

879309

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO
CLAVE: 879309**



“TRABAJO DEL REO A FAVOR DE LA VICTIMA COMO
PENA ALTERNATIVA AL PAGO DE LA REPARACIÓN DEL
DAÑO”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

SARA ESTELA ELIAS HERNANDEZ

ASESOR:

LICENCIADO ROGELIO LLAMAS ROJAS

CELAYA, GUANAJUATO.

DICIEMBRE 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A Dios y a la vida por darme la oportunidad de culminar con una etapa más de vida.

A mis padres y hermanos por su apoyo moral y comprensión, en la trayectoria de mi vida y carrera profesional.

Al Gobierno por el apoyo económico al costear mis estudios, considerándome una persona privilegiada al estudiar con una beca.

A mi maestro, amigo y jefe el Licenciado Francisco Alejandro Lara Rodríguez, gracias por creer en mí y por la oportunidad de compartir su tiempo y conocimientos.

A todos mis compañeros de trabajo de la Notaria Pública Número 21, y en especial a la Licenciada Maricela Lara Rodríguez.

A todos mis compañeros de la Universidad y Amigos por compartir momentos inolvidables de alegría, por todo su apoyo incondicional brindado a esta servidora.

A todos y cada uno de mis catedráticos de esta Honorable Universidad Lasallista Benavente por darme sus conocimientos.

A mi asesor el Licenciado Rogelio Llamas Rojas, por sus asesorías y tiempo dedicado para poder culminar con esta obra.

A mi Honorable Jurado examinador con mucho afecto y agradecimiento

A todos y cada una de las personas que hicieron posibles la realización de esta obra, sinceramente...

MUCHAS GRACIAS!

Sara Estela Elías Hernandez

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO

TEORIA DEL DELITO

1.1	GENERALIDADES	1
1.2	DEFINICION DE DELITO	3
1.2.1	CONCEPTO JURÍDICO DEL DELITO	4
1.3	LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA	7
1.3.1	Definición de Conducta	7
1.3.2	Ausencia de Conducta	11
1.4	TIPICIDAD, AUSENCIA Y TIPO	12
1.4.1	Concepto de Tipicidad	12
1.4.2	clasificación del tipo y sus Elementos	14
1.4.3.	Atipicidad	18
1.5	ANTI JURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	18
1.5.1	Concepto de Antijuricidad	19
1.5.2	Fundamentos de las Causas de Justificación	20
1.5.3	Causas de Justificación que contempla la Legislación	

Penal Mexicana	21
A.- Legítima defensa	21
B.- Estado de Necesidad	24
C.- Cumplimiento de un deber	25
1.6 IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD	26
1.6.1 Definición	27
1.6.2 Acciones Liberae in Causa	29
1.6.3 INIMPUTABILIDAD	29
1.6.3.1 Concepto	29
1.6.4 Causas de Inimputabilidad	30
1.7 CULPABILIDAD	33
1.7.1 Concepto y su naturaleza	33
1.7.2 Formas de culpa	34
• Dolo	34
• Culpa, elementos	35
1.7.3. Clases de Culpa	37
1.7.4. Preterintención y sus elementos	37
1.8 INCULPABILIDAD	38
1.8.1 Causas de inculpabilidad	39
1.9 PUNIBILIDAD	42

1.9.1 Concepto	42
1.9.2 Excusas Absolutorias, definición	43
1.9.3 Excusas Absolutorias que contempla nuestra Legislación Mexicana	43
CAPITULO II	45
EL PROCEDIMIENTO PENAL	
2.1 DEFINICION	45
2.1.1 DENUNCIA	46
2.1.2 QUERELLA	46
2.1.3 AVERIGUACION PREVIA	47
2.2.3.1 cuerpo del delito	48
2.2.3.2 probable responsabilidad	50
2.1.4 ACCION PENAL	52
2.1.5 DETERMINACION	56
2.1.6 CONSIGNACION	56
2.2 INSTRUCCIÓN	58
2.2.1 Declaración preparatoria	59
2.2.2 Término Constitucional	61
2.2.2.1 Auto de Formal Prisión	63
2.2.2.2 Auto de Sujeción al Proceso	63

2.2.3 PRUEBAS	63
2.4 ETAPA DE JUICIO	70
2.5 CONCLUSIONES	71
2.6 AUDIENCIA FINAL	77
CAPITULO III	
LA SENTENCIA	
3.1 GENERALIDADES	80
3.2 CONCEPTO	90
3.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SENTENCIA PENAL	101
3.4 ELEMENTOS DE LA SENTENCIA	102
3.5. REQUISITOS DE LA SENTENCIA	102
3.5.1 Requisitos formales	102
3.5.2 Requisitos de Fondo	103
3.6 CLASIFICACION	105
3.6.1 Condenatorias y Acusatorias	105
3.6.2 Interlocutorias y Acusatorias	106
3.6.3 Sentencias Irrevocables	106
3.7 ACLARACION DE LA SENTENCIA	108
3.8 RECURSOS	109
3.8.1 Recurso de Revocación	110

3.8.2 Apelación	112
3.8.3 Denegada Apelación	114
3.9 EJECUCION DE LA SENTENCIA	115
3.9.1 Condena condicional	116
3.9.2 Libertad anticipada	117
3.9.3 Reducción y substitución de sanciones	118
3.9.4 Indulto y reconocimiento de la inocencia	119
3.9.5 Rehabilitación	120
CAPITULO IV	121
PENOLOGIA	
4.1 PENOLOGIA	121
4.1.1 Generalidades	121
4.1.2 Definición	122
4.1.3 Prevención y Represión	122
4.2 LA PENA	124
4.2.1 Concepto	124
4.2.2 Fines de la Pena	124
4.3 CLASIFICACION DE LA PENA	126
4.4 CLASIFICACION DE LA PENA SEGÚN LA LEY	127
a) Prisión	129

b) Semilibertad	130
c) Trabajos a Favor de la Comunidad	131
d) Sanción Pecuniaria	132
• Multa	132
• Daño	133
e) Decomiso de los instrumentos del delito y destrucción de cosas peligrosas y nocivas.	134
f) Suspensión, privación, e inhabilitación de derechos, destitución o sustitución de funciones o empleos, e inhabilitación para su efecto y desempeño.	135
g) Prohibir ir a una determinada circunscripción territorial o residir en ella.	136
4.5 MEDIDAