	20
1.4	DERECHO MEXICANO.	25

CAPITULO SEGUNDO

FUNDAMENTO LEGAL DE LA REPRESENTACIÓN SOCIAL

2.1	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.	43
2.2	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO.	50
2.3	LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE MÉXICO.	61
2.4	REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE MÉXICO.	67

CAPITULO TERCERO

DOCTRINA DE LA PRUEBA

3.1	CONCEPTO DE PRUEBA.	72
3.2	DIVERSOS SISTEMAS DE PRUEBA.	77
3.3	CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.	82
3.4	PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRUEBA.	89
3.5	FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO INVESTIGADOR EN MATERIA DE PRUEBA.	94

CAPITULO CUARTO

ESTUDIO ANALÍTICO DEL ARTICULO 148

4.1	ESTUDIO ANALÍTICO DEL ARTÍCULO 148 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO	99
4.2	NATURALEZA JURÍDICA DE LA DISPOSICIÓN	113
4.3	PROPUESTA DE ADICIÓN	117
4.4	FUNDAMENTO DE LA PROPUESTA DE ADICIÓN	123
	CONCLUSIONES	129
	BIBLIOGRAFÍA	132

CAPITULO PRIMERO

NOTICIA HISTORICA DEL PROCEDIMIENTO PENAL

- 1.1 DERECHO ROMANO**
- 1.2 DERECHO GERMÁNICO**
- 1.3 DERECHO FRANCÉS**
- 1.4 DERECHO MEXICANO**

CAPITULO PRIMERO

NOTICIA HISTORICA DEL PROCEDIMIENTO PENAL

El estudio del proceso penal por lo que se refiere a su desarrollo histórico, mantiene una estrecha relación con las transformaciones políticas y sociales que se han operado en el mundo. Para comprender su evolución, es preciso que demos a cada una de sus etapas su exacta interpretación histórica.

1.1 DERECHO ROMANO

Es sabido que el origen de la Ley es la costumbre; que las leyes jurídicas se diferencian de las físicas en que aquellas son mutables y se encuentran limitadas por las necesidades que demanda la vida colectiva y por las modificaciones que se introducen en la organización estatal de un pueblo determinado, en el curso del tiempo.

Ahora bien, para conocer la historia del proceso en el derecho romano es necesario adquirirlo en las transformaciones que sufrió el concepto de la acción procesal en ese mismo derecho.

Sabemos que en Roma las acciones se ejercitaban mediante el proceso que ésta era la forma determinada por el Estado de ejercitar las acciones que el derecho sustantivo concedía.

Las formas del proceso fueron tres, respondiendo al triple periodo de la historia del derecho romano.

Antes de que se constituyera propiamente el Estado, el ejercicio de la acción era netamente privado: las partes defendían por sí mismas o quizá ayudadas por personas de su familia o por sus gentiles.

Después prevaleció la idea de no actuar en esta forma, sino de someter la controversia a la decisión de un árbitro, que fuera de la confianza de ambas partes.

Finalmente, constituido ya el Estado, éste fijó la forma en que las partes debieran resolver sus controversias.

Podemos hablar, pues, de "tres periodos en los procesos romanos:

I. Desde sus orígenes hasta el siglo II antes de Cristo; II. Desde esa época hasta el siglo III después de Cristo; y III, Desde el siglo IV después de Cristo hasta Justiniano."¹

Entre los procesos que tuvieron lugar en los dos primeros periodos, existen pequeñas diferencias. En efecto, no es una característica la bipartición del proceso: in juri et in iudicio; tampoco constituye una diferencia en carácter fundamentalmente

¹ PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano." Décima Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1999. p. 132.

privado, pues en ambos existe. La diferencia consiste en las relaciones de las partes con el magistrado y en la forma en que esas partes pueden obrar en juicio; en el primer período, debían pronunciar determinadas palabras (*prolatione certorum verborum*), en el segundo, mediante fórmulas escritas.

El tercer período se distingue esencialmente de los precedentes. En él la intervención del Estado fue mayor, de tal manera que no puede hablarse ya de un proceso privado, sino público. Por otra parte, desaparece la bipartición clásica.

Ahora bien, al estudiar los orígenes del proceso penal, nos ocupamos, en primer término, de las instituciones procesales de la antigüedad. Es sabido que Grecia rindió cultos a la elocuencia y que los negocios judiciales se veían en público y ante los ojos del pueblo. No se permitía la intervención de terceros en los juicios. El acusador era el mismo ofendido y tenía que exponer verbalmente su caso ante los jueces griegos, alegando de viva voz, en tanto que el acusado tenía que defenderse por sí mismo.

"Se permitía que los terceros lo auxiliasen en la redacción de las defensas usando de instrumentos que preparaban, llamados "logógrafos". La función de declarar el derecho correspondía al Arcontado y al Tribunal de los Heliastas, que tomaban sus decisiones después de haber escuchado el alegato de las partes y de

haber recibido las pruebas que éstas ofrecían, decretándose la condenación por medio de bolos negros y la absolución por el empleo de bolos blancos.²

También existió en Grecia el Anficionado, pero esta institución más bien constituía una asamblea legislativa compuesta por los representantes populares de las diferentes colonias griegas que reconocían a Atenas como sede.

Realizada la conquista de Grecia por las huestes del Cónsul Faminio, los pueblos sojuzgados por Roma conquistaron al vencedor por su cultura más avanzada, y de esta manera se transplantaron al Lacio las instituciones jurídicas griegas, y el Foro Romano no adquirió la brillantez y el esplendor de las instituciones helénicas, perfeccionadas por el fino espíritu latino. El proceso romano supera al griego, a medida que Roma recibe la saludable influencia de sus ilustres jurisconsultos.

El proceso antiguo se estructura en el sistema de enjuiciamiento de tipo acusatorio y se distingue por el reconocimiento de los principios de publicidad y de oralidad. Los actos procesales se desarrollaban públicamente en la plaza del Agora o en el Foro Romano, ante las miradas y los oídos del pueblo; las alegaciones se hacían como en Grecia, de manera oral por la vinculación del Tribunal con el órgano productor de la prueba. Existía una absoluta independencia entre las funciones exclusivamente reservadas al acusador, que lo era el ofendido, y las que correspondían al acusado y al Juez. Cada una de las funciones de acusar, defender

² DURANT, Will. "La Vida en Grecia." Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Argentina. 1960. p. 120.

o decidir, se encomendaba a personas distintas e independientes entre sí y no podían reunirse dos en una misma persona; existía una completa separación y no era posible que hubiese proceso sin la concurrencia de las tres funciones.

En el tiempo de las acciones de la ley, se llamaba reo tanto al que provocaba el juicio, como al demandado o conducido al juicio. "En el período formulario, ya el actor es aquel que estaba conducido a juicio, el que era obligado a venir con el actor."³

En aquel período el proceso o juicio como en México se acostumbra llamarle, comenzaba con la citación o emplazamiento que era necesario hacer al demandado para que compareciera ante el magistrado a fin de iniciar el procedimiento.

La citación no se hacía por ningún funcionario sino por el mismo actor. No era, por tanto, un acto oficial sino privado. Además, no podía efectuarse en el domicilio del demandado porque éste era inviolable, según las leyes romanas, lo que impedía celebrar en él cualquier acto judicial.

Forzosamente se efectuaba en la vía pública, en el foro o en cualquier otro sitio, pero obligaba al demandado a comparecer ante el magistrado el día y la hora fijado previamente.

³ BRAVO GONZALEZ, Agustín y BRAVO VALDEZ, Beatriz. "Derecho Romano." Décima Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1999. p. 128.

El emplazamiento se llamaba *in jus vocatio*, y las palabras que se usaban para efectuarlo eran: *in jus veni, in jus te voco* u otras análogas.

Si el demandado se resistía al llamado del actor, éste podía obligarlo por la fuerza a seguirlo (*obtoto collo*) y una prohibición recaía sobre sus amigos y parientes de ayudarlo a resistir.

A fin de probar la *in jus vocatio*, el actor llamaba a dos personas para que atestiguaran de haber sido hecha. Estos testigos recibían el nombre de *atostaturo*, y el actor les tocaba el oído para simbolizar así lo que debían recordar.

Sin embargo, el demandado podía negarse a seguir al actor si presentaba personas que respondieran por él, es decir que se presentaran ante el magistrado y defendieran su causa. Se les daba el nombre de "*vindex*".

"Todos estos procedimientos que se encontraban prescritos por las leyes de las Doce Tablas, eran aprendidos de memoria por los niños en escuelas romanas."⁴

Durante el primer período las partes debían obrar directamente; sólo en casos excepcionales se admitían representantes.

⁴ CICERON, "Tratado de las Leyes." Décima Novena Edición. Colección Sepan Cuantos. Núm. 234. Editorial Porrúa. México, 1999.. p. 69.

En el período formulario, aparecen dos especies de representantes en juicio: los cognitores y los procuradores.

La diferencia entre estas dos figuras consistía en que el cognitor se constituía por palabras prescritas y estando presente el adversario; el procurator, en cambio, se constituía de cualquier otra manera; es más, sin mandato y estando ausente el adversario.

Aun cuando los dos podían ser dueños del litigio (*domini litis*), los efectos de la absolución o de la condena afectaban en forma distinta al representado: tratándose del cognitor recaían sobre el representado; tratándose del procurator, sobre el procurador mismo. La razón era la siguiente: el primero había sido constituido *praescriptis verbis*; el segundo podía actuar sin mandato, es decir, como mero gestor. En otras palabras, el cognitor era un representante directo, porque los efectos del proceso recaían en el representado; el procurador, en cambio, permanece como representante indirecto, por cuanto los efectos jurídicos de su procuración procesal se producen en cabeza propia hasta el fin, inclusive hasta la ejecución de la sentencia.

Ya en la época bizantina, desapareció la figura del cognitor y sólo permaneció la del procurator, cuyas atribuciones diferenciales han dado lugar a dudas.

La característica del proceso romano ordinario es su bipartición pues las partes actúan primero ante el magistrado y después ante el juez.

La actuación ante el magistrado (hasta la litis contestatio inclusive), se llamaba *in iure*, por el lugar en que se sentaba el magistrado (D, I, I, II), y porque el magistrado ejercía jurisdicción. La actuación ante el juez, se denominaba *in iudicio*.

La primera parte se realizaba en el comicio o en el foro y la segunda, cuando ya se construyeron las basílicas, en éstas; ante también en el comicio y en el foro.

Sólo se ejercía jurisdicción en la primera parte, porque sólo la tenía el magistrado pues el juez, en la segunda parte, ejercía sus funciones y dictaba sus sentencias como simple particular.

Por tanto, tenemos que concluir que en estos períodos es característica del derecho romano además de su bipartición, su carácter privado.

El magistrado concede o niega la acción; asiste a las partes; las ayuda a exponer los términos precisos de la litis; confirma el juez elegido por las partes o las ayuda a encontrar un juez apto; ayuda al mismo juez elegido a juzgar y, finalmente, obliga al condenado a pagar, si fuese necesario. Recuérdese que en Roma el magistrado era el pretor; en las provincias, los gobernadores y en los municipios, los *dunviri*.

En las acciones *sirictijuris*, el juez examina los hechos, pues el derecho es examinado por el magistrado; si los hechos son verdaderos, condenan; si son falsos absuelve al reo (pues el actor nunca podía ser condenado). En las acciones *bonas*

fidei examina tanto los hechos como el derecho y según ese examen pronuncia su sentencia. Pero la sentencia no era un acto de jurisdicción, sino casi un arbitraje.

"El juez privado romano era unipersonal o colegiado, como en el caso de los recuperadores, tribunal formado por tres o cinco ciudadanos privados."

"No se conoce el origen de este tribunal colegiado, pero ciertamente fue muy antiguo y solía conocer de cuestiones que necesitaban una rápida solución, como en los casos de injuria y en las cuestiones derivadas de los interdictos, así como en las cuestiones internacionales."⁵

Existió también otro tribunal colegiado que no era privado, el de los centumviri (compuesto más bien de 105 miembros, 3 por cada uno de las 35 tribus), que juzgaba por turnos de cuatro jueces o todos presentes; juzgaba de las cuestiones de propiedad y de las sucesiones.

Finalmente, el tribunal de los decemviri, que juzgaba de las causas sobre libertad.

La editio actionis era el acto por el cual el mismo actor comunicaba al reo que quería llamarlo a juicio, con fundamento en determinada acción. Posiblemente el

⁵ ARIAS RAMOS, Jesús y ARIAS BONET, Jesús. "Derecho Romano," Tomo I. Décima Octava Edición. Editorial Edersa. Madrid. 1988. p. 182

actor conducía al demandado al foro y le mostraba la fórmula o acción, que quería usar, de las muchas que existían en el edicto.

Por tanto el reo era llamado ante el pretor; si se resistía o no quería comparecer, podía ser forzado por el actor.

Cuando las partes estaban frente al pretor, se repetía la editio actionis, se examinaba la competencia del magistrado y la capacidad de las partes (es decir, si eran libres o esclavas, padres de familia o sujetos a patria potestad, etc.) y era entonces cuando el pretor resolvía si concedía o negaba la acción.

"Si el demandado quería actuar en juicio el proceso seguía su curso; en caso contrario, es decir, si el demandado se negaba, todo terminaba y no podía pasarse a la segunda etapa; in iudicio, pues el proceso era substancialmente algo privado, es decir, correspondía exclusivamente a las partes mismas."⁶

Debe distinguirse: o el reo lo hacía porque confesaba que el actor tenía derecho y entonces se procedía a la in iure cesio a favor del actor, o el demandado sencillamente no comparecía, y entonces el pretor daba posesión al actor del patrimonio del demandado. Esto quiere decir que el reo siempre debía comparecer in iure o debía confesar el derecho del actor.

⁶ FLORIS MARGADANT S., Guillermo. "Derecho Romano." Séptima Edición. Editorial esfinge. México. 1991. p. 166.

Compareciendo las partes ante el magistrado, cada una de ellas efectuaba los actos correspondientes a la acción de la ley que se ejercitaba, el procedimiento podía continuar después de dos maneras: o bien, las partes pedían al magistrado que las enviara ante el juez o un jurado, o por el contrario, que él mismo conociera del juicio y pronunciara la sentencia correspondiente. Esto último tenía lugar en la minoría de los casos.

"Cuando pedían un juez al magistrado, la discusión que ante él se efectuaba tenía por objeto fijar con precisión las cuestiones que se sometían a la decisión del juez, pero entonces acontecía que no asentándose el resultado de todos estos actos por escrito, era necesario tener otra prueba de los mismos, y esa prueba era la testimonial porque los interesados acudían a los testigos para que dieran fe de la manera como se habían determinado y precisado las cuestiones litigiosas. A este modo de probarla se llamó *contestare litem*, *litis contestatio*."⁷

Cuando ambas partes estaban *in jure*, surge el momento principal de esta etapa procesal: la *litis contestatio*.

La *litis contestatio* tiene su origen etimológico en el hecho de que en aquella época, eran llamados testigos por ambas partes.

En el tiempo de las acciones de la ley, o sea antes del siglo II a. De Cristo, la *litis contestatio* consistía en la pronunciación de palabras solemnes ante el pretor y

⁷ IGLESIAS, Juan. "Derecho Romano," Cuarta Edición. Ediciones Ariel. Barcelona. 1968. p. 86.

los testigos de ambas partes, mediante las cuales se afirmaba la pretensión del actor y la contradicción del demandado. En la época formularia consistía tanto en la composición de la fórmula, según el ejemplar del edicto, colaborando el pretor y las dos partes, como en la entrega de la fórmula por parte del pretor al actor. Se debía consignar que el demandado entregaba al reo la fórmula y que éste la recibía o aceptaba.

Se dice que la litis contestatio contenía un contrato entre las partes, porque aun cuando colaboraba con ellas el magistrado, era actividad principal de las partes, por lo que el proceso tenía un carácter primordialmente privado. "Ese contrato consistía en que las partes en virtud de la litis contestatio convenían en someter la controversia a juicio y a la decisión del juez, pues el actor entregaba la fórmula al reo y éste la aceptaba y, por tanto, convenía en aceptar el juicio."⁸

Los efectos de la contestatio litis eran los siguientes: Había una novación de la obligación. En efecto, antes de la contestatio litis, el reo debía realizar alguna prestación a favor del actor con base en un contrato anterior; después de ella, subsiste la obligación, pero se entendía que ésta no nacía del contrato primitivo, sino de la contestatio litis, es decir, del otro contrato en ella realizado. Además, se extinguía la acción.

⁸ BONFANTE, Pietro. "Instituciones de Derecho Romano." Traducción de Luis Bacchi y Andrea Larrosa. Quinta Edición. Editorial Reus. Madrid. 1979. p. 185

En efecto, según el antiguo derecho consuetudinario. Ese principio significaba que si una cuestión era judicialmente discutida una vez, no podía volverse a discutir. Es más, ese efecto se producía después, no de la sentencia, sino de la misma litis contestatio.

"Debe hacerse notar que el efecto extintivo de la litis tenía lugar ipso jure, en las acciones personales fundadas en el derecho civil, no en las acciones reales et imperio continentibus. En estos últimos casos, el pretor no podía negar la acción al que ocurría a él por segunda vez; solamente la podía negar si había excepción del demandado, inscrita en la fórmula del segundo juicio."⁹

La entrega de la fórmula concluía el proceso in jure.

"Las partes se comprometían mediante un acto que se llamaba vadimonium a comparecer fijado por ellos el día y hora señalado para el juicio, ante el juez o jurado. El nombramiento del juez lo debería hacer el magistrado en el término de 30 días."¹⁰

La instancia propiamente dicha, sea ante el juez, o ante el magistrado en el caso de que éste no enviara la causa a aquél, no está pormenorizadamente reglamentada en la ley de las Doce Tablas, por lo cual no podemos decir con seguridad como se efectuaba, excepto en las acciones de la ley cuya ritualidad se menciona en lo que restan de dichas Tablas.

⁹ ARANGIO-RUIZ, Vicente. "Historia del Derecho Romano." Editorial Reus. Madrid. 1983. p. 41

¹⁰ KASER, Max. "Derecho Romano Privado." Quinta Edición. Editorial Botas. Madrid. 1988. p. 19

Desaparecido el sistema político republicano en Roma, se introdujo un nuevo concepto jurídico en la legislación y se reconoció, con el advenimiento de las Constituciones Imperiales que precedieron a los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, la opinión de los jurisconsultos Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, que llegaron a tener plena autoridad legal por decreto de Valentino III en 426.

En este período la decisión de los negocios judiciales quedaba al arbitrio de los jueces.

Las disposiciones preceptivas codificadas que se conocen en este período son los dieciséis libros del Código Teodosiano, las novelas de los Emperadores Teodosio, Marciano, Mayoriano y Severo; las institutas de Gayo; los cinco libros de las sentencias de Paulo; algunos títulos de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano y fragmentos de las respuestas de Pepiniano.

Se nota en estas leyes una marcada confusión entre las normas del Derecho sustantivo y las del Derecho formal.

Para concluir diremos que las invasiones de los bárbaros abren un paréntesis al estudio del Derecho.

Se abandonan los excelentes principios que caracterizan al proceso antiguo y el derrumbamiento del poderío romano produce un estancamiento en la cultura, que

se refugia en los monasterios, hasta el advenimiento del régimen feudal que se distingue por el imperio de la voluntad omnímoda del señor sobre sus siervos.

Es el señor feudal el dueño de vidas y haciendas y la justicia la administra por su propia mano sin sujetarse a formalidades; tiene el derecho de castigar y el de perdonar; sus atribuciones son ilimitadas y dispone de la vida de sus súbditos.

Los procedimientos empleados son secretos y sin derecho de defensa.

1.2 DERECHO GERMANICO

Sabemos que de los rasgos esenciales del proceso germánico, fue un derecho primitivo en el que el proceso no tenía por objeto hacer justicia, en el sentido de decidir cual de las dos partes contendientes tenía derecho, sino más bien fue un medio de pacificación social.

El fallo dependía, no de la convicción del juez respecto de la justicia alegada por las partes, sino del resultado a que se llegaba en un acto solemne en el cual el pueblo estaba presente y asistía, con intervención de la divinidad a la rendición de las pruebas de las ordalías.

El resultado de éstas se consideraba decisivo para saber de parte de quién estaba la justicia.

"No se tomaba en cuenta la demanda de los hechos particulares que pudieran fundarla, sino solamente la afirmación del acusador respecto de tener el derecho que hacia valer contra el demandado."¹¹

Por regla general no se admitían las contrapruebas.

La intervención del juez se reducía sustancialmente a resolver quién debía probar y con qué clase de pruebas.

El primitivo tribunal germánico, fue simplemente la asamblea de hombres libres del clan o de la tribu.

Se asistía a ella con las armas en la mano y cada uno podía promover las acusaciones que creía conveniente.

Así se infiere de un texto de Tácito.

En la época en que fue redactada la Ley Sálica, las cosas no habían quizá cambiado.

¹¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "Teoría General del Proceso." Editorial Temis. Bogota. 1967. p. 89.

"En cada cantón o centena había un tribunal, una corte integrada por todos los hombres libres, francos o romanos, reunidos en asamblea en determinado lugar denominado "mallus".¹²

La asamblea era presidida por un jefe elegido por los que la integraban, pero como se vivía entonces bajo un régimen monárquico, el jefe era o bien el monarca mismo o uno de sus representantes designados por él.

La asamblea nombraba un jurado o comisión que conocía de la causa y que estaba compuesto de hombres notables que se llamaban "seniores", "boni homines", "rachimbourges" que habían fallado contra la ley incurrían en una pena pecuniaria.

El primer acto del procedimiento era la "mannitio" o citación a juicio, hecha por el acusador o actor, personalmente en el domicilio del demandado y en presencia de algunos testigos.

Solamente que el demandado por causa de fuerza mayor no pudiera comparecer, debería obedecer a la citación del demandante que lo esperaba en el "mallus" entre la salida del sol hasta el crepúsculo vespertino, exactamente lo mismo que lo ordenado por la ley de las Doce Tablas del Derecho Romano.

¹² ZAMORA-PIERCE, Jesús. "Garantías y Proceso Penal." Novena Edición. Editorial Porrúa. México. 1998. p. 70.

Si el demandado no comparecía, el juez lo condenaba en rebeldía; si por el contrario acudía al juicio, el juez podía diferirle el juramento, después de lo cual pronunciaba su sentencia.

El condenado podía otorgar una caución o bien negarse a cumplir lo ordenado en el fallo.

En este último caso el juez, a petición del actor, enviaba a siete "rachimbourges" al domicilio de aquél para que le embargaran bienes muebles cuyo valor cubriera lo sentenciado.

Si a pesar del embargo, el sentenciado no se presentaba a cumplir con el fallo, el demandante lo citaba para que se presentara ante el tribunal del rey donde lo esperaba un día, y si aquél continuaba rebelde, el monarca lo declaraba fuera de la ley, lo que significaba la muerte civil y, por consiguiente cualquiera podía matarlo.

Tal es un resumen del procedimiento prevenido u ordenado en la Ley Sálica.

En la última fase del desarrollo se volvió ritual en la forma del Derecho romano, se centralizó, y la influencia del monarca se hizo sentir porque los magistrados fueron nombrados por él, y como una nueva institución, apareció el recurso de apelación ante el mismo monarca.

Para concluir diremos que, el derecho germánico que es uno de los antecedentes del derecho procesal europeo, se caracterizó por las siguientes notas:

a).- El proceso no tenía por objeto impartir justicia, sino era principalmente un medio de pacificación social;

b).- En él no se probaban los hechos sino las afirmaciones de los contendientes o sea lo que una parte imputaba a la otra;

c).- Había dos clases de pruebas, las que ahora consideramos propiamente tales que se reducían al juramento, los conjuradores, y testigos y las que han perdido tal carácter como los llamados juicios de Dios u ordalías, combates judiciales, etc.

Se tenía la seguridad entonces que la voluntad divina, respecto de la justicia del caso concreto, se conocía en el resultado de estas últimas pruebas.

d).- El fallo dependía en gran parte de la ejecución de determinadas fórmulas y actos solemnes;

e).- La prueba se producía para convencer al adversario y no a la asamblea que debía pronunciar el fallo;

f).- La principal misión del juez consistía en determinar cuál de los dos contendientes debería probar, decisión ésta que era de suma importancia en la resolución final de las cuestiones litigiosas;

g).- Ya queda dicho, además, que la intervención de la divinidad formaba parte integrante del juicio.

1.3 DERECHO FRANCES

En el Derecho canónico, el procedimiento era inquisitivo; fue instaurado en España por los visigodos (Código de Eurico), y generalizado después hasta la revolución francesa.

Se instituyeron los comisarios, quienes practicaban pesquisas para hacer saber al tribunal del Santo Oficio la conducta de los particulares, en relación a las imposiciones de la Iglesia.

"Al reglamentarse el funcionamiento de la Inquisición episcopal, se encomendó a dos personas laicas la pesquisa y la denuncia de los herejes; y en los inquisidores, se concentraron los actos y funciones procesales."¹³

¹³FLORIAN, Eugenio. "Elementos de Derecho Procesal Penal." Traducción de Prieto Castro. Segunda Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1984. p. 120.

Las denuncias anónimas eran rechazadas; se requería a firma, después, se exigió que se hicieran ante "escribano" y bajo juramento.

Los inquisidores recibían denuncias, practicaban pesquisas, realizaban aprehensiones; la confesión fue la prueba por excelencia y para obtenerla empleaban el tormento; no era admitida la defensa, hacían comparecer a toda clase de testigos; los juicios eran secretos, se utilizaba la escritura y el juez gozaba de poderes amplísimos para formar su convicción.

El proceso penal canónico substituye al proceso penal antiguo, distinguiéndose entre el procedimiento empleado por el Tribunal del Santo Oficio y el que propiamente constituye el sistema laico del enjuiciamiento inquisitorio.

El decreto del Papa Lucio III, del año de 1184, llevado al Concilio de Verona, facultaba a los obispos para que en sus diócesis, enviasen comisarios a que hicieren pesquisas y entregasen a los herejes el castigo seglar. Dichos comisarios fueron los primeros inquisidores episcopales.

Más tarde, en el Concilio de Tolosa, el Papa Inocencio II reglamentó el funcionamiento de la inquisición episcopal, compuesta de un eclesiástico designado por los obispos y dos personas laicas que se encargaban de buscar y denunciar a los herejes.

La función de los inquisidores consistía en interrogar a los acusados, en oír las declaraciones de los testigos y en inquirir, por cuantos medios tuviesen a su alcance, sobre la conducta de las personas que eran señaladas de herejía.

Se admitían testigos que podían ser tachados conforme a las reglas del Derecho común; se prohibía la asistencia de abogados defensores en el sumario y se empleaba el tormento en el plenario para arrancar las confesiones.

Inocencio IV recomendaba a los inquisidores que en la aplicación del tormento fuesen clementes con aquellos que demostrasen su arrepentimiento por abjuración pública o auto de fe.

A los clérigos herejes y a los laicos relapsos, se les imponía el suplicio del fuego y se les confiscaban sus bienes.

Sin embargo, la inquisición creada en el siglo XIII, que algunos hacen remontar a la época de Constantino, como institución eclesiástica de defensa contra los herejes albigenses y maniqueos, no debe confundirse con la inquisición española del siglo XV, que fue una institución de carácter real, permanente y creada con la finalidad de hacer reinar el dominio de la fe en las posesiones de los Reyes Católicos.

Sobre las bases del proceso penal antiguo y del proceso canónico, se edificó el proceso penal común o proceso mixto, que conservó, para el sumario, los

elementos que caracterizan al sistema inquisitorio en cuanto al secreto y a la escritura y para el plenario, la publicidad y la oralidad, como en el sistema acusatorio, aunque prevaleciendo el inquisitorio y también la dualidad en el régimen de pruebas adoptado, pues tanto coexiste en el proceso penal común la teoría de las pruebas a conciencia como la prueba legal o tasada.

Ahora bien, el procedimiento penal mixto o común se fundamenta en el Derecho canónico; se implantó en Alemania en el año de 1532 y en Francia, en la Ordenanza Criminal de Luis XIV.

Sus características son las siguientes: durante el sumario se observan las formas del sistema inquisitivo (secreto y escritura), para el plenario, la publicidad y la oralidad; para valorar las pruebas el juez goza de libertad absoluta, salvo casos excepcionales en los que regía el sistema legal o tasado.

El proceso penal común, al decir de Juan José González Bustamante, es "fruto de las investigaciones de los juristas de Bolonia y se implanta en Alemania, en al Constitución Criminal Carolina en 1532, y en Francia en la célebre Ordenanza Criminal de Luis XIV, el año de 1670."¹⁴

Los jueces disfrutaban del arbitrio judicial como justicias del monarca.

¹⁴ GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. "Principios de Derecho Processal Penal." Décima Edición. Editorial Porrúa. México. 1991. p. 58.

En Italia en el siglo XVI, los juristas Marsilio, Julio Claro, Farinacio y Menocio, establecieron las normas del procedimiento criminal y la libertad en la defensa del acusado, así como la intervención de defensores.

En el Derecho germánico el procedimiento se distingue por el formalismo del proceso; el directamente ofendido por el delito para darle impulso reclamaba su derecho por medio de la venganza (se aplicaba el juramento purgatorio, las ordalías y el juicio de Dios).

Existía una completa separación entre las funciones instructoras y las que corresponden al período de juicio.

El juez que instruye no es el mismo que falla.

En la Ordenanza Carolina, así llamada por haberla decretado el rey Carlos I de España y V de Alemania, se desconoció a la confesión el absoluto valor probatorio que tenía en el proceso penal canónico, se necesitaba que fuera acompañada de otros medios de prueba.

En Francia, el juez instructor era el árbitro en los destinos del acusado, y al dirigir y dar forma al proceso, al disfrutar de ilimitado arbitrio judicial, establecía los fundamentos sobre los cuales se levantó todo el procedimiento, sentenciando al acusado en secreto, sin oírlo en defensa, sin hacerle saber el nombre de su

acusador, empleando la pesquisa y el tormento como fecundo sistema de intimidación.

1.4 DERECHO MEXICANO

Se hace necesario dividir en tres períodos el México antiguo, esto es, la época precolonial, época colonial, y por último época independiente, analizando las diferentes épocas en sus procesos judiciales y así tenemos que la palabra justicia en el idioma azteca era "tlamelahuacachimaliztli, derivada de tlamelahua, ir derecho a alguna parte, de donde aquel vocablo significa enderezar lo torcido."¹⁵

La idea expresada por la palabra azteca era sólo la de buscar la línea recta, es decir, usar su propio criterio.

Por ello cada caso tenía su ley pero el criterio del juez estaba influido por las costumbres y el ambiente social.

"Como en todos los gobiernos despóticos, el rey tenía el derecho de formular leyes. Bien se comprende que algunas disposiciones no eran otra cosa que las antiguas costumbres adoptadas por la nación, bien suyas propias, bien aprendidas y tomadas de pueblos más civilizados."¹⁶

¹⁵ REYES, Alfonso. "Visión de Anahuac." Imprenta Alsina. Madrid. 1923. p. 68.

¹⁶ LOPEZ GALLO, Manuel. "Economía y Política en la Historia de México." Trigésima Edición. Ediciones El Caballito. México. 1988. p. 33.

Corto número de reglas debía ser conocido por la tribu mexicana, en su estado salvaje y desgraciado; pero desde los tiempos de Izcoatl en que se hizo independiente y a medida que la nación extendió su poderío a lo lejos, debieron surgir necesidades nuevas, trayendo consigo los indispensables preceptos para ordenarlas.

Los mexicanos se ocupaban demasiado en la guerra, y a este ramo consagraron su atención entera; de modo que sus leyes en esta materia predominaron por completo entre las demás naciones, las cuales seguían en todos sus puntos aquel código militar.

Casi en el espacio de tiempo que reinaron los reyes conquistadores aztecas, ocuparon el trono de Acolhuacan dos monarcas legisladores y filósofos, Nezahualcoyotl y Nezahualpilli, quienes cuidaron más de organizar que de ensanchar sus dominios.

Ellos compilaron las antiguas costumbres, añadieron nuevas disposiciones, formaron digamos así, los códigos civil y criminal; determinando la categoría y atribuciones de los jueces, reglamentando la administración de justicia, el número y la importancia de los tribunales.

Tanto acertaron en esta materia, para su tiempo y sus usos bien entendidos, que las demás naciones gustaron de aquella legislación tomándola para el orden de sus pueblos.

La representación jeroglífica es muy elocuente. En el Código Mendocino, en una lámina, aparece la representación jeroglífica de la actividad jurisdiccional que se desempeñaba entre los aztecas.

Las figuras más importantes son las de cuatro jueces, dibujados en línea de arriba abajo, sentado en unos asientos dotados de altos respaldo que engrandecen su dignidad. Cada uno de esos jueces, tiene una diadema real, indicativa del ejercicio de la justicia en nombre del soberano. En la parte superior de sus respectivos tocados está marcada, con un jeroglífico, su jerarquía. "El primer juez es el de más alta alcurnia y los otros tres son especie de alcaldes. Enfrente de los funcionarios judiciales están dibujadas seis figuras humanas que corresponden a quienes reciben justicia; tres están sentadas, al parecer en el piso, en cuclillas, y las otras tres personas están sentadas sobre sus propias piernas en una posición de hincadas."

"En la parte trasera a cada uno de los cuatro jueces, se hallan sentados, en unas sitaliales sin respaldo, los jóvenes nobles cuya misión es aprender el fondo y la forma de la administración de justicia. Alfonso Toro estima que se trata de mancebos de la nobleza, que asisten con los alcaldes en sus audiencias a fin de instruirse en las cosas de la judicatura para después suceder a los juzgadores."¹⁷

¹⁷ MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio. "El Derecho Precolonial." Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1992. p. 140.

El carácter de juez, tanto en los tribunales unitarios como en los colegiados, requería la pertenencia a la nobleza, poseer grandes cualidades morales, ser respetable y haber sido educado en el Calmécac.

A este lugar podían ingresar exclusivamente los miembros de la nobleza para recibir, de la clase sacerdotal, enseñanza general y especializada para el desempeño de cargos en la milicia, en la administración pública y en la judicatura.

La educación para las actividades judiciales era tanto teórica como práctica.

Cuando el futuro magistrado había dominado la parte teórica de su aprendizaje, pasaba a los tribunales a observar, cerca de los jueces la forma en que se administraba justicia.

La más importante era la etapa práctica "porque allí aprendían, objetivamente, a instruir un proceso, a reunir las pruebas necesarias, a establecer el valor de las mismas y aplicar la ley según las circunstancias del caso."¹⁸

Como apuntábamos anteriormente a la cabeza de la administración de justicia estaba el rey; después de éste seguía el cihuacoatl, gemelo mujer, especie de doble del monarca.

¹⁸ MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio. "Historia de la Facultad de Derecho." Imprenta Universitaria. UNAM. México. 1956. p. 11.

Sus funciones eran, entre otras, administrar justicia y sus sentencias no admitían apelación ni ante el mismo rey.

No sólo en Tenochtitlán, sino en todas las cabeceras de provincia importantes había un cihuacoatl.

Como anotábamos "En Tenochtitlán existía el Cihuacoatl, magistrado nombrado por el rey, inferior sólo a éste, quien entendía de las cosas de gobierno y en la hacienda del monarca; juzgaba por su propia persona, conocía en los negocios que le estaban encomendados, más en las apelaciones de los negocios criminales, eran sus sentencias definitivas, pues no admitían apelación. Era tenido en tanta estima, que quien quiera que usurpara el oficio moría por ello, confiscaba sus bienes y se vendía por esclavos su mujer e hijos. Magistrados con el mismo nombre y atribuciones había en las grandes ciudades con mucha comarca."

"Seguíale en categoría el Tlaatecatl, quien conocía en causas civiles y criminales; en las civiles juzgaba en definitiva, en las criminales, como vimos, se apelaba el Cihuacoatl. El tribunal era colegiado, siendo presidente el Tlacateatl, quien tenía por asesores o asociados al Cuauhnochtli y al Tlailotlac; cada uno de los tres tenía un teniente que oían y determinaban junto con los principales; aunque las sentencias se pronunciaban en nombre del Tlacatecatl. Asistían a mañana y tarde con sus insignias puestas, a las salas de justicia que en el palacio del rey había, llamadas Tlaltzontecoyan, lugar de sentencia, derivado de tlatzonatecali, cosa juzgada; oían con mesura y silencio a las partes, conservando el orden ciertos

empleados y porteros. Las determinaciones tomadas por el tribunal las pregona el tecpoyotl, pregonero, y las penas las ejecutaba por su mano el Cuauhnochtli.¹⁹

Además, en las causas civiles, había el tlacatecatl, que integraba un tribunal con otros dos ayudantes, auxiliados por un teniente cada uno. Sesionando en la casa del rey. En cada barrio o calpulli había cierto número de centectlapiques, que hacían las veces de jueces de par en los asuntos de mínima importancia.

Para los deudores morosos había una cárcel llamada teilpiloyan.

El procedimiento civil se iniciaba con una forma de demanda: tetlailtlaniliztli, de la que dimanaba la cita tenanatiliztli librada por el tectil y notificada por el tequitlatoqui. El juicio siempre era oral; la prueba principal era la de testigos y la confesión era decisiva.

Pronunciada la sentencia, tlazolequiliztli, las partes podían apelar al tribunal de tlacatecatl; el principal medio de apremio era la prisión por deudas. El tepoxotl o pregonero publicaba el fallo.

En los negocios importantes el cuahnoxtli, uno de los jueces del tribunal de tlacatecatl, era el ejecutor del fallo.

¹⁹ CLAVIJERO, Francisco Javier. "Historia Antigua de México." Editorial Porrúa. México. 1975. p. 207.

Como señalábamos había un funcionario notificador, el Tecpoloti cuya misión era comunicar al pueblo la voluntad del rey.

Su oficio era de gran honor y dignidad.

Las resoluciones judiciales las ejecutaba el Coahunoch, especie de alguacil mayor, hoy lo llamaríamos "actuario".

Al lado de este funcionario judicial, existían auxiliares, quienes servían de emplazadores y de mensajeros, que en mandándoles la cosa, iban volando como gavilanes, fuese de noche, fuese de día, y a cualquier hora, lloviese o ventease o cayesen piedras del cielo.

No sabían esperar tiempo ni dilatar por un momento lo que se les mandaba.

La forma judicial de los mexica y texcocanos nos suministra algunas lecciones útiles de política.

La diversidad de grados en los magistrados servía al buen orden: su continua asistencia en los tribunales desde comenzar el día hasta la tarde, abreviaba el curso de las causas y los apartaba de algunas prácticas clandestinas, las cuales hubieron podido prevenirlos a favor de algunas de las partes.

Las penas capitales previstas contra los prevaricadores de la justicia, la puntualidad de su ejecución y la vigilancia de los soberanos, tenían enfrentados a los magistrados, y el cuidado que se tenía de suministrarles de cuenta del rey todo lo necesario, los hacía inexcusables.

Los jueces que se tenían cada veinte días en presencia del soberano, y particularmente la asamblea general de todos los magistrados cada ochenta días para terminar las causas pendientes, a más de prever los graves males que causa la lentitud en los juicios, hacía que los magistrados se comunicaran recíprocamente sus luces, que el rey conociese mejor a los que había constituido depositarios de su autoridad, que la inocencia tuviera más recursos y que el aporte del juicio hiciera más respetable la justicia.

En cada barrio o calpulli había un teuctli que sentenciaba en los negocios de poca monta; investigaba los hechos en los de mayor importancia y daba cuenta diariamente con ellos al tribunal del tlacatecatl.

Los teuctli o jueces menores eran tantos, como barrios o calpulli había y cada uno limitaba su actuación a su respectivo barrio.

Dependían directamente del Tlacatécatl, eran electos por los vecinos del barrio y duraban en su cargo un año. Conocían en primera instancia de los negocios civiles y penales de poca importancia que se suscitaban entre los pobladores del barrio de su jurisdicción.

Acudían diariamente ante su superior a dar cuenta de sus negocios y a recibir órdenes. Bajo las órdenes de los teuctli estaban los tequitlatoque o notificadores, encargados de hacer las citaciones y los Topilli, que efectuaban los arrestos.

Las sentencias de los jueces menores podían ser apeladas ante el Teccalli o Teccalco, tribunal de primera instancia y que estaba integrado por un cuerpo colegiado de tres miembros, de los cuales el tlatacécatl era el presidente.

El Teccalli o Teccalco tenía varios funcionarios subordinados: el Achcautli, especie de alguacil mayor, encargado de hacer las citaciones y las aprehensiones; el Amatlacuilo o escribano, que se encargaba de llevar los protocolos escritos con jeroglíficos; el Tecpóyotl o pregonero, que dará a conocer las sentencias; y el Topilli o mensajero.

El Tlaxtllan era el Tribunal superior, que estaba sobre el tribunal de primera instancia. Estaba constituido por un cuerpo colegiado de cuatro miembros, cuyo presidente era el Cihuacóatl o Juez Mayor.

Este tribunal conocía en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas en los negocios del orden penal por el Tribunal de Primera Instancia y de los negocios que se entablen con motivo del límite de tierras.

Las sentencias dictadas por este Tribunal eran cosa juzgada.

Así los procedimientos son rápidos, carentes de tecnicismo, con defensa limitada, grande el arbitrio judicial y crueles las penas, pues en materia mercantil, el tribunal de doce jueces residían en el mercado y decidían sumariamente las diferencias que surgían en las transacciones mercantiles, podían imponer como pena, la muerte, que se ejecutaba en el acto.

Posteriormente en la época colonial y que es en la etapa histórica inmediatamente posterior a la conquista, rigieron en la Nueva España las disposiciones jurídicas peninsulares.

Paulatinamente se emitieron disposiciones normativas para regir especialmente en la Nueva España.

De esa manera, se fueron acumulando normas jurídicas locales que fueron desplazando a las de la Metrópoli, hasta el momento en que las reglas de los colonizadores se convirtieron en supletorias.

Eran tan numerosas las disposiciones emitidas para regir los nuevos dominios de la España colonial que el día 4 de septiembre de 1560, el rey Felipe II ordenó, mediante cédula dirigida al virrey don Luis de Velasco para que se formara la colección de "cédulas y provisiones que hubiere."

El oidor Vasco de Puga continuó el trabajo del primer encargado Alfonso Maldonado, quien dejó inconclusa su actividad de recopilación y de esa manera se

logró la primera recopilación normativa que se conoció con el nombre de Cedulaario de Puga.

El virrey Velasco mandó se imprimiera la obra de recopilación el día 3 de marzo de 1563.

Por su parte, el visitador Ovando formó una compilación de las leyes registradas en el Consejo de Indias.

Las Ordenanzas de Ovando fueron firmadas por Felipe II el 24 de septiembre de 1571 y están formadas por 122 capítulos.

En ellas se establece que el Consejo de Indias es la suprema autoridad en gobierno y justicias de las Indias, al cual debían obedecer las autoridades coloniales.

Dadas las deficiencias que inicialmente tenía el Cedulaario de Puga y siendo que la compilación de Ovando era incompleta, el Consejo de Indias encargó a Diego de Encinas la realización de una recopilación metódica de las leyes que regían a las Indias.

La obra se concluyó en doce años; pero hubo defectos de método, a contener disposiciones derogadas y contradictorias.

Se insistió en el propósito recopilador y el licenciado don Fernando Jiménez Paniagua, ayudado por un cuerpo de escribientes, terminó la obra el 12 de abril de 1680 y el Rey Carlos II la aprobó el 18 de mayo del mismo año.

La obra se imprimió con el nombre de Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias y consta de nueve libros.

Para los efectos de los antecedentes procesales, el libro más importante es el quinto, que trata: de la división de las gobernaciones, de los gobernadores, alcaldes mayores, subtenientes y alguaciles, provinciales y alcaldes de hermandad, alcaldes y hermanos de la Mesta, alguaciles de las ciudades, escribanos, médicos y boticarios; competencia de las diversas autoridades, pleitos, sentencias, recusaciones, apelaciones, primera y segunda suplicación, ejecuciones y residencias.

Sabido es que las posesiones de España en América e islas adyacentes, Filipinas y otras en los mares de oriente se rigieron por leyes especiales y que esas leyes se reunieron en un solo cuerpo, formando la Recopilación de leyes de los reinos de las indias, sancionada por cédula de 18 de mayo de 1680, siendo rey Carlos II.

La recopilación de Indias se compone de nueve libros, divididos en títulos que se forman de leyes numeradas.

El libro V, que tiene quince títulos, trata también de las autoridades judiciales y de los procedimientos del orden judicial.

Para dar idea de su contenido, mencionaremos los rubros de los títulos primeros de cada libro, pues con ello se tiene idea de lo que trata todo el libro.

En libro primero: De la santa fe católica; en el segundo. De las leyes, provisiones, cédulas y ordenanzas reales; en el tercero: Del dominio y jurisdicción real de las indias; en el cuarto: De los descubrimientos; en el quinto: De los términos, divisiones y agregación de las gobernaciones; y también de los alcaldes mayores y ordinarios y de los alguaciles; de los escribanos; de las competencias; de los pleitos y sentencias; de las recusaciones; de las apelaciones y suplicaciones y ejecuciones; en el sexto: De los indios; en el séptimo: De los pesquisadores y jueces de comisión; en el octavo: De las contadurías de cuentas y sus ministros y en el noveno: De la real audiencia y casa de contratación que reside en Sevilla.

El gobierno de las Indias fue siempre motivo de preocupación especial para la corona de España y ya desde la época de los Reyes Católicos intervino en asuntos coloniales judiciales, el Consejo de Castilla.

En 1524 se creó el Consejo de Indias al que se dieron las mismas facultades y privilegios que al de Castilla: la misma facultad de hacer leyes previa consulta del rey; la misma jurisdicción suprema en las indias orientales y occidentales y sobre sus naturales, aunque residiesen en Castilla, sujetando a él la Audiencia de la

contratación de Sevilla y declarando expresamente inhibidos a todos los consejos y tribunales de España de tomar conocimiento en todo lo relativo a las Indias.

El Consejo de Indias era, pues, un cuerpo legislativo pero a la vez el tribunal superior donde terminaban los pleitos que por su cuantía eran susceptibles de ese recurso; finalmente, tenían facultades consultivas del rey.

A la manera que el Consejo ejercía su autoridad en todas las Indias, las Audiencias la tenían en sus distritos respectivos.

En lo judicial era el tribunal supremo del que no había apelación, sino en casos determinados, al Consejo.

Para que sus magistrados administrasen justicia con independencia de interés, amistades o parentesco en el lugar en que ejercían sus funciones, les estaba severamente prohibido dar o recibir dinero prestado, poseer tierras, recibir dádivas, etc., como ordenaba el libro 2, título 16 de la Recopilación de Indias.

El número de sus integrantes variaba, según la extensión de los virreynatos para los asuntos administrativos o según lo requiriera la administración de justicia.

La de México, según la Recopilación de Indias, se componía de un presidente que era el virrey y de ocho oidores que formaban salas para los negocios civiles y criminales; había además un fiscal en materia penal.

Tenía jurisdicción "sobre las provincias llamadas propiamente Nueva España, con las de Yucatán y Tabasco, Nuevo León y Tamaulipas de las internas de Oriente en el mar del norte y en el sur desde donde acababan los términos de la audiencia de Guatemala, hasta donde comenzaban las de Nueva Galicia. Esta residía en Guadalajara.

La palabra Audiencia viene de audire: oír, porque oían los alegatos de las partes.

Sus individuos usaban traje negro, que se llamaba toga por su semejanza con el traje romano, pero vulgarmente se denominaban golillas, porque tenían éstas en el cuello.

Varias fueron las cédulas y disposiciones que organizaron las Audiencias en la Nueva España y les atribuyeron competencia.

Debían fallar, en primer lugar, ajustándose a las leyes especialmente dadas para las Indias y, en su defecto, a las leyes de Castilla, según lo dispuso Carlos V, desde 1530.

Los abogados que litigaban en la Audiencia se regían por lo dispuesto en el título 24 del Libro 2 de la Recopilación de Indias y para ser admitidos debían ser examinados por la propia Audiencia, previa pasantía de cuatro años y después de haber recibido el bachillerato.

Todos los escritos debían ser firmados por abogados y los honorarios de éstos estaban fijados en aranceles aprobados por la propia Audiencia.

En primera instancia administraban justicia los alcaldes ordinarios, que conocían de negocios de menor cuantía y eran nombrados anualmente; en las poblaciones principales conocían de asuntos civiles los alcaldes mayores o corregidores, que eran nombrados por el rey, por un período de cuatro a cinco años.

En la ciudad de México había dos alcaldes que conocían de asuntos civiles.

"El juzgador de indios conocía de pleitos civiles entre los indios y entre éstos y los españoles."²⁰

Hubo justicias privilegiadas y especiales. Cabe mencionar a los tribunales eclesiásticos, al Consulado de México, que conocía de pleitos entre comerciantes y sobre mercaderías (eran jueces en primer estancia el prior y los cónsules y en segunda un oidor y dos adjuntos); al Real Tribunal de Minería, en asuntos mineros; y al Juzgador de bienes de difuntos, que conocía de las testamentarias e intestadas cuando los dueños del caudal hereditario se encontraran en España, no teniendo jurisdicción sobre herencias de indios.

Algunas causas privilegiadas, como aquellas en que eran partes los huérfanos, las viudas, las corporaciones, etc., se tramitaban desde su primera

²⁰ SOLIS, Antonio De. "Historia de la Conquista de México." Editorial Porrúa. México. 1993. p. 178.

instancia en las Audiencias o en el Consejo de Indias. Esas causas se llamaban causas de Corte.

"El Consejo de Indias se ocupaba del procedimiento llamado juicio de residencia para exigir responsabilidad a los funcionarios. Separado un funcionario de su cargo, se publicaban pregones convocando a todos los que tuvieran algún agravio que el funcionario encausado les hubiese ocasionado. Conocía el Consejo de los juicios de residencia que se formaban contra virreyes, oidores y altos funcionarios coloniales, los cuales siempre eran sometidos a ella al terminar el plazo de su encargo."²¹

Lamentablemente, la administración de justicia en la época colonial se deterioró en forma grave por la llamada "venta de oficios", sistema al que acudía la corona para remediar la precariedad del erario.

El derecho a ser nombrado juez de la Casa de Contratación, a la muerte o remoción del actual propietario era de seis mil pesos.

La compra de los oficios públicos o empleos se explica por el beneficio que producía el cobro de costas u honorarios por cada diligencia en que intervenía el funcionario y por las propinas, además del honor que era anexo al usufructo de dignidades.

²¹ ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. "Apuntes para la Historia del Derecho en México." Tomo I. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 19845. p. 187.

Para concluir diremos que, por más de un siglo ha debido contender México para segar las hondas raíces feudales que, a lo largo de tres siglos, España sembró en este continente.

Lid iniciada de 1810 a 1821, con la guerra de Independencia; continuada después de 1854 a 1867, con la revolución de Ayutla, la guerra de la Reforma, y la intervención francesa; y, posteriormente, de 1916 a 1917, con el movimiento maderista, y la revolución que culmina en nuestra actual Carta Magna.

Estos tres grandes movimientos libertarios no son sino la concatenación de los esfuerzos realizados por nuestro pueblo, al exigir una vida mejor.

CAPITULO SEGUNDO

FUNDAMENTO LEGAL DE LA REPRESENTACIÓN SOCIAL

- 2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**
- 2.2 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO**
- 2.3 LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE MÉXICO**
- 2.4 REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE MÉXICO.**

CAPITULO SEGUNDO

FUNDAMENTO LEGAL DE LA REPRESENTACION SOCIAL

Tanto en la ley como en la doctrina se define con certero trazo la trayectoria bien afianzada y dirigida por la representación social encargada de velar por la seguridad y el buen gobierno, tarea que deben llevar conforme a los preceptos constitucionales para cumplir su misión fincada en la justicia y en el orden social, donde debe de imperar siempre un régimen de derecho.

2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La Constitución General de la República instituye el Ministerio Público y precisa su atribución esencial; las leyes orgánicas lo estructuran y organizan, señalándolo además con cierto detalle, las actividades que le corresponden.

Aunque del art. 21 Constitucional se desprende su atribución fundamental, en la vida práctica no sólo persigue el delito; su actuación también se extiende a otras esferas de la administración pública.

De acuerdo con el texto constitucional, tomando en cuenta el espíritu que animó al Constituyente del 17 para instituirlo, el Ministerio Público representa a la sociedad ofendida por el delito y para cumplir su cometido, ahonda sus raíces en la sociedad misma, auscultando sus palpitaciones para llevar el producto de sus

impresiones al laboratorio, a las oficinas, y por medio de un proceso de decantación legal, da forma al ejercicio de la función específica que el Constituyente del 17 le señaló.

Consecuentes con la norma constitucional las leyes que lo organizan, los demás textos legales y la jurisprudencia, otorgan al Ministerio Público la titularidad de la acción penal; sin embargo, prácticamente, la esfera de acción del Ministerio Público se extiende más allá del ámbito del Derecho Penal, siendo notable su intervención en materia civil, en cuestiones de tutela social, representando a los incapacitados o ausentes y en algunas otras situaciones, en las que son afectados los intereses del estado, tal es el caso del Ministerio Público del Estado de México.

En términos generales se puede decir que tiene encomendada también la delicada misión de preservar a la sociedad del delito.

De la intervención legal del Ministerio Público, de la doctrina y de la ley se desprenden los siguientes principios esenciales que lo caracterizan: a) jerárquico; b) indivisible; c) independiente; d) e irrecusable.

a) Jerarquía. El Ministerio Público está organizado jerárquicamente bajo la dirección y estricta responsabilidad del Procurador General de Justicia, en quien residen las funciones del mismo.

Las personas que lo integran, no son más que una prolongación del titular, motivo por el cual reciben y acatan las órdenes de éste, porque la acción y el mando en esa materia es de competencia exclusiva del Procurador.

Lo aquí anotado así debiera ser; sin embargo, en la práctica esto es distinto, recuérdese que, en nuestro medio, el Ministerio Público es nombrado y removido libremente por el titular del Poder Ejecutivo, razón por la cual el Procurador y todo el personal integrante de la institución están subordinados totalmente a dicho titular.

b) Indivisibilidad. Esto es nota saliente en las funciones del Ministerio Público, porque quienes actúan no lo hacen a nombre propio, sino representándolo; de tal manera que, aún cuando varios de sus agentes intervengan en un asunto determinado, éstos representan en sus diversos actos a una sola institución y el hecho de separar a la persona física de la función específica que le está encomendada, no afecta ni menoscaba lo actuado.

c) Independencia. La independencia del Ministerio Público es en cuanto a la jurisdicción, porque si bien es cierto, sus integrantes reciben órdenes del superior jerárquico, no sucederá lo mismo en relación a los órganos jurisdiccionales. Esto se explica sin mayores complicaciones, si para ello hacemos notar la división de poderes existentes en nuestro país y las características que le singularizan, de tal manera que concretamente, la función corresponde al Ejecutivo, depende del mismo, no pudiendo tener injerencia ninguno de los otros en su actuación.

d) Irrecusabilidad. El fundamento jurídico sobre la irrecusabilidad del Ministerio Público, radica en el artículo 38 y 40 de la Ley Orgánica que señalan lo siguiente:

"Artículo 38.- El Procurador, los Subprocuradores, los Directores Generales, los agentes del Ministerio Público y los Secretarios de esta institución, no son recusables."

"Artículo 40.- Los servidores públicos a que se refiere el artículo anterior, se excusaran de conocer de los asuntos, cuando concurra cualquiera de las causas señaladas en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, o en la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipio."

Situación en la que se confiere al Gobernador la facultad de calificar la excusa del Procurador y éste la de los funcionarios del Ministerio Público (artículo 42 de la Ley Orgánica).

Una vez asentado lo anterior vemos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 21 señala entre otras cosas lo siguientes: "Artículo 21.- "... la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con un policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato..."

El artículo 21 constitucional, conforme a su más extendida interpretación, que prevaleció en la práctica, confería al Ministerio Público el monopolio en el ejercicio de la acción penal. Esto implica la facultad de resolver sobre el ejercicio de dicha acción, sin injerencia de otras autoridades, y la atribución de sostener dicha acción ante los tribunales, en forma exclusiva.

La reforma de 1994 retiró al Ministerio Público el monopolio tradicional, por cuanto canceló la facultad citada en primer término.

Efectivamente, el cuarto párrafo de aquel precepto señala en la actualidad que "las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, serán impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley."

No será el Ministerio Público mismo, pues, quien resuelva en definitiva acerca del multicitado ejercicio.

Las funciones de este organismo, conforme al artículo 102 de la Constitución, son las de "la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponde solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la Administración sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine."

También es facultad del Procurador General de la República intervenir personalmente en las controversias que se suscitaren entre dos o más Estados de la Unión, entre un Estado y la Federación o entre los poderes de un mismo Estado.

Estas atribuciones indican la importancia de esta función, que sirve para establecer una colaboración entre los Poderes Judicial y Ejecutivo, dándole mayor fuerza al segundo.

Además el propio Procurador, que nombra y remueve el Ejecutivo, interviene en todos los negocios en que la Federación fuese parte; en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales y en los demás en que debe intervenir el Ministerio Público de la Federación, el Procurador General lo hará por sí o por medio de sus agentes, que constituyen sus segundas manos.

El papel del Procurador debe ser de gran importancia, ya que constitucionalmente tiene la calidad de consejero jurídico del gobierno.

Tanto el como sus agentes serán responsables de toda falta, omisión o violación a la ley, en que incurran con motivo de sus funciones.

Infortunadamente, la prepotencia del Ejecutivo ha determinado que esta institución se convierta en un mero apéndice del Presidente de la República, y en funcionario de enlace, a veces de consigna, respecto del Poder Judicial.

Y las funciones importantes que la ley orgánica le ha otorgado, no han podido funcionar debido a la falta de autonomía de tal organismo; lo que no impide señalar que, potencialmente, es una institución de gran relevancia dentro de nuestro régimen, que en un momento determinado puede servir notablemente para un mejor funcionamiento de la Constitución, en vista de que le corresponde velar por su respeto.

Por su parte la Constitución Política del estado Libre y Soberano de México, señala en el artículo 81 lo siguiente:

"Art. 81.- Corresponde al Ministerio Público la investigación y persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal."

"La policía judicial estará bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público.

Y por otro lado señala el artículo 82 lo siguiente:

Art. 82.- El Ministerio Público hará efectivos los derechos del Estado e intervendrá en los juicios que afecten a quienes las leyes otorgan especial protección.

Luego entonces el texto constitucional en los artículos 81, 82, 83, 84, 85 y 86 establece las facultades específicas del Ministerio Público e indica en quien debe

residir, pero no lo organiza, de tal manera que para tener conocimiento de ello es necesario acudir al contenido de preceptos legales secundarios.

El Ministerio Público del Estado de México, se organiza de acuerdo con los lineamientos de las leyes respectivas.

En el texto de los mismos se establecen: sus facultades y obligaciones, personal que lo integra, distribución de éste y algunos otros aspectos necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones legales.

2.2 CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO

Como apuntábamos anteriormente el texto constitucional en los artículos 21, 73, 102, 103 y 124, establece las facultades específicas del Ministerio Público e indica en quién debe residir, pero no lo organiza, de tal manera que para tener conocimiento de ellos es necesario, acudir al contenido de preceptos legales secundarios.

El Ministerio Público del fuero común, en el Distrito Federal, y del fuero federal y el de las entidades federativas, se organiza de acuerdo con los lineamientos de las leyes respectivas.

En el texto de las mismas se establecen: sus facultades y obligaciones, personal que lo integra, distribución de éste y algunos otros aspectos necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones legales.

Pieza fundamental del proceso penal moderno, en los más de los países, a raíz de la entronización del sistema mixto, es el Ministerio Público o Ministerio Fiscal o Fiscalía, acusador del Estado cuya aparición en el panorama del enjuiciamiento aparece uno de los caracteres relevantes de tal sistema mixto.

Hoy día, el Ministerio Público constituye, particularmente en México, un instrumento total del procedimiento, así en la importantísima fase averiguatoria previa, verdadera instrucción parajudicial o administrativa, como en el curso del proceso judicial, donde el Ministerio Público asume, monopolísticamente o no, el ejercicio de la acción penal en nombre del Estado.

Para unos autores, el Ministerio Público representa a la sociedad; para otros es representante del Estado. Siendo éste dueño de personalidad jurídica, que en cambio no tiene la sociedad, concepto ajeno al orden normativo, responde a mejor técnica concebir al Ministerio Público como representante del Estado, por más que en términos comunes, frecuentemente incorporados a los usos curiales, se les mencione en condición de representante o representación social.

Fenech define al Ministerio Público como "una parte acusadora necesaria, de carácter público, encargado por el Estado, a quien representa, de pedir la actuación de la pretensión punitiva y de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal."²²

Colín Sánchez le caracteriza como "una institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo) que actúe en representación de la sociedad para el ejercicio de la acción penal y la tutela social en todos aquellos casos que le asignen las leyes."²³

En la primera de las definiciones se acentúa la participación del Ministerio Público con el procedimiento criminal, participación que en México no resume ni limita las tareas de este cuerpo, por cuanto, según veremos, también extiende su dilatada y expansiva actividad, como lo hace en muy numerosos países, a la vigilancia de la legalidad, sea genéricamente, sea en la administración de justicia, y a la preservación de ciertos intereses de débiles e incapacitados en el fuero civil, particularmente en la rama familiar, que en últimas fechas ha cobrado autonomía en el cuadro de nuestro régimen jurídico distrital.

Ahora bien, sobre la calidad en que el Ministerio Público interviene en el procedimiento se ha planteado importante debate.

²² FENECH, Miguel. "Derecho Procesal Penal." Editorial Labor. Barcelona. 1986. p. 88.

²³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales." Décima Séptima Edición. Editorial Porrúa. México. 1999. p. 245.

Es pertinente recordar aquí que, al decir de Carnelutti, "la litis existe entre imputado y parte lesionada, como sujetos del interés en conflicto."²⁴

Ahora bien, cabe igualmente reconocer que el Ministerio Público entra en la litis en cuanto, "al proponer la demanda penal, sostiene Carnelutti, afirma el derecho lesionado por el delito; entra lo mismo en cuanto al sustituto procesal o a representante en el proceso civil."²⁵

Para Guarneri, "el Ministerio Público parte en sentido formal, no material, como titular del derecho de acción, aunque no lo sea de la potestad punitiva, cuya titularidad incumbe al Estado."²⁶

Así ejerce derechos ajenos, no propios, desde el punto de vista material.

Ha impresionado a los estudiosos el sensible desequilibrio que suele haber en el curso del proceso entre el acusador, Ministerio Público, y el defensor.

No hay ni puede haber igualdad, se dice.

Ya se advertía que no es admisible el principio que equipara el Ministerio Público al imputado, al punto de exigir que a toda facultad del primero corresponda una facultad también del segundo.

²⁴ CARNELUTTI, Francisco. "Lecciones sobre el Proceso Penal." Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1961. p. 122.

²⁵ CARNELUTTI. Op. Cit. p. 123.

²⁶ GUARNERI, José. "Las Partes en el Proceso Penal." Editorial De Palma. Madrid. 1979. p. 122.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Este principio deriva de un concebido de igualdad que, si pudo haberse admitido en el proceso acusatorio pero, en el que el acusador y el imputado eran personas particulares, es manifiestamente erróneo en el Derecho Procesal vigente, en el cual el acusador es un órgano público.

El haber atribuido al Ministerio Público el carácter de parte, se concluye diciendo, no significa en modo alguno haberle creado una situación de igualdad frente al imputado.

Ha sido constante la negativa de calidad de parte al Ministerio Público de donde resultaría que el proceso penal no lo es de partes.

Jiménez Asenjo resume en los siguientes términos la tesis negativa de carácter de parte del Ministerio Público, "no pide la actuación legal en nombre propio, sino que su actividad se refiere a la facultad-deber de promover dicha actuación"; al Ministerio Público "inspira en todo momento un deber de imparcialidad en el mantenimiento del orden jurídico"; "ejercitándose en el proceso el jus puniendi del Estado y siendo el fiscal órgano del mismo, aunque aquél se desdoble en instructor, acusador y sentenciador, el Estado es siempre único y el mismo en cada uno de los órganos o sujetos procesales indicados"; no siendo posible que el Ministerio Público sea acusado a su vez, "se vulnera el principio de igualdad tan característico de la parte": es absurdo, por último, considerarlo como tal

"en cuanto puede verse obligado a defender a un sujeto injustamente acusado, proporcionando, incluso, pruebas de su inocencia."²⁷

Por lo que a México respecta, con base en la definición de parte aportada por Florian González Bustamante considera que en el proceso penal lo son el Ministerio Público y el inculpado; aquél, "como órgano del Estado, que en el acto de la consignación desarrolla, autónomamente, una actividad procesal al perseguir los delitos y llevar al proceso relaciones jurídicas principales, al vigilar por que se impugnan las sanciones señaladas por la ley al que quebrante la norma y por que se le condene al pago del resarcimiento del daño causado por el delito."²⁸

"Al indicar que el Ministerio Público actúa como autoridad durante la averiguación previa y como parte en el proceso penal, Pallares lo estima "institución anómala."²⁹

Para Rivera Silva, "desde la ley orgánica de 1903 dejó de ser el Ministerio Público un simple auxiliar de la administración de justicia, para convertirse en parte."³⁰

²⁷ JIMÉNEZ ASEÑO, Enrique. "Derecho Procesal Penal." Editorial El Atenco. Buenos Aires. 1978. p. 220.

²⁸ GONZALEZ BUSTAMANTE, J. José. "Principios del Derecho Procesal Penal." Décima Edición. Editorial Porrúa. México. 1991. p. 192.

²⁹ PALLARES, Eduardo. "Derecho Procesal Civil." Décima Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1989. p. 120.

³⁰ RIVERA SILVA, Manuel. "El Procedimiento Penal." Vigésima Séptima Edición. Editorial Porrúa. México 1998. p. 190

Colín Sánchez indica que el Ministerio Público es un sujeto de la relación procesal, en la que participa con el carácter de parte, sosteniendo los actos de acusación, y agrega que tiene una personalidad polifacética: "actúa como autoridad administrativa durante la fase preparatoria del ejercicio de la acción penal, como sujeto procesal, como auxiliar de la función jurisdiccional, ejerce tutela general sobre menores e incapacitados, representa al Estado protegiendo sus intereses, etc."³¹

En términos semejantes se produce Acero, cuando expresa que "el Ministerio Público tiene un "poliforme aspecto", cabeza de la policía judicial, parte en el proceso penal y vigilante del cumplimiento de lo fallado en la ejecución de la sentencia."³²

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia sostiene que el Ministerio Público es autoridad durante la averiguación previa y parte en el proceso, desde que ejercita la acción penal.

Para concluir diremos que también se ha indicado que el carácter de autoridad que tiene el Ministerio Público en la averiguación previa se pone de manifiesto por cuanto sus actuaciones en esta fase tienen valor probatorio.

Expresamente afirma otra tesis que en pedimentos procesales el Ministerio Público no es una autoridad, sino tiene el carácter de parte en el juicio y contra sus actos no puede hacerse valer el amparo, puesto que dichos actos no producen, por

³¹ COLÍN SÁNCHEZ. *Op. cit.* p. 246.

³² ACERO, Julio. "El Procedimiento Penal Mexicano." Ediciones Especiales del Norte. México, 1991. p. 169.

sí mismos, una situación de Derecho, porque no están investidos de imperio, sino que su eficacia jurídica depende de la resolución de los tribunales, que lo mismo pueden obsequiar que desechar su petición.

Además se ha manifestado que dentro del proceso el Ministerio Público puede recuperar su carácter de autoridad, lo cual ocurre al formular conclusiones inacusatorias y desistirse de la acción penal, que son funciones de imperio dentro del proceso, y acontece también cuando le está encomendada la ejecución de la orden de captura, y en este caso el amparo contra sus actos procede en lo que se refiere a la ejecución.

Ahora bien, "Si se considera al Ministerio Público como parte en el proceso es menester advertir, sin embargo, ciertas singularidades en tal calidad, que le alejan de la fisonomía común. Se trata en efecto, de parte público o forzosa, de buena fe o "imparcial" y privilegiada."³³

Es parte público el Ministerio Público en cuanto tiene carácter de órgano del Estado y forzosa, además, porque en algunos regímenes como el nuestro sólo él puede ejercitar la acción penal. Debe intervenir, pues, de modo indispensable, para que exista proceso.

³³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "Curso sobre Derecho Procesal Penal." Octava Edición. Editorial Porrúa. México. 1999. p. 267.

En virtud de su título como parte de buena fe o "imparcial" no debe perseguir invariablemente durante el proceso, amén de que, como autoridad averiguadora, no siempre puede ni debe ejercitar la acción.

Parte privilegiada es el Ministerio Público en razón del Estado de ventaja, relativa, en que se encuentra con respecto al inculpado, aún cuando la situación se invierte (y entonces queda el interés social en desventaja) cuando el sentenciado hace valer el amparo directo contra la sentencia de condena (y el indirecto contra otros actos de autoridad), sin que el Ministerio Público, (esto es, la sociedad representada por él) tenga a la mano igual medio impugnativo (o una equivalente, como la revisión de que dispone la autoridad contra resoluciones definitivas de los tribunales de lo contencioso administrativo (artículo 104, fracción I, B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Ajustándose a los lineamiento de la legislación del Estado de México, por considerarla más sencilla; y por ende, menos rebuscada y artificiosa que la federal, la primera etapa de la instrucción se inicia en el momento en que ejercitada la acción penal por el Ministerio Público, se dicta el auto de radicación o de inicio, también llamado comúnmente "cabeza de proceso".

a) El auto de radicación. El auto de radicación es la primera resolución que dicta el órgano de la jurisdicción, 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.

b) Efectos. Los efectos jurídicos del auto mencionado dependerán de la forma en que se haya dado la consignación (sin detenido o con el).

En esta primera hipótesis, al dictar el auto de radicación, el juez tomará en cuenta si los hechos ameritan una sanción corporal, o si por el contrario, se sancionan con una pena alternativa, puesto que ambas situaciones derivan hacia consecuencias jurídicas diferentes: en el primer caso, previa la satisfacción de los requisitos del artículo 16 Constitucional, procederá la orden de aprehensión; en el segundo, el libramiento de la cita, comparecencia u orden de presentación, para lograr la presencia del sujeto ante el juez.

En la segunda hipótesis, se tomará en cuenta lo preceptuado en el artículo 19 constitucional.

Consecuentemente con lo anterior, cuando hay detenido, obedeciendo lo preceptuado en la disposición señalada, dentro de las primeras cuarenta y ocho horas del término aludido, se ordenará la práctica de un conjunto de diligencias, también señaladas por la Constitución General de la República en la fracción III del artículo 20, de la que nos ocuparemos posteriormente.

Ahora bien, una vez declarando en preparatoria, se dicta el auto de formal prisión, por lo que como apuntábamos anteriormente durante la averiguación previa, intervienen: el denunciante, el querellante o su legítimo representante, el Ministerio Público, el indiciado, algunos terceros, como los testigos y los peritos, y otros más, un tanto ajenos a la averiguación, cuyos informes o certificaciones son necesarios para complementarla; y aún la autoridad judicial, cuando ordena la práctica de un cateo, a solicitud del Ministerio Público.

En términos generales, la sola interposición de la denuncia o la querrela constituye un acto de prueba; también el dictamen de peritos, el testimonio y las diversas diligencias practicadas por el funcionario de Policía Judicial (inspección, levantamiento de cadáver; fe de lesiones, de objetos, de daños, etc.).

Todo lo mencionado, facilita al Ministerio Público el fundamento jurídico para sus determinaciones; es decir, perseguirá el delito cuando los elementos probatorios le proporcionen un índice considerable de verdad; de lo contrario, desvirtuaría sus funciones.

Por ello, las probanzas recabadas son el medio indicado para justificar su postura legal, ya sea ejercitando la acción penal o, en su defecto, haciendo cesar todo acto lascivo a los derechos humanos jurídicamente protegidos.

En la instrucción, los actos de prueba gravitan en los sujetos de la relación procesal (Ministerio Público, procesado, defensor, ofendido, testigos, etc.); los actos

de uno, son a la vez, el origen y base en donde se sustentan los de los otros intervinientes.

De lo expuesto se colige que la prueba, en principio, está dirigida al órgano jurisdiccional, en razón de ser éste el encargado de dictar las resoluciones necesarias para el desarrollo del proceso (orden de aprehensión, auto de formal prisión, etc.), y, sobre todo la sentencia.

No obstante, visto en conjunto el procedimiento, en la averiguación previa las pruebas proporcionan al Ministerio Público el fundamento legal para provocar la jurisdicción, mas tarde con apoyo en el material probatorio de la defensa promoverá otros, e indudablemente, para fijar su posición jurídica, al formular conclusiones analizará las probanzas acumuladas a lo largo del proceso.

2.3 LEY ORGANICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE MÉXICO

Dados los principios esenciales, característicos del Ministerio Público y tomando en cuenta también las funciones que tiene que realizar, no sería posible que las mismas se llevaran a cabo por el propio Procurador, razón por la cual la Ley Orgánica y el Reglamento Interior establecen su integración y funciones.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, en el artículo 5° indica las atribuciones de la Procuraduría en ejercicio del Ministerio

Público y en ejercicio de procuración de justicia y el artículo 6° señala que "para el cumplimiento de sus atribuciones, la Procuraduría se integra con I.- Un Procurador General."

Por su parte el artículo 9 señala las atribuciones del Procurador en los siguientes términos:

"Artículo 9.- Son atribuciones del Procurador, las siguientes:"

"I. Ser el titular de la Procuraduría."

"II. Presidir el Ministerio Público y ejercer las facultades que corresponden a este."

"III. Vigilar la constitucionalidad de las leyes del Estado y, en su caso, proponer las reformas necesarias."

"IV. Respetar los derechos humanos en el ámbito de la procuración de justicia."

"V. Acordar con el Gobernador del Estado, los asuntos de su competencia."

"VI. Proponer al Gobernador del Estado a las personas que ocupen el cargo de Subprocurador."

"VII. Nombrar y remover al personal de la Procuraduría, con excepción de los Subprocuradores, en cuyo caso se requerirá de la aprobación del Gobernador del Estado."

"VIII. Delegar en los Subprocuradores o personal bajo su mando, atribuciones que no sean indelegables."

"IX. Dictar las disposiciones administrativas para los servidores públicos de la Procuraduría."

"X. Aprobar la elaboración de Códigos de conducta para el Ministerio Público y sus auxiliares, en los cuales se establecen normas de contenido ético y vigilar su cumplimiento."

"XI. Celebrar convenios de coordinación con instituciones nacionales, del Estado o de otras entidades, en materia de capacitación para el personal de la Procuraduría."

"XII. Definir las bases para la especialización de los agentes del Ministerio Público y de la Policía Judicial, a partir de cada tipo penal y sus modalidades."

"XIII. Determinar las circunscripciones territoriales de las subprocuradurías."

"XIV. Crear, modificar o suprimir las unidades técnicas y administrativas de la procuraduría conforme a las disposiciones legales aplicables."

"XV. Celebrar convenios con autoridades federales, de otras entidades y municipales para el ejercicio de las atribuciones de la Procuraduría."

"XVI. Fortalecer la coordinación con la Procuraduría General de la República y las Procuradurías Generales de Justicia del Distrito Federal y de las entidades federativas, en el marco de la Conferencia Nacional de Procuradores."

"XVII. Establecer procedimientos para que la sociedad, vigile la actuación del personal de la dependencia."

"XVIII. Convocar a la comunidad a participar en el mejoramiento de la procuración de justicia."

"XIX. Otorgar al personal de la dependencia estímulos e imponer sanciones en los términos de ley."

"XX. Presidir el Consejo Estatal de Procuración de Justicia."

"XXI. Conceder licencias y permisos al personal de la Procuraduría, y"

"XXII. Las demás que determinen las leyes."

Posteriormente vemos en el artículo 13 que son atribuciones de los Subprocuradores:

"I. Investigar los delitos del fuero común."

"II. Ejercitar la acción penal."

"III. Poner a las personas aseguradas a disposición de la autoridad competente."

"IV. Solicitar las órdenes de cateo conforme a lo dispuesto en los preceptos legales aplicables."

"V. Establecer sistemas de control, vigilancia y protección de los bienes y valores asegurados por el Ministerio Público."

"VI. Hacer valer de oficio las causas excluyentes de responsabilidad y las causas de inimputabilidad."

"VII. Resolver el no ejercicio y someter a la consideración del procurador el desistimiento de la acción penal."

"VIII. Ordenar la detención de los indiciados, en los casos y con los requisitos determinados en la Ley."

"IX. Conceder la libertad provisional al indiciado, en los casos y con los requisitos determinados en la Ley."

"X. Ser parte en los procesos penales y realizar los actos de su competencia señalados en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México."

"XI. Ejercer el mando directo e inmediato de la Policía Judicial."

"XII. Auxiliar a las autoridades del Ministerio Público Federal o de otras entidades federativas, cuando lo determina la ley o estas lo soliciten."

"XIII. Coordinar su actuación con las autoridades federales o de otras entidades federativas, en la investigación de los delitos."

"XIV. Proporcionar orientación y asesoría jurídica a las víctimas del delito."

"XV: Hacer efectivos los derechos del Estado e intervenir en los juicios que afecten a quienes las leyes otorgan especial protección."

"XVI. Fomentar la conciliación de las partes en los delitos de querrela."

"XVII. Supervisar por si o a través del personal a su mando, la adecuada integración de la averiguación previa y su correcta consignación, y"

"XVIII. Las demás que determinen las leyes."

Luego entonces vemos que la Ley Orgánica, en forma concreta le señala al Procurador atribuciones de dos clases no delegables y, delegables.

Dentro de las primeras destacan todas las fracciones del artículo 8 a excepción de la fracción VIII, en la que delega sus atribuciones al Subprocurador, para éste a su vez en términos del artículo 17 las atribuciones a los agentes del Ministerio Público que es copia fiel del artículo 13 que señala las atribuciones del Subprocurador.

Para concluir diremos que esta Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México es promulgada y publicada en la Gaceta del Gobierno el 10 de abril de 1996.

2.4 REGLAMENTO DE LA LEY ORGANICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE MÉXICO.

Este reglamento es publicado el 20 de febrero de 1997, en la Gaceta del Gobierno de la Ciudad de Toluca de Lerdo, Estado de México.

En la misma señala que dentro de "las funciones encomendadas al Ministerio Público y a la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, son cada vez más complejas, por descansar en ellas una de las actividades fundamentales para la tranquilidad y la seguridad pública como es destacadamente la prevención y la persecución de los delitos."

"Que para el cumplimiento cabal y oportuno de las funciones del Ministerio Público y de la Procuraduría General de Justicia, es necesario precisar la estructura orgánica de esta Institución para asegurar la eficacia y oportunidad de sus acciones mediante una adecuada división del trabajo que al mismo tiempo de cumplir con la legalidad sea flexible para adaptarse a las exigencias y cambios sociales, y"

"Que para alcanzar aquel objetivo es indispensables desarrollar las disposiciones sustantivas de la ley para indicar los asuntos que corresponden a cada órgano de la Procuraduría General de Justicia las relaciones administrativas entre éstos y el régimen de responsabilidad tanto administrativa como disciplinaria al que se encuentran sujetos los servidores públicos de esa institución, así como el de estímulo y reconocimiento."

En el Reglamento señala de los agentes del Ministerio Público en el artículo 12 lo siguiente:

"Artículo 12.- Además de las personas a quienes la Ley considera como agentes del Ministerio Público, también tendrán este carácter."

"I. El Director General de Policía Criminal y Combate a la Delincuencia."

"II. El Director General de Aprehensiones."

"III. Los Subdirectores de Policía Criminal y de Combate a la Delincuencia, y"

"IV. Los demás servidores públicos que se determinen conforme a las disposiciones legales aplicables."

Así vemos el artículo 15 de la Ley Orgánica que señala lo siguiente:

"Artículo 15.- Para efectos de esta Ley, se consideran agentes del Ministerio Público, las personas nombradas por el Procurador con este carácter así como los Directores de Averiguaciones Previas, Responsabilidades, Control de Procesos y demás servidores públicos que se determinen en el reglamento respectivo."

Con lo anterior llegamos a la conclusión que la Ley Orgánica y su Reglamento vigentes, omiten específicamente las atribuciones de estos servidores públicos; empero, es indudable que sus obligaciones y facultades se colige que deben ser iguales a las señaladas para quienes actúan en los juzgados civiles, familiares y penales, aunque circunscritos a la esfera competencial de los órganos jurisdiccionales de que se trate.

Lo anterior en virtud de lo que señala el artículo 26 del Reglamento que nos indica lo siguiente:

"Artículo 26.- En el ejercicio de sus atribuciones, el Director General de Control de Procesos tendrá a su cargo la atención y resolución de los siguientes asuntos:"

"I. Organizar, controlar y supervisar a los agentes del Ministerio Público que se encuentren bajo sus órdenes."

"II. Vigilar que los agentes del Ministerio Público comparezcan oportunamente en los juicios o procedimientos administrativos ante las oficialías del Registro Civil."

"III. Cuidar que los agentes del Ministerio Público realicen las actuaciones judiciales que las leyes les señalan, y desahoguen en tiempo y forma las vistas ordenadas por las autoridades jurisdiccionales."

"IV. Revisar las conclusiones en los procesos penales y cuando éstas fueren inacusatorias hacerlas del conocimiento del Procurador."

"V. Vigilar que en los casos de desistimiento de la acción penal se actúe en los términos de la fracción anterior."

"VI. Resolver las consultas que sobre el ejercicio de sus atribuciones formulen los agentes del Ministerio Público de su adscripción."

"VII. Proponer al Procurador y diseñar los manuales y circulares que se requieran para la actuación de los agentes del Ministerio Público."

"VIII. Rendir al Procurador informe diario y mensual de las labores desarrolladas por el personal a su cargo."

"IX. Supervisar la imagen, disciplina y eficacia del personal a su cargo."

"X. Los demás que le señalan otros ordenamientos legales y los que le encomiende el Procurador."

CAPITULO TERCERO

DOCTRINA DE LA PRUEBA

3.1 CONCEPTO DE PRUEBA

3.2 DIVERSOS SISTEMAS DE PRUEBA

3.3 CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

3.4 PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRUEBA

**3.5 FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO INVESTIGADOR EN
MATERIA DE PRUEBA**

CAPITULO TERCERO

DOCTRINA DE LA PRUEBA

Fácil es comprender que para que el juez pueda llegar al descubrimiento del término medio que une al hecho con la disposición de la ley, es absolutamente indispensable que le conste la verdad de la existencia del hecho; y de aquí la obligación que aquélla impone a las partes de probar los hechos de donde derivan sus respectivos derechos.

3.1 CONCEPTO DE PRUEBA

El Derecho Penal para la realización de su objeto y fines, está condicionado en todo a la prueba; de otro modo, no pasaría de ser un conocimiento teórico sin ninguna relevancia práctica.

La prueba, es el factor básico sobre el que gravita todo el procedimiento; de aquélla dependerá el nacimiento del proceso, su desenvolvimiento y la realización de su último fin.

Si quienes deben determinar la situación jurídica del probable autor de una conducta o hecho ilícito no se sustentaran en ella para fundar sus determinaciones, éstas carecerían de la fuerza necesaria para su justificación particular y general.

Luego entonces, forma el régimen de la prueba uno de los capítulos más sugerentes del Derecho Procesal.

En la práctica, la actividad probatoria posee importancia descollante para la buena y justa marcha del procedimiento.

De hecho, no serán la culpabilidad, ni la inocencia las determinaciones, por sí, de una sentencia regida por la justicia, sino ésta se supeditarán, en todo caso, a la más o menos feliz actividad probatoria que tenga al proceso como escenario.

Así vemos que la palabra prueba, etimológicamente, viene de probandum, cuya traducción es: patentizar, hacer criterio derivado del viejo Derecho español.³⁴

Desde el punto de vista gramatical la Real Academia Española de la Lengua en su diccionario establece que probar, en primera acepción es hacer examen y experimento de las cualidades de personas o cosas; tercera acepción nos dice: probar es justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa con razones, instrumentos o testigos. Define también a la prueba en su séptima acepción como "La Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley."³⁵

Probar es la actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio.

³⁴ MATEOS M., Agustín. "Etimologías Grecolatinas del Español." Sexta Edición. Editorial Esfinge. México. 1975.

³⁵ Diccionario de a Lengua Española. Décima Novena Edición. Editorial Espasa. Calpe. Madrid. 1990.

Para Vicente y Caravantes, "prueba, del adverbio probe, significa: honradamente, porque se piensa que toda persona, al probar algo, se conduce con honradez."³⁶

Por lo que el concepto de prueba posee diversas acepciones, que examinan los analistas del tema.

Entre aquéllas, el autor mexicano Ovalle Favela enuncia: "medio son los que se pretende probar, procedimiento probatorio, actividad de probar y resultado producido por los medios de prueba desahogados en el proceso."³⁷

Bentham caracteriza a la prueba, en amplio sentido, como "un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho."³⁸

Mittermaier concibe a la prueba como "la simia de los motivos que producen la certeza."³⁹

Afirma Carnelutti, "lo que se prueba es una afirmación."⁴⁰

³⁶ VICENTE CARAVANTES, José Dc. "Tratado Histórico, Crítico y Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil." Editorial Bosch. Madrid. 1966. p. 280.

³⁷ OVALLE FABELA, José. "Derecho Procesal Civil." Séptima Edición. Editorial Harla. México. 1996. p. 168.

³⁸ BENTHAM, Jeremías. "Tratado de las Pruebas Judiciales." Casa Editorial Bosch. Madrid. 1979. p. 168.

³⁹ MITTERMAIER, C.J.A. "Tratado de la Prueba en Materia Criminal." Décima Edición. Editorial Reus. Madrid. 1979. p. 181

⁴⁰ CARNELUTTI, Francisco. "Lecciones sobre el Proceso Penal." Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1971. p. 298.

De otra parte, Chioyenda sostiene que: "probar significa crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de información en el proceso."⁴¹

Ambos autores confluyen en la idea expresada por el primero, de que la prueba en sentido amplio es un equivalente sensible del hecho que hay que valorar.

Con relación al Derecho, Alfonso Noriega considera que la prueba se refiere a "un hecho que ha de valorizarse jurídicamente; en orden al proceso, esa valoración se hace en cuanto a la repercusión que pueda tener en el resultado del mismo."⁴²

Jaime Guasp, ameritado procesalista español refiere que "la prueba es el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo."⁴³

Carlos Arellano García define a la Prueba como "el conjunto de elementos de conocimiento que se aportan en el proceso y que tienden a la demostración de los hechos o derechos aducidos por las partes, con sujeción a las normas jurídicas vigentes."⁴⁴

⁴¹ CHIOYENDA, José. "Teoría General del Proceso." Editorial Temis. Bogotá. 1977. p. 210.

⁴² NORIEGA CANTU, Alfonso. "Lecciones de Amparo." Tomo I. Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1997. p. 840.

⁴³ GUASP, Jaime. "Derecho Procesal Civil." Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1977. p. 211.

⁴⁴ ARELLANO GARCIA, Carlos. "Derecho Procesal Civil." Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1998. p. 148.

El procesalista penal Guillermo Colín Sánchez, al examinar el tema de la Teoría de la Prueba afirma que "no es hiperbólico aducir que el Derecho Penal sustantivo, para la realización de su objeto y fines, está condicionado en todo a la prueba."

En sentido estricto, el ilustre jurista mexiquense estima que "Prueba es todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y personalidad del delincuente, para de esta manera estar en aptitud de definir la pretensión primitiva es fatal."⁴⁵

De las definiciones antes expuestas se advierte que la prueba es un ejercicio de carácter intelectual y/o material, cuyos momentos de ejecución dependen del objeto a verificar y de los fines de tal verificación; así es plausible expresar que la prueba no es una institución jurídica exclusiva del derecho adjetivo, su utilidad en el derecho sustantivo resulta evidente al pretender, por ejemplo, emitir un juicio de valor respecto de cualquiera de los bienes jurídicamente tutelados, pues las razones que sustentan la valoración del bien a examinar no son otra cosa que las virtudes sugeridas por el mismo, que justifican la protección que el legislador le otorga, constituyéndose esas razones en pruebas que acreditan la pertinencia de su incorporación al orden jurídico y su defensa en mayor o menor grado.

⁴⁵ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales." Décima Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1998. p. 3090

Desde la perspectiva del Derecho procesal la prueba es, como ya se ha dicho, el pilar que sostiene la certeza del juez respecto de la decisión que ha de emitir restituyendo el derecho a quien le corresponde.

En suma, la prueba es esencial, el medio de que se sirve el derecho para el conocimiento de la verdad y a partir de ella está en aptitud de hacer justicia.

3.2 DIVERSOS SISTEMAS DE PRUEBA

El medio de prueba es, la prueba en sí.

Es un vehículo para alcanzar un fin.

Esto significa que, para su operancia, debe existir un órgano que le imprima dinamismo, y así, a través de uno o más actos determinados, se actualice el conocimiento.

Nos dice De Pina que "Medio de prueba es el instrumento que se puede legalmente utilizar como apto para producir la convicción del órgano que lo maneja."⁴⁶

⁴⁶ PINA, Rafael De y CASTILLO LARRAÑAGA, José. "Instituciones de Derecho Procesal Civil." Vigésima Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1997. p. 289

Claría Olmedo hace notar: "no deben confundirse los elementos probatorios con los medios de prueba. Los primeros están en el objeto integrándolo en sus diversos aspectos y manifestaciones; los segundos son elaboraciones legales, aun cuando no taxativas, tendientes a proporcionar garantías y eficacia en el descubrimiento de la verdad dentro del proceso."⁴⁷

Aún cuando, en principio, el autor citado está en lo justo, nos parece inútil tal aclaración, porque actualmente nadie confunde los elementos integrantes del objeto con el objeto mismo; en cuanto a los medios de prueba, no siempre es correcto llamarles elaboraciones legales, puesto que el uso de tal calificativo dependerá del sistema probatorio adoptado.

Franco Sodi, aclara: "el objeto de la prueba es el tema del proceso o la verdad histórica concreta por conocerse, el órgano de la misma es la persona física que aporta el conocimiento, y el medio de prueba es el acto o modo usado por la persona física referida, para proporcionar el citado conocimiento". Consecuentemente, conocer es "individualizar un objeto de nuestra conciencia, y el modo de conocer el medio de prueba."⁴⁸

En la valorización de las pruebas judiciales existe una divergencia en el procedimiento civil y en el criminal.

⁴⁷ CLARÍA OLMEDO, Jorge. "Tratado de Derecho Procesal Penal." Editora Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires. 1968. p. 448.

⁴⁸ FRANCO SODI, Carlos. "El Procedimiento Penal Mexicano." Talleres Penitenciarios. México. 1957. p. 222.

a).- En el procedimiento civil, el contenido de la prueba, la comprobación del derecho que se considera violado, corresponde a las partes, como sucede en toda relación jurídica que se desenvuelva de persona a persona, y, por regla general, se traduce en la existencia de una verdad convencional que el Juez aprueba.

b).- En el procedimiento penal, por ser el instrumento para la definición de relaciones de orden público, el tribunal debe procurar llegar al conocimiento de la verdad efectiva, analizando escrupulosamente el material probatorio en su doble aspecto de cargo y de descargo.

Ahora bien, tres sistemas han consagrado la Teoría General de la Prueba.

El sistema de las pruebas a conciencia, que fue el primero que se implantó en los juicios; el sistema de la prueba legal o tasada, creada y perfeccionada por el Derecho Canónico, y la prueba mixta.

a).- Sistema Libre.- La teoría de las pruebas de conciencia fue el primer sistema probatorio que se empleó en la antigüedad.

Tiene su fundamento en el principio de la verdad material; se traduce en la facultad otorgada al juez para disponer de los medios de prueba conducentes a la realización de los fines específicos del proceso, y, además, valorarlos conforme a los dictados de su conciencia y a la responsabilidad que debe tener en el cumplimiento

de sus funciones, todo lo cual se reduce a dos aspectos básicos: libertad de medios de prueba y libertad de valoración.

b).- Sistema Legal o Tasado.- Este sistema históricamente llamado de las pruebas legales, se sustenta en la verdad formal, dispone sólo de los medios probatorios establecidos por la ley, para cuya valoración, el juez está sujeto a las reglas prefijadas legalmente.

El desenvolvimiento lógico de la Teoría General de la Prueba obtuvo su perfección en el Derecho Canónico, comprendiéndose en los ordenamiento legales ciertas disposiciones que el juzgador debía tener en cuenta y observar, con el propósito de hacer si no imposible, al menos restringido, la arbitrariedad judicial, como suele suceder cuando los medios de convicción se abandonan a la conciencia de los juzgadores.

Conforme a este sistema, no son los jueces los que, según los dictados de su conciencia, deben juzgar de un hecho determinado, sino que sus fallos han de ajustarse a la pauta de la ley, y no es ya su sola convicción la que prevalece, sino que sus resoluciones deben dictarse apreciando las pruebas de acuerdo con las normas procesales.

A dónde podría llegar la arbitrariedad de los jueces si sólo estuviesen obligados a seguir los impulsos de su conciencia en la valoración de los elementos

probatorios; si tuvieran que hacer caso omiso de las pruebas ofrecidas por las partes menospreciando los postulados legales.

Aquí resalta la necesidad de sustituir el arcaico sistema de irresponsabilidad judicial, consistente en las pruebas de conciencia, por el sistema de la prueba tasada.

c).- Sistema Mixto.- Es una combinación de los anteriores: las pruebas las señala la ley; empero, el funcionario encargado de la averiguación puede aceptar todo elemento que se le presente como prueba, sí a su juicio puede constituirlo, constatando su autenticidad por el camino legal pertinente.

Como apuntamos de la reunión de ambos sistemas surgió la prueba mixta que por mucho tiempo se ha aplicado a los tribunales, existiendo en la actualidad la tendencia de transformar los viejos moldes probatorios por un sistema más en armonía con la evolución jurídica del mundo.

No se pretende consagrar el sistema de las pruebas a conciencia, ni tampoco el rígido de la prueba tasada, que coloca al tribunal en estrechos moldes.

El procedimiento moderno en materia de pruebas, deja al Juez en libertad para admitir como tales todos aquellos elementos probatorios que no estén expresamente clasificados en la ley, siempre que a su juicio pueden constituirlo;

pero en su valorización deben expresarse los fundamentos que se tuvieron en cuenta para admitirlos o para rechazarlos.

En cuanto a su justipreciación, se atiende, para ciertos medios de prueba, a reglas prefijadas; en cambio, para otros, existe libertad.

La prueba moderna debe estar fundada en el raciocinio y en la experiencia; el Juez no juzgará según sus propias impresiones, sino de acuerdo con el resultado analítico de las constancias procesales.

En suma, la valorización de las pruebas constituye un juicio de raciocinio.

El sistema probatorio vigente en el Estado de México, es de tipo mixto, con marcada tendencia al libre, como puede desprenderse de la lectura de los artículos 193, 194, 195, 196, 201, 209, 221, 222, 227, 228, 231, 239, 243, 244, 247, 249, 253 y demás relativos del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México.

3.3 CLASIFICACION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Desde un punto de vista puramente lógico, las partes podrían acreditar al juez la verdad de los hechos controvertidos valiéndose de cualquier medio que, en su concepto, pudiera crear la convicción necesaria en el ánimo del juzgador para aceptar como verdadero un hecho concreto.

Sin embargo, el legislador ha establecido "medios probatorios" que deben ser ofrecidos, admitidos, desahogados y valorados dentro del procedimiento.

En otras palabras, los medios de prueba son las fuentes de las que a ley quiere que el juzgador extraiga su propia convicción y por ello los enumera y establece una serie de complejos procedimientos que tienden a su desahogo.

Aun cuando en la doctrina moderna se propugna por el libre convencimiento de juez, sin sujetarlo a medios probatorios determinados, nuestra legislación sigue el sistema tradicional de enumerar los medios de prueba que reconoce en el Título Quinto, Capítulo Quinto, en sus ocho Secciones, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

Ahora bien, no pocas clasificaciones de las pruebas podríamos referir, desde las civilistas, hasta aquellas, producto en unos casos de la doctrina, y en otros de la legislación.

Doctrinalmente es problemático encontrar una clasificación inobjetable, debido a los diversos puntos de vista esgrimidos por los autores al apoyar sus respectivas elaboraciones.

Así vemos que las pruebas se clasifican en:

1.- Directas o inmediatas, que son aquellas que producen el conocimiento del hecho que se trata de probar sin intermediarios de ningún género.

Las mediatas o indirectas son sus contrarias.

2.- Pruebas reales, que consisten en cosas y son contrarias a las personales producidas por las actividades de las personas.

Cabe advertir que las personas cuando son objeto de una inspección judicial, constituyen un medio de prueba real.

3.- Originales y derivadas. Este grupo pertenece a las pruebas documentales, y son originales, según Escriche "la primera copia que literal y fielmente se saca de la escritura matriz o sea de la que consta en el protocolo o registro hecha por el mismo escribano que la autorizó. En rigor, la escritura matriz debiera llamarse original, porque sólo ella está firmada por los otorgantes y los testigos; pues a pesar de eso se da el nombre de original a la primera copia aunque con cierta implicación en los términos, porque se extrae inmediatamente de su fuente, porque es el origen de todos los ejemplares, trasuntos y traslados que de ellas se sacan al acudir al protocolo."⁴⁹

⁴⁹ ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario de Legislación y Jurisprudencia." Tomo II. Segunda Edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1985.

Los autores modernos consideran como original el primer documento que se otorga al respecto de un acto jurídico, y como derivada de él sus copias.

4.- Preconstituidas y por constituir. Las primeras son las que se han formado o constituido antes del juicio, y las segundas las que se llevan a cabo en el mismo juicio.

5.- Plenas, semi-plenas y por indicios. Se llama prueba plena la que por sí misma obliga al juez a tener por probado el hecho a que ella se refiera y hace fe contra todos.

La semi-plena o incompleta no basta por sí sola para producir ese efecto, y necesita unirse a otras para ello.

La prueba por indicios produce una simple probabilidad de la existencia o inexistencia de los hechos litigiosos.

6.- Nominadas o innominadas. Las primeras tienen nombre y están, no sólo admitidas, sino reglamentadas por la ley.

Las segundas son sus contrarias y deberán aplicarse a ellas los preceptos relativos a la prueba nominada que tenga más analogía con la innominada.

7.- Pertinentes e impertinentes. Las primeras conciernen a los hechos controvertidos que mediante ellas quieren probarse.

Las impertinentes se refieren a hechos no controvertidos.

8.- Idóneas e ineficaces. Las primeras son eficaces, son bastantes para probar los hechos litigiosos; las ineficaces carecen de esa idoneidad.

9.- Útiles e inútiles. Las útiles o necesarias conciernen a hechos controvertidos, las inútiles a hechos sobre los cuales no hay controversia.

10.- Concurrentes son varias pruebas que concurren a probar determinado hecho; singulares las que no están asociadas con otras para ese efecto.

11.- Inmorales y morales. No es fácil precisar en qué consisten las pruebas inmorales porque acontece en actos o palabras que en la vida diaria se consideran inmorales, pueden no serlo en el procedimiento judicial.

Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia ha resuelto que es necesario transcribir las palabras injuriosas, tal y como fueron pronunciadas, cuando se demanda el divorcio necesario por causa de injurias, sea cual fuere su sentido obsceno o inmoral.

Lo mismo sucede en las causas penales, principalmente en los casos de acusación por difamación, calumnias, injurias.

Es evidente la naturaleza inmoral, y hasta delictuosa, de las frases de que se trate. Sin embargo de ello no deben considerarse como inmorales porque el fin que se persigue al rendirlas, no tiene tal carácter.

Como estos casos pudiera traer a colación los relativos a las acusaciones o demandas por rapto o violación.

En mi opinión, la inmoralidad de la prueba radica, no en el hecho material en que consiste, sino en la intención contraria a los principios de la ética que la produzca.

12.- Históricas y críticas. Estos términos de la clasificación están tomados de Carnelutti, y se entiende por pruebas históricas las que reproducen de algún modo el hecho a probar como son: la prueba de confesión, documental, testigos, inspección judicial, fama pública.

Las pruebas críticas no reproducen el hecho a probar, sino que demuestran la existencia de algo del cual se infiere la existencia o inexistencia de dicho hecho.

Son críticas, la prueba de presunciones, y en algunos casos la pericial.

Ahora bien el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México no refiere ninguna clasificación de la prueba; pero, tomando como base al sujeto o sujetos a quienes va dirigida, quién la proporciona y el resultado de las mismas, clasificamos los medios de prueba en fundamentales o básicos, complementarios o accesorios y mixtos.

1) Fundamentales o básicos.- Son aquellos a través de los que puede lograrse el conocimiento de la verdad histórica; son informaciones de quienes, en alguna forma, adquieren experiencia sobre los hechos, o simplemente, hacen saber algo relacionado con el procedimiento, lo cual se traduce en atestados referidos al pasado cuyo conocimiento adquirieron fuera del proceso, y que pueden recaer sobre conductas o hechos, personas, objetos y lugares.

Los medios de prueba de esta clase son: las declaraciones del denunciante, del probable autor del delito y de terceros llamados testigos.

2) Complementarios o accesorios.- La vida y operancia de estos elementos, dentro del procedimiento, depende de las pruebas fundamentales o básicas; tienen por objeto, robustecer, clasificar, desentrañar dudas o contradicciones, cuestiones técnico-científicas de alguna rama del conocimiento, u otros aspectos a que aquéllas han dado lugar, para así llenar su objetivo.

Entre estos medios de prueba tenemos el careo, la confrontación, la inspección, la reconstrucción de la conducta o hecho y la peritación.

Mixtos.- Están caracterizados por contener elementos de los fundamentales o básicos y de los complementarios o accesorios, como los documentos.

3.4 PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRUEBA

En cuanto a los principios rectores de la prueba, consideramos que son los siguientes:

1.- El Juez no debe juzgar por el conocimiento extra procesal que tenga de los hechos controvertidos, sino únicamente por el que se desprende de las constancias de autos.

2.- En principio, las pruebas deben ser producidas por las partes, pero el Código actual da amplias facultades al juez para producirlas.

3.- Sólo los hechos están sujetos a pruebas, el derecho únicamente lo está cuando se trata de derecho extranjero, de la costumbre jurídica y de la jurisprudencia.

4.- Las pruebas deben ser rendidas en debate o por lo menos dando oportunidad a las dos partes para producirlas y objetar las de la contraria.

De no ser así, son ineficaces.

5.- No deben admitirse las siguientes pruebas:

a).- Las impertinentes.

b).- Las contrarias al derecho.

c).- Las inmorales.

d).- Las que se refieren a hechos imposibles o notorios.

e).- Las que conciernen a hechos cuya existencia o inexistencia no está controvertida en el juicio.

f).- Las contrarias a la dignidad del hombre o al respeto que merece la persona humana.

g).- Aquéllas sobre las cuales haya cosa juzgada.

6.- Es regla general que las pruebas sólo pueden ser producidas por las partes durante el término de prueba, pero esta regla tiene excepciones importantes.

7.- Las pruebas rendidas en un juicio pueden hacerse valer en otro diverso, cuando en el primero ha sido oída la parte contra la cual se hacen valer.

8.- Las máximas de la experiencia no necesitan ser probadas.

9.- No se puede obligar a las partes a producir una prueba que las perjudique.

10.- Todas las pruebas para ser eficaces deben ser documentadas, excepto las de presunciones.

Respecto de ellas, lo que debe documentarse es el hecho en que se fundan.

11.- La enunciación de los medios de prueba que hace el Código no implica que exista una jerarquía entre los mismos en cuanto a su valor.

12.- Las pruebas rendidas en contravención de las reglas que las rigen, son nulas.

13.- Las leyes que determinan cuáles son los medios de prueba y su valor probatorio, pertenecen al derecho sustantivo; las que fijan los procedimientos según los cuales deben rendirse, al procesal.

14.- La nueva ley no debe desconocer los medios de prueba que otorgaba la anterior ni su eficacia probatoria, bajo pena de violar el principio de no retroactividad.

15.- La prueba es esencial al juicio cuando en éste se discuten cuestiones de hecho.

16.- Las leyes relativas a la prueba son de orden público y no pueden ser derogadas por los particulares.

Por otro lado, la prueba penal señala Colín Sánchez, "se rige por los principios denominados: Presunción del dolo, pertinencia y utilidad."⁵⁰

Presunción del dolo.- La presunción iuris tantum de dolo ante el procedimiento penal, a pesar de estar contenido en el artículo 8 del Código Penal para el Estado de México, y no en la Ley adjetiva; esta disposición establece que:

"Artículo 8.- Los delitos pueden ser: a) Doloso.- El delito es doloso cuando se obra conociendo los elementos del tipo penal y previendo como posible el resultado típico queriendo o aceptando la realización del hecho descrito por la ley..." de donde se colige que las partes, están obligadas a identificar en la investigación y a probar en el proceso la existencia o no de dolo en la ejecución de los hechos.

Pertinencia.- La prueba debe ser idónea para acreditar los hechos aducidos por quien la ofrece, es decir, se relacionará en forma lógica y natural con los hechos objeto de la misma, sólo de esta forma contribuirá a la realización de los fines del proceso.

⁵⁰ COLIN SÁNCHEZ. Op. cit. p. 304.

c).- Utilidad.- La prueba ha de ofrecerse respecto de los hechos en controversia, tendrá a ser un elemento normador del criterio del juez que se referirá a las cuestiones de fondo.

Dice un viejo principio en materia procesal civil que el que afirma está obligado a probar. Este principio ha entrado en crisis en diversas materias, principalmente la penal y la laboral, por cuanto existe un interés particularismo del Estado en conocer la verdad de los hechos, que supera las pretensiones de intereses de las partes, de manera que el juez penal, ante la actividad probatoria de las partes, podrá dictar diligencias para mejor proveer que completen los datos resultantes de tal actividad.

Merece este tema abundar en la cuestión relativa a la disposición del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México que establece el deber del actor de probar los hechos constitutivos de su acción y al demandado los de sus excepciones, sin duda válida en materia penal para el Ministerio Público y para el defensor.

En torno a este deber jurídico de las partes surge la interrogante de qué pasa con la verdad histórica cuando el defensor de la causa, por impericia u otras razones, no aporta todos los elementos de prueba que pudiera crear la convicción en el juez acerca de la inocencia del procesado.

Frente a este eventual problema lo primero que ocurriría es un conflicto entre la verdad histórica y la verdad legal; es decir, de las constancias que obraran en el

expediente, el juzgador habría de concluir, como sucede con cierta frecuencia, que el procesado es responsable del delito que se le imputa y por tanto sujeto a la pena que el derecho atribuye al ilícito, sin embargo, merced a deficiencias del defensor o a conductas jurídicamente reprobables como la tortura, la verdad histórica se habrá desvanecido para ser sustituida por una verdad legal que en un afán de seguridad jurídica propiciará una grave injusticia con imponderables consecuencias de tipo social; de aquí que resulte un ejercicio ético de primerísimo orden la actividad del juzgador en la obtención, desahogo y valoración de las pruebas, a fin de que la verdad histórica y la legal coincidan de tal manera, que se pueda afirmar que son una y la misma.

3.5 FACULTADES DEL MINISTERIO PUBLICO INVESTIGADOR EN MATERIA DE PRUEBAS.

Las reglas de ofrecimiento, admisión y desahogo están fijadas por el legislador pero, se da un margen de discrecionalidad al juzgador para su interpretación y para su aplicación pregmática.

Al juzgador le compete desempeñar una función de director de la parte del proceso destinada a allegarse los elementos de conocimiento de los hechos, o sea la parte probatoria del proceso.

Ahora bien, el objeto sobre el cual debe versar la prueba es el *thema probandum* o *thema decidenci*, es decir, los hechos y cuestiones que dieron origen a

la relación jurídica-material, en cualquiera de las disciplinas del derecho, a saber: penal, civil, administrativa, laboral, etcétera, también se ha dicho que el objeto de las pruebas son los hechos dudosos o controvertidos.

En el ámbito del Derecho Penal específicamente, son objeto de la prueba: la conducta o hecho, las personas (probable autor del delito), las cosas (en tanto que en ellas recae el daño o fueron utilizadas para consumir el injusto) y los lugares, se puede decir en última instancia que la verdad histórica, el grado de responsabilidad del delincuente y su personalidad, penden para su cabal determinación, de la suficiencia o insuficiencia de las pruebas que aporten las partes, incluso se allegue el juez dentro del proceso.

De igual forma, son objeto de prueba, la jurisprudencia, la doctrina, la ley extranjera, el uso, la costumbre, etcétera.

El Derecho fundado en jurisprudencia está sujeto a prueba porque así lo determina la ley y diversas tesis de nuestro máximo tribunal; sin embargo, algunos autores estiman erróneo este criterio, por cuanto la jurisprudencia es Derecho Nacional, vigente y obligatorio para todos los tribunales, tanto federales como locales, en consecuencia el juez que conoce de una causa tiene el deber ineludible de conocer no sólo el contenido de las leyes que aplica sino también su interpretación e integración de acuerdo con los criterios que han adquirido al rango de jurisprudencia.

Distinto tratamiento merece el derecho extranjero en materia de prueba, en virtud de que el juzgador no está obligado a conocer ese derecho y mucho menos si está o no vigente, por esta razón, se equipara la ley extranjera a los hechos constitutivos de la acción y quien lo invoca está obligado a probar su existencia e incluso la pertinencia de su aplicación, así como las reglas exegéticas del país de procedencia.

La doctrina ha de ser también objeto de la prueba, pues no basta invocar determinado criterio científico o elaboración intelectual, es necesario para robustecer la argumentación, señala el autor que lo propone y la obra donde se contiene, más aún cuando existen especialistas de todas las ramas del conocimiento o que por su notoriedad y producción de excelencia poseen autoridad moral y profesional indiscutible, que los hacen prácticamente detentadores de lo que en el antiguo derecho romano se conocía como el *ius publici respondendi*, consiste en la facultad que poseían ciertos jurisconsultos de emitir opiniones jurídicas sobre asuntos sometidos a su consideración, siendo obligatorio para los jueces y pretores atenderlas, y aplicarlas en las resoluciones que dictasen.

De igual modo que la jurisprudencia, el derecho extranjero y la doctrina, los usos y costumbres, son objeto de prueba, porque así lo dispone la ley y porque ésta peculiar fuente formal del Derecho, nace, se reproduce y muere sin intervención de los órganos del Estado, situación que dificulta notablemente su control y conocimiento por parte del juzgador pero además, requiere de la existencia de ciertos elementos constitutivos, a saber: la *inveterata consuetudo* (la reiteración

práctica de la conducta) y la *opino iurisquo necessitatis* (la convicción generalizada de que esta reiteración práctica de la conducta es obligatoria); estos extremos habrán de ser, pues, acreditados en juicio, de lo contrario, no habrá lugar a darle valor probatorio alguno a la costumbre alegada.

En la legislación adjetiva penal se reconocen como medio de prueba: la confesión judicial, los documentos públicos y privados, los dictámenes de peritos, la inspección judicial, las declaraciones de testigos, la confrontación, los careos, reconstrucción de hechos y de una manera general, todo aquello que se presente como tal, siempre que, a juicio del funcionario que practique la averiguación, pueda constituirlo, como se desprende el artículo 193 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

De lo expresado se deduce que el medio de prueba, es la forma bajo la cual se someten a la consideración del juzgador y del Ministerio Público Investigador, los equivalentes sensibles de la realidad, que le permitirán llegar a la convicción de que los hechos se produjeran de una determinada manera.

Es menester precisar en este punto que el legislador mexicano ha puesto buen cuidado en no amordazar a la verdad, sometiéndola a fórmulas de pruebas rígidas e inflexibles, de ahí que haya adoptado el sistema mixto respecto de medios y valoración de las pruebas frente a los sistemas extremos denominados libre y tasado.

Cada uno de los medios de prueba convencionales o nominados, debe reunir ciertos requisitos legales para que se les pueda atribuir pleno valor y eficacia jurídica; es decir, el acto probatorio como cualquier otro acto jurídico para su validez requiere en primer término, de la ausencia de vicios del consentimiento, en segundo lugar, que los particulares como órganos de prueba sean capaces en términos de la ley, que el desahogo de la prueba se sujete a las formalidades de las disposiciones que lo prevén y que el objeto sea lícito posible, de donde se concluye que el procedimiento probatorio está sujeto a una serie de principios y garantías que pretenden impedir que se desvirtúe su finalidad, el conocimiento de la verdad histórica.

CAPITULO CUARTO

ESTUDIO ANALÍTICO DEL ARTICULO 148

- 4.1 ESTUDIO ANALÍTICO DEL ARTÍCULO 148 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO.**
- 4.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA DISPOSICIÓN.**
- 4.3 PROPUESTA DE ADICIÓN.**
- 4.4 FUNDAMENTO DE LA PROPUESTA DE ADICIÓN.**

CAPITULO CUARTO

ESTUDIO ANALÍTICO DEL ARTICULO 148

El proceso legislativo no ha sido producto de la irreflexión, ni menos aún del capricho de los gobernantes, dado que la cada vez mayor intervención del Gobierno en el desarrollo integral del país, a través de su partición en los campos social y económico, ha sido y es una de las razones fundamentales para que el marco jurídico se aprestara a regular situaciones de hecho que lo habían desbordado y justamente por el requerimiento del pueblo, que solamente en esa forma está en condiciones de acceder a situaciones de bienestar.

4.1 ESTUDIO ANALÍTICO DEL ARTICULO 148 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO

La función del Estado ante los problemas que suscita la seguridad social, se manifiesta por la adopción de previsiones genéricas, de observancia general, contenidas en las leyes escritas que tienden a regular la conducta de los hombres.

En el desarrollo de estas relaciones existe una actividad coordinada de causa a efecto como resultado de las necesidades de la vida en común.

La necesidad es la ley.

Ahora bien, corresponde al Ministerio Público (investigador), nunca al juzgador, llevar adelante la averiguación, hasta precisar la procedencia del ejercicio de la acción penal.

El artículo 21 constitucional, según la interpretación más frecuente, evita que otras autoridades, especialmente las jurisdiccionales, lleven al cabo la averiguación previa.

El acto investigatorio, en manos del Ministerio Público, se inicia con el período de averiguación previa; prosigue y se desarrolla en la primera fase del proceso que es la instrucción y termina al iniciarse el juicio.

Ahora bien, pasemos a analizar el artículo 148 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, que a la letra dice:

"Artículo 148. En el caso de que la orden de aprehensión o de comparecencia sea negada, ésta podrá librarse con nuevos datos que se aporten ante el juez de la causa dentro de los siguientes noventa días naturales, por el Ministerio Público Adscrito.

Para dictarse orden de aprehensión o de comparecencia con nuevos datos, no será obstáculo la circunstancia de que esté pendiente un recurso de apelación, quedando sin materia al librarse aquélla".

Recordemos que el procedimiento penal, contemplado en su estructura externa, está constituido por un conjunto de actuaciones sucesivamente interrumpidas y reguladas por las normas del Derecho Procesal Penal, que se inicia desde que la autoridad tiene conocimiento de que se ha cometido un delito y procede a investigarlo y termina con el fallo que pronuncia el tribunal.

Comprende una sucesión de actos vinculados entre sí que tienden hacia el esclarecimiento de los hechos.

En el desarrollo, vemos una acentuada actividad procesal en que unos actos son antecedentes de otros.

Las personas que intervienen, crean con su actuación, derechos y obligaciones de carácter formal.

Si hablamos del procedimiento penal, es indispensable diferenciarlo del proceso. Proceso y procedimiento no son términos sinónimos, recordemos que no puede haber proceso sin Juez y que es imprescindible su intervención para que tengamos proceso.

Quiere decir, que el procedimiento contempla una idea más extensa; que puede existir procedimiento sin que exista proceso; en cambio, y especialmente en el Derecho Procesal Penal Mexicano, no puede haber proceso sin que el procedimiento lo anteceda.

Esta división se ha establecido no solamente con propósitos didácticos, sino que ha respondido a una necesidad de clasificación, y en ocasiones es importante que la ley comprenda cuestiones de carácter doctrinal.

Si bien en el texto legal no debe incluirse, sino lo puramente normativo, a veces es conveniente emplear conceptos diversos con el objeto de hacer más accesible su conocimiento, principalmente para quienes no están familiarizados con la técnica jurídica y tienen el encargo de aplicar la ley.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, divide el procedimiento penal en cuatro fases:

- 1.- La averiguación previa;
- 2.- La instrucción;
- 3.- El juicio; y
- 4.- El periodo de ejecución.

1.- La averiguación previa a la consignación a los tribunales llamada también fase preprocesal, que tiene por objeto investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal.

Es, en otros términos, el medio probatorio al ejercicio de la acción.

En esta fase, el Ministerio Público, como Jefe de la Policía Judicial, recibe las denuncias o querellas de los particulares o de cualquier autoridad, sobre hechos que están determinados en la ley como delitos; practica las primeras diligencias, asegura los objetos o instrumentos del delito, las huellas o vestigios que haya dejado su perpetración, y busca la posible responsabilidad penal de quienes hubiesen intervenido en su comisión.

Recuérdese que el Código Penal para el Estado de México consagra la teoría de la corresponsabilidad delictuosa, estableciendo que son responsables todos los que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito o presta auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior o inducen directamente a alguno a cometerlo (artículo 11).

2.- La instrucción, que comprende las diligencias practicadas por los tribunales, una vez ejercitada la acción penal, con el fin de esclarecer la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubiesen sido cometidos y la responsabilidad de los partícipes.

Las funciones instructorias están reservadas, por regla general al Juez y regidas por el principio de la autonomía en las funciones procesales.

El titular de la acción penal la deduce ante los tribunales, y al hacerlo pierde su carácter de autoridad que tuvo en el periodo de averiguación previa y se convierte en parte; está sujeto, como lo está el inculpado y el defensor, a las determinaciones que el Juez dicta; no ejerce actos de imperio; se limita a pedir al Juez que decrete la práctica de aquellas diligencias que son necesarias para el desempeño de sus funciones.

Lo anterior es importante distinguir cuándo el Ministerio Público figura como autoridad y cuándo asume su carácter de parte, sobre todo cuando se trata de determinar la procedencia o improcedencia del Juicio de Amparo.

3.- El juicio, en él, el Ministerio Público al formular conclusiones, precisa los conceptos de su acusación y la defensa fija sus puntos de vista, determinando las diversas cuestiones que van a ser objeto del debate y de la valorización de las pruebas por parte del titular judicial, con el fin de que puede decidirse en la sentencia, de manera cabal, si el hecho incriminado es o no delito; quiénes son las personas que han intervenido en su comisión, procediendo a establecer su responsabilidad y a imponer las sanciones o medidas de seguridad que corresponda.

4.- El periodo de ejecución que en realidad, no forma parte del procedimiento penal, sino del Derecho Penitenciario y que tiene por objeto que el órgano encargado de la ejecución de las sanciones impuestas en sentencia firme, señale el tratamiento que debe aplicarse a los reos y los lugares en que han de cumplir su condena.

La ejecución de sanciones corresponde al Poder Ejecutivo por conducto del órgano señalado al efecto de la ley y tiene una gran importancia para determinar si el tratamiento impuesto al reo ha sido adecuado.

Una vez asentado lo anterior, es importante señalar que en la legislación positiva, la comprobación del cuerpo del delito es una función que corresponde al órgano jurisdiccional de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la Constitución General de la República, que a la letra dice:

"Art. 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento."

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

Así entendemos que el cuerpo del delito, son los elementos integrantes de la conducta o hecho delictivo; en consecuencia, para ese fin será necesario determinar si está comprobado el injusto punible, lo cual corresponderá a lo objetivo, subjetivo y normativo, de acuerdo con la descripción legal de cada ilícito, de los previstos por el legislador en el Código Penal u otras leyes.

De la doctrina, en general, y también de la legislación se desprende que conforme al ilícito penal el elemento objetivo o material referido, al sujeto activo que realiza una acción u omisión, así como complementariamente al sujeto pasivo (persona física) y a la cosa, objeto del delito.

En consecuencia, lo objetivo o material corresponde a estados o procesos externos susceptibles de ser determinados especial y temporalmente, perceptibles por los sentidos objetivos, fijados en la ley en forma descriptiva y estados y procesos anímicos en otras personas que no sean precisamente el autor, por ejemplo, Privar de la vida a una persona, causar una lesión, apoderarse de una cosa, la realización de una cópula, etc.; así mismo, y tomando en consideración que en cada tipo se describe un ilícito, en éste se incluyen también circunstancias, elementos, condiciones, señalamientos de los medios y el resultado.

El elemento o elementos normativos, son aquellos a los que se llega mediante una valoración jurídica (cosa mueble, perjuicio, documento público) o cultural (apropiación, vida, erótico, sexual, perjuicio, etc.).

Los elementos subjetivos implican una valoración desde el punto de vista objetivo de la antijuridicidad, pues corresponden a estados y procesos anímicos del agente y que conforman características del ilícito, como por ejemplo: el deseo o propósito erótico, sexual, el ánimo de ofender, el ánimo de lucro, etc.

Al referirnos a lo material u objetivo de la antijuridicidad, con ello indicamos que así la consideramos en cuanto afecta intereses fundamentales protegidos jurídicamente en una organización social.

De lo expuesto concluimos que el tipo penal puede tener como contenido, según el caso:

- a) Lo meramente objetivo
- b) Lo objetivo y normativo;
- c) Lo objetivo, lo normativo y lo subjetivo;
- d) Lo objetivo y subjetivo.

En consecuencia, el cuerpo del delito se da cuando hay tipicidad, según el contenido de cada tipo; de tal manera que, el cuerpo del delito corresponderá, atendiendo a la situación concreta: a lo objetivo; a lo subjetivo y normativo; a lo objetivo, normativo y subjetivo; o bien, a lo objetivo y subjetivo.

Para demostrar lo anterior, basta pensar respectivamente en el delito de homicidio (objetivo); en el delito de estupro (objetivo y normativo), en el delito de robo (objetivo, normativo, subjetivo), y por último, en el delito de atentados al pudor (objetivo y subjetivo).

En resumen, se puede afirmar: el cuerpo del delito corresponde, en la mayoría de los casos, a lo que generalmente se admite como tipo, y en casos menos generales a los que corresponde como figura delictiva, o sea: "el total delito" (robo, abuso de confianza, fraude, allanamiento de morada, etc.).

Por lo que la comprobación del cuerpo del delito implica una actividad racional, consistente en determinar si la conducta o hecho, se adecua a la hipótesis de la norma penal que establece el tipo.

Por otro lado la presunta responsabilidad del indiciado es otro de los requisitos de fondo exigidos por la Constitución General de la República para que proceda legalmente la orden de captura, comparecencia o el auto de formal prisión (artículo 16).

Tanto en la práctica como en la doctrina se habla indistintamente de responsabilidad probable o presunta; ambos términos son sinónimos, significan: lo fundado en razón prudente o, de lo que se sospecha por tener indicios.

En consecuencia, existe presunta responsabilidad, cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, por lo cual debe ser sometido al proceso correspondiente.

Tomando en cuenta que el Código Penal para el Estado de México, en el artículo 11, considera dos tipos de responsables del delito al señalar textualmente:

"Artículo 11. La responsabilidad penal se produce bajo las siguientes formas de intervención en el hecho delictuosos:"

"I. La autoría; y"

"II. La participación."

"Son autores:"

"a) Los que conciben el hecho delictuoso;"

"b) Los que ordenan su realización;"

"c) Los que lo ejecuten materialmente;"

"d) Los que en conjunto y con dominio del hecho delictuoso intervengan en su realización;"

"e) Los que se aprovechen de otro que actúa sin determinación propia, conciencia o conocimiento del hecho;"

"Son partícipes:"

"a) Los que instiguen a otros, mediante convencimiento, a intervenir en el hecho delictuoso;"

"b) Los que cooperen en forma previa o simultánea en la realización del hecho delictuoso, sin dominio del mismo; y"

"c) Los que auxilien a quienes han intervenido en el hecho delictuoso, después de su consumación, por acuerdo anterior."

Ante semejante multiplicidad de formas, puede afirmarse que habrá presunta responsabilidad cuando existan pruebas o elementos cuyo análisis de conjunto permitan colegir a través de una inferencia lógica, que uno o más sujetos pudieron haberse ubicado en alguna de las situaciones antes mencionadas, en relación con los hechos constitutivos del delito.

Esto significa que la existencia de la conducta o hecho y su adecuación típica, debe ser presupuesto lógico para, bajo ese supuesto, dado el caso, hablar de presunta responsabilidad.

Obvio es señalar que, atendiendo a los postulados de la escuela clásica sólo pueden responder de sus actos quienes son moralmente imputables, por ello, no

sería sensato fincar una presunta responsabilidad en los que carecen de la capacidad de querer o entender.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, indica: "La probable responsabilidad penal de inculpado, se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se pruebe directa o indirectamente su participación dolosa o culposa y no exista acreditada en su favor alguna otra causa de exclusión del delito." (artículo 21).

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 cumplir con el ejercicio de la acción penal.

El órgano jurisdiccional, por imperativo legal, también deberá establecer si existe probable responsabilidad para decretar la orden de captura o de comparecencia y el auto de formal prisión, o en su caso negarlos, tal y como señala el artículo 184 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, que textualmente indica:

"Artículo 184. 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, o de no sujeción a proceso, en su caso, sin perjuicio de que con datos posteriores de prueba se proceda nuevamente en contra del mismo inculpaado."

"En este caso el Ministerio Público Adscrito se sujetará al plazo establecido en el primer párrafo del artículo 148 de este Código."

Tanto este artículo como el 148, aún y cuando se refieren a situaciones diversas, pues en aquel se consigna sin detenido y en éste la consignación es con detenido, en ambos casos, el juez hará un análisis lógico y razonado de todos y cada uno de los hechos consignados en autos, no debe, en forma arbitraria, tener por demostrada la responsabilidad presunta de ninguna persona, sin el previo análisis valorativo de los elementos de cargo y de las pruebas de descargo, cuando éstas se hayan aportado.

Disentimos de quienes opinan que durante el término constitucional de setenta y dos horas, sólo debe atenderse a las pruebas de cargo; tal criterio es contrario al principio de legalidad y a la imparcialidad que debe regir todos los actos y resoluciones judiciales.

En la práctica, bastan indicios para considerar demostrada la presunta responsabilidad, sin embargo, el juzgador 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 éstas, conduzcan a una resolución consistente y capaz de evitar procesos inútiles y molestias sin fin a las personas.

4.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA DISPOSICIÓN

Como apuntábamos anteriormente se deben tener por acreditados el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, ya que la comprobación, está a cargo del juez en diversos momentos procedimentales; fundamentalmente durante la etapa de la instrucción y el juicio.

En la primera, examina las diligencias de averiguación previa y las que se hubieren practicado ante él mismo, cuando previa consignación de los hechos sin detenido, negó la orden de aprehensión o de comparecencia y el Ministerio Público solicitó desahogo de diligencias, y aquellas que se hubieren llevado a cabo durante el término constitucional de setenta y dos horas, para así, dictar el auto de formal prisión, el auto de sujeción a proceso, o en su caso, el de libertad por falta de méritos.

En el juicio, también examinará las actuaciones antes mencionadas, relacionándolas con las demás probanzas rendidas después del auto de formal prisión, al igual que las presentadas durante la audiencia final, constatando así, la

existencia o falta, del cuerpo del delito, con las consecuencias que una u otra situación producirán.

Como se ha dejado asentado la investigación previa, antecede al ejercicio de la acción penal y su producto es el fundamento en que el Ministerio Público se apoya para solicitar la apertura del proceso.

La fuerza probatoria de las diligencias practicadas por el Ministerio Público en este período en que actúa como Policía Judicial, tiene el mismo valor que las diligencias que se practican ante el Juez y no es necesario repetirlas en el proceso para su validez.

Esta posición legal ha sido objeto de enconadas críticas porque se dice que si el Ministerio Público es parte en el proceso y figura como actor, como titular que es de la acción pública, no debe aceptarse que funde el ejercicio de la acción en pruebas preconcebidas, que él mismo ha preparado, investido del carácter de autoridad que tiene, y que además, a estas diligencias la ley les reconozca el mismo valor probatorio que las que se practican ante los jueces, consagrando para el Ministerio Público una situación privilegiada, que rompe con el equilibrio que deben tener las partes en el proceso.

Estimamos que la objeción es infundada y creemos que quienes así razonan se inspiran en las ideas que privan en el procedimiento civil, olvidando que el

procedimiento penal es de orden público y que el titular de la acción debe siempre obrar de buena fe.

Además, la actuación del Ministerio Público en la promovilidad de la acción, debe estar regida por criterios legales.

No podrá reclamar la apertura del proceso, si para el ejercicio de la acción, los presupuestos no se encuentran satisfechos.

Así el acto investigador está constituido por el conjunto de facultades legales ejercidas por el Estado, a través de sus órganos, que tiene por objeto el rápido y expedito ejercicio de la jurisprudencia; es el medio que prepara y lleva a su término el ejercicio de la acción penal.

Se desarrolla antes y dentro del proceso; el conjunto de facultades legales de que se compone, se deja en manos del Ministerio Público y de la Policía Judicial.

El Juez, durante el desarrollo del proceso, no desempeña funciones investigadoras.

Esto no significa que carezca de iniciativa propia para decretar la práctica de diligencias que tengan por finalidad el esclarecimiento de alguna prueba oscura o confusa.

Por ejemplo, el Juez puede ordenar, sin que se lo pidan las partes, que se practique una inspección judicial con carácter de reconstrucción de hechos, con objeto de confirmar la versión dada por el inculpado o por alguna de las personas que hayan figurado en el proceso como testigos.

Si se recuerda que el proceso penal sirve de medio para la definición de las relaciones jurídicas que surgen de la comisión de un delito y que, preferentemente, lo que se trata de determinar es la verdad histórica, se comprenderá la necesidad que existe de que el Juez disfrute de poderes para el exacto cumplimiento de la función jurisdiccional que tiene encomendada y que no pase por la instrucción del proceso como una figura anodina, encargada solamente de recibir las pruebas que le promueven las partes.

El Juez puede ordenar, en los procesos que se encuentren sujetos a su jurisdicción, los trámites y providencias necesarios para la pronta y eficaz administración de justicia, siempre que la ley no lo prohíba o prevenga expresamente.

Goza de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes, según su criterio, aunque no sea de los que define y detalla la ley, siempre que no estén reprobados por ésta.

Está facultado para recibir pruebas diversas de las propuestas por las partes, para esclarecer la oscuridad de las rendidas o para aclarar algún punto que estime de importancia y decretar la práctica de las diligencias que considere necesarias.

Los poderes que la Ley Procesal reconoce al Juez, no significan que lo conviertan, en el curso del proceso, en investigador de delitos, substituyendo al Ministerio Público en las funciones que tiene exclusivamente reservadas.

El Juez se empeña y procura por cumplir debidamente con la misión que le ha confiado la sociedad al decidir, en concreto, un caso penal.

Al Ministerio Público y a la defensa corresponde la actividad en el proceso, promoviendo la práctica de aquellas diligencias que juzguen convenientes para sus intereses.

4.3 PROPUESTA DE ADICIÓN

Cuando el Ministerio Público ocurre ante el Juez en ejercicio de la acción penal que le reserva la Constitución Política de la República, consigna hechos que, según su parecer, tienen el carácter de delitos; si establecen en su pedimento qué delitos, en su concepto resultan cometidos, esto no pasa de ser sino una simple opinión, ya que, en todo caso, es el Juez a quien corresponde darle su categoría legal; pero puede suceder que antes de pronunciarse u obsequiarse la orden de aprehensión o de comparecencia, se descubre que no se encuentra acreditado el

cuerpo del delito o la presunta responsabilidad, por tales motivos se niega dicha orden de aprehensión o de comparecencia.

El Ministerio Público ocurre ante el Juez promoviendo la acción cuando están satisfechos los requisitos legales para fundarla y para llevarla a su término.

Si se reconoce que tiene el monopolio de la acción penal, no quiere decir que deba ejercitarse de una manera desordenada y arbitraria.

En el proceso moderno de tipo acusatorio, se requiere de manera imprescindible la concurrencia del órgano de acusación, del órgano de defensa y del órgano de decisión.

Si no existiese esta triple conjunción, no podríamos decir que el proceso existe.

La inculpación de un delito a determinada persona, debe perseguir un fin práctico por la naturaleza del proceso penal.

Es necesaria la existencia de una inculpación concreta de un delito a determinada persona; si falta la inculpación, si la acción no se promueve, el proceso no puede nacer, pero esto no significa que la inculpación exista como una verdad comprobada.

Basta con que se concrete en una hipótesis racional; en un supuesto lógico de hechos.

El análisis integral de la prueba tiene que determinarse en la sentencia.

El proceso penal, por tener un carácter esencialmente público es indisponible: ninguna de las partes que en él intervienen están facultadas para desviar el curso de la investigación, sosteniendo versiones convencionales, ni para establecer limitaciones, ni para imponer al Juez su criterio, de manera que el hecho punible se comprenda de diferente modo que en la denominación técnica que la Ley Penal le señale.

El Juez goza de facultades propias para dar al delito una clasificación diversa que la que sostenga el Ministerio Público.

Este, al ocurrir al Juez, le consigna hechos punibles que, en su concepto, tienen la apariencia de delitos.

Al demandar la jurisdicción, persigue dos finalidades: que se imponga al responsable del delito la sanción o medida de seguridad que corresponda y se decidan, íntegramente, todas las cuestiones jurídicas planteadas en el proceso.

Es su objetivo principal, porque satisface el interés de la sociedad, mediante la reparación del derecho violado y se inspira en el más elemental principio de defensa colectiva contra el delito, como elemento perturbador del orden social.

Al Juez corresponde examinar si efectivamente el hecho es constitutivo de delito, sin que tenga que ceñirse rígidamente a la clasificación técnica que el Ministerio Público le hubiese dado.

El Juez, en la valoración de las pruebas, puede negar la orden de aprehensión o de comparecencia; por lo que reclamada la jurisdicción en un caso concreto, la solicitud para que se de la relación jurídica planteada, no debe tener otra solución que aquella que se le da en la sentencia.

Sin embargo, cuando se niega la orden de aprehensión o de comparecencia, la ley procesal penal, autoriza al Ministerio Público para aportar "datos" más no "pruebas", que sería el término correcto que debería de utilizar el precepto penal procesal, que pretendemos adicionar.

Toda vez que el Ministerio Público tiene el deber de proseguir la acción intentada y de vigilar por la marcha del proceso, a fin de que se sujete a las normas legales; de aportar todas las pruebas que tiendan a la justificación de su acción, tanto por lo que se refiere a la comprobación del cuerpo del delito y a la responsabilidad del agente, como a lo que como objeto accesorio constituye el resarcimiento del daño.

A partir del momento en que el Ministerio Público ocurre al Juez, con las pruebas que haya podido obtener en el período de averiguación previa, su principal misión consiste en buscar nuevos elementos de prueba que son necesarios para la definición de las situaciones jurídicas que habrá que resolver en el curso del proceso.

Para el Juez no sólo existe el deber de esclarecer la versión efectiva, por medio de su intervención imparcial, serena y ponderada, sino que es indispensable que adquiera el conocimiento de los hechos que va a juzgar.

Para poder aplicar con exactitud el arbitrio judicial, el Juez debe atenerse al examen de todos aquellos datos que le permitan un conocimiento certero del justiciable y su conducta.

En virtud de que en materia penal, en términos de nuestra Constitución (artículo 14), no se puede aplicar la analogía, ya que como dispone el artículo 184 del Código de Procedimientos Penales, ya transcrito anteriormente, señala: "...sin perjuicio de que con datos posteriores de prueba se proceda nuevamente en contra del mismo inculpado..."

En este caso se trata de consignación con detenido y se niega el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, luego entonces no vemos la imposibilidad de que en el artículo 148 del ordenamiento citado, se adicione la palabra "prueba", para quedar como sigue:

"...está podrá librarse con nuevos datos de "prueba" que se aporten ante el Juez de la causa..."

Además debe adicionarse en relación a la aportación de los nuevos datos de prueba, para quedar como sigue:

"...para aportar nuevos datos de prueba, se estará a lo dispuesto por el título quinto, capítulo quinto, sección de la primera a la octava de este Código."

Por lo que deberá de quedar en los siguientes términos:

"Artículo 148. En el caso de que la orden de aprehensión o de comparecencia sea negada, ésta podrá librarse con nuevos datos de prueba, que se aporten ante el Juez de la causa dentro de los siguientes noventa días naturales, por el Ministerio Público."

"Para dictarse orden de aprehensión o de comparecencia con nuevos datos, no será obstáculo la circunstancia de que este pendiente un recurso de apelación, quedando sin materia al librarse aquélla."

"Para aportar nuevos datos de prueba, se estará a lo dispuesto por el Título Quinto, Capítulo Quinto, Sección de la primera a la octava de este Código."

4.4 FUNDAMENTO DE LA PROPUESTA DE ADICIÓN

No debemos ver en el proceso una entelequia misteriosa de la tensa actividad dentro del espacio y vasta extensión en el tiempo, para hallar a la justicia.

No significa tampoco un fin ideal de la sociedad que justifique el empleo indiscriminado de espacio y tiempo, para hallar la verdad.

En contra de toda suerte de racionalismo, cuyo propósito es explicar la realidad por la razón, debe sostenerse la tesis de que el proceso es una unidad dialéctica, de naturaleza y cultura condicionadas siempre en la realidad social por alguna irrefutable conexión que guardan con las leyes del universo.

De este modo la aparición y desaparición de un litigio, el nacimiento y muerte de proceso, son fenómenos elementales que se suceden en el mundo con relación al individuo, la comunidad y el Estado, sin los que no se puede hablar de una realidad social.

Por lo mismo, en la lucha general que de siempre ha sostenido el hombre para sobrevivir, adaptándose a la naturaleza y controlando las manifestaciones sociales a su convivencia, entre otras cosas, ha entendido que para colmar sus instintos de venganza y justicia, la economía de energías y tiempo en el proceso lo conduce mejor por el camino hacia la paz con sus semejantes.

Pretende concebir la actividad procesal prescindiendo de las fuerzas económicas que entrañan los impulsos elementales del hombre, de la necesidad real de la sociedad o de las cuestiones políticas derivadas del poder estatal en un sentido amplio, ha sido el principal obstáculo que ha impedido en la realidad acortar, racionalmente, la expansión de la instancia procesal.

Por ello en el proceso, que es, decíamos un proceso dialéctico, se procura llegar a la verdad por la exposición breve y coherente de la acción, de la pretensión y de la sentencia, es decir, el debate procesal debe necesariamente ser un debate ordenado y sujeto a varios principios que lo regulan, como el de la economía y el de concentración, por ejemplo.

El principio de economía propende a que el proceso se tramite y concluya con el menor dispendio de tiempo, dinero y energías.

El proceso, que es un medio, no puede exigir un empleo, gasto o consumo superior a la importancia de los intereses o relaciones jurídicas debatidas en su secuela, que son el fin.

Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe siempre presidir la economía del proceso, pero, principalmente, del proceso penal, donde por virtud de la criticable aunque necesaria prisión preventiva se ocasionan perjuicios graves de muchos tipos, tanto al Estado como a la sociedad y el individuo.

Para el Estado, la duración del proceso penal y el principio de la economía que lo rige son de capital trascendencia, por lo mismo de que, como indicamos a causa de la prisión preventiva, está obligado a destinar enormes recursos económicos para la manutención y rehabilitación de los presos.

En cuanto a los citados preventivamente presos, igualmente, la prolongación del proceso penal les ocasiona innumerables daños no únicamente económicos.

En lo tocante a la sociedad, le causan perjuicio los procesos penales dilatados, como consecuencia de que éstos, dependiendo de su duración, afectan a los fines sociológicos de la pena.

Esto es: en principio, se considera a la pena como un mal que se inflige a quien ha cometido un delito y como una justificable reacción de la colectividad; sin embargo, con independencia del sufrimiento que produce, a la pena se le reconocen ciertas finalidades que la autorizan y legitiman, tales como las de regresar al reo y de servir de ejemplo en la sociedad con objeto de que sus integrantes no delincan.

En este sentido, para que la pena sirva a regenerar al delincuente, se necesita su imposición lo antes posible, es decir, se requiere de la rapidez del proceso para que dicte la sentencia resolutoria de la sanción o la libertad del procesado; la relación temporal que media entre la comisión del delito y la imposición de la pena, es esencial; la eficacia atribuida a la sanción se compromete si, por el contrario, de aplicarse con prontitud, la misma se retrasa en la instancia, dado que ello implicaría

que se impusiese mucho tiempo después de cometido el delito; se perdería, así, el sentimiento de culpabilidad en el reo que es inmediato a la infracción; en tales circunstancias la pena, más que enmendar al culpable, inversamente, le producirá sentimientos de indignación y, tal vez, en libertad o en la misma prisión preventiva, reincidiera en el delito.

Por otro lado, la prolongación del proceso penal afecta, también, al carácter ejemplificador asignado a la pena; si ésta se aplica con retardo o mucho tiempo después de realizada la falta, lejos de constituir una advertencia a la colectividad como medida para prevenir el delito, crimen y castigo, se olvidarán y, contrariamente a su intención, muchos más delitos se cometerán, por pensar sus subsecuentes autores (debido a la desorientación que produce el retardo procedimental) que no les alcanzará la sanción penal.

En virtud de que si no se dictó orden de aprehensión o de comparecencia, por no hallarse satisfechos los elementos de fondo que derivan del artículo 19 constitucional, no procede, evidentemente, el sobreseimiento, salvo que aparece con datos directa y específicamente conducentes a éste.

De lo contrario, el sobreseimiento operará por prescripción.

Sin embargo, aquí se reproduce la facultad que el artículo 148 reconoce al Ministerio Público cuando se niega la orden de aprehensión o comparecencia, aquél puede promover pruebas para insistir en su pedimento.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Esta negativa de dictar la orden de aprehensión o de comparecencia, constituye la contrapartida de la orden de aprehensión o de comparecencia y que con aquél auto, cuyos efectos no son conclusivos del proceso, de modo firme, no se impide que posteriormente, con nuevos elementos de prueba, se vuelva a solicitar la orden de aprehensión o de comparecencia, toda vez que el Ministerio Público, puede continuar actuando una vez resuelta la negativa, hasta reunir los elementos necesarios, de ser el caso, para pedir nuevamente orden de aprehensión o de comparecencia y en su momento obtener que se dicte el auto de procesamiento.

Se debe puntualizar que aquí el Ministerio Público no recupera, en modo alguno, el carácter de autoridad que tuvo en la averiguación previa.

Actúa como parte, ante el juzgador, quien debe atender sus promociones bajo aquella calidad y según las normas que le resulten aplicables.

Para concluir diremos que en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, no señala, a diferencia del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuando la falta de pruebas para dictar la orden de aprehensión o de comparecencia, se deba a omisiones del Ministerio Público o de agentes de la policía judicial, el juez, al resolver, mencionará expresamente tales omisiones para que se exija a aquellos la responsabilidad en que hubieren incurrido.

Como apuntábamos anteriormente la negativa de dictar la orden de aprehensión o de comparecencia, en virtud de no estar integrados el cuerpo del

delito, ni la presunta responsabilidad, o que habiéndose dado lo primero, no exista lo segundo.

La falta de esos requisitos provoca esta determinación, sin embargo, 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 o comparecencia y se observaran las prescripciones de los artículos 19 y 20 constitucionales.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La jurisprudencia y la doctrina dominante se orientan en el sentido de que el ejercicio de la acción penal se inicia con el acto de consignación, que requiere la satisfacción previa de los requisitos marcados por el artículo 16 Constitucional, precepto que, sin embargo, no habla de consignación, ni de acción penal, sino sólo, en la porción que ahora nos interesa, de los supuestos de negativa de libramiento de la orden de aprehensión o comparecencia.

SEGUNDA. Esta interpretación, a nuestro juicio errónea, llevó a la consecuencia de que no se exigiese del consignante la comprobación del cuerpo del delito, sino sólo de la probable responsabilidad del inculpado, noción a la que oportunamente aludimos.

TERCERA: Pensamos que la probable responsabilidad se ha de referir, por fuerza, a un delito concreto, y qué si éste no existe o no se encuentra debidamente comprobado, mal podría hablarse en el caso de responsabilidad.

CUARTA: Por lo dicho, siempre creímos necesaria la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad en forma previa a la consignación y, justamente, como elemento indispensable para ésta.

QUINTA: En consecuencia, dos deben ser los supuestos de consignación: cuerpo del delito y probable responsabilidad. En estos términos, por demás está

decir que resulta imposible hablar de ejercicio de la acción penal, en rigor, si el Ministerio Público omite la designación del delito o el señalamiento del delincuente.

SEXTA: Hoy día ya no hay duda acerca de la necesidad de comprobar cuerpo del delito y probable, presunta o presuntiva responsabilidad, como elementos de fondo para el ejercicio de la acción penal. Así lo disponen las normas en vigor.

SEPTIMA: El artículo 148 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, permite ver que existe una especie de consignación insuficiente, que a su turno genera ciertos procedimientos judiciales para perfeccionar la averiguación, que en realidad es para realizarla.

OCTAVA: Por lo anterior, es por lo que proponemos la siguiente adición al artículo 148 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México:

Que se agreguen las palabras "de prueba"; y "para aportar nuevos datos de prueba, se estará a lo dispuesto por el título quinto, capítulo quinto, sección de la primera a la octava de éste Código:"

NOVENA: Debiendo quedar el artículo 148 en los siguientes términos:

"Artículo 148. En el caso de que la orden de aprehensión o de comparecencia sea negada, ésta podrá librarse con nuevos datos de prueba que se

aporten ante el juez de la causa dentro de los siguientes noventa días naturales, por el Ministerio Público Adscrito."

"Para dictarse orden de aprehensión o de comparecencia con nuevos datos, no será obstáculo la circunstancia de que esté pendiente un recurso de apelación, quedando sin materia al librarse aquélla."

"Para aportar nuevos datos de prueba, se estará a lo dispuesto por el título quinto, capítulo quinto, sección de la primera a la octava de éste Código."

DECIMA: La anterior adición, que por cierto es de carácter social, va encaminada a la cada vez más sufrida sociedad que ve la forma como la delincuencia va creciendo sin que por parte de las autoridades se haga algo para remediarla, es por lo que proponemos esta pequeña adición, para contribuir en algo a la sociedad que cada vez se ve más azotada por la delincuencia, esto tomando en cuenta la experiencia que vemos en la practica común en los Juzgados penales del Estado de México.

BIBLIOGRAFIA

ACERO, Julio. "El Procedimiento Penal Mexicano." Ediciones Especiales del Norte. México. 1991.

ARANGIO-RUIZ, Vicente. "Historia del Derecho Romano." Editorial Reus. Madrid. 1983.

ARELLANO GARCIA, Carlos. "Derecho Procesal Civil." Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1998.

ARIAS RAMOS, Jesús y ARIAS BONET, Jesús. "Derecho Romano." Tomo I. Décima Octava Edición. Editorial Edersa. Madrid. 1989.

BENTHAM, Jeremías. "Tratado de las Pruebas Judiciales." Casa Editorial Bosch. Madrid. 1979.

BONFANTE, Pietro. "Instituciones de Derecho Romano." Traducción de Luis Bacci y Andrea Larrosa. Quinta Edición. Editorial Reus. Madrid. 1979.

BRAVO GONZALEZ, Agustín y BRAVO VALDEZ, Beatriz. "Derecho Romano." Décima Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1999.

CARNELUTTI, Francisco. "Lecciones sobre el Proceso Penal." Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1971.

CICERON. "Tratado de las Leyes." Décima Novena Edición. Colección Sepan Cuantos. Editorial Porrúa. México. 1999.

CHIOVENDA, José. "Teoría General del Proceso." Editorial Temis. Bogota. 1977.

CLARIA OLMERO, Jorge. "Tratado de Derecho Procesal Penal." Editorial Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires. 1968.

COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales." Décima Séptima Edición. Editorial Porrúa. México. 1999.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. "Teoría General del Proceso." Editorial Temis. Bogota. 1967.

ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. "Apuntes para la Historia del Derecho en México." Tomo I. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 1984.

FENECH, Miguel. "Derecho Procesal Penal." Editorial Labor. Barcelona. 1986.

FRANCO SODI, Carlos. "El Procedimiento Penal Mexicano." Talleres Penitenciarios. México. 1957.

FLORIAN, Eugenio. "Elementos de Derecho Procesal Penal." Traducción de Prieto Castro. Segunda Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1984.

FLORIS MARGADANT S., Guillermo. "Derecho Romano." Séptima Edición. Editorial Esfinge. México. 1991.

GARCIA RAMÍREZ, Sergio. "Curso sobre Derecho Procesal Penal." Octava Edición. Editorial Porrúa. México. 1999.

GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. "Principios de Derecho Procesal Penal." Décima Edición. Editorial Porrúa. México. 1991.

GUARNERI, José. "Las Partes en el Proceso Penal." Editorial Depalma. Madrid. 1979.

GUASP, Jaime. "Derecho Procesal Civil." Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1977.

IGLESIAS, Juan. "Derecho Romano." Cuarta Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1968.

JIMÉNEZ ASENJO, Enrique. "Derecho Procesal Penal." Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 1970.

KASER, Max. "Derecho Romano Privado." Quinta Edición. Editorial Botas. Madrid. 1988.

MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio. "El Derecho Precolonial." Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1992.

---- "Historia de la Facultad de Derecho." Imprenta Universitaria. U.N.A.M. México. 1956.

MITTERMAIER, C.J.A. "Tratado de las Pruebas en Materia Criminal." Décima Edición. Editorial Reus. Madrid. 1979.

NORIEGA CANTU, Alfonso. "Lecciones de Amparo." Tomo I. Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1997.

OVALLE FABELA, José. "Derecho Procesal Civil." Séptima Edición. Editorial Harla. México. 1996.

PALLARES, Eduardo. "Derecho Procesal Civil." Décima Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1989.

PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano." Décima Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1999.

PINA, Rafael De y CASTILLO LARRAÑAGA, José. "Instituciones de Derecho Procesal Civil." Vigésima Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1997.

RIVERA SILVA, Manuel. "El Procedimiento Penal." Vigésima Séptima Edición. Editorial Porrúa. México. 1998.

VICENTE Y CARAVANTES, José De. "Tratado Histórico y Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil." Editorial Bosch. Madrid. 1966.

ZAMORA-PIERCE, Jesús. "Garantías y Proceso Penal." Novena Edición. Editorial Porrúa. México. 1998.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

CLAVIJERO, Francisco Javier. "Historia Antigua de México." Editorial Porrúa. México. 1975.

DURANT, Will. "La Vida en Grecia." Editorial Sudamericana. Buenos Aires, Argentina. 1960.

LOPEZ GALLO, Manuel. "Economía y Política en la Historia de México." Trigésima Edición. Ediciones El Caballito. México. 1988.

MATEOS M., Agustín. "Etimologías Grecolatinas del Español." Sexta Edición. Editorial Esfinge. México. 1975.

REYES, Alfonso. "Visión de Anáhuac." Imprenta Alsina. Madrid. 1923

SOLIS, Antonio De. "Historia de la Conquista de México." Editorial Porrúa. México. 1993.

DICCIONARIOS CONSULTADOS

Diccionario de la Lengua Española. Décima Novena Edición. Editorial Espasa Calpe. Madrid. 1990.

ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario de Legislación y Jurisprudencia." Tomo II. Segunda Edición. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1985.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista. México. 2001.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. Editorial Sista. México. 2001.

Código Penal para el Estado de México. Editorial Sista. México. 2001.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN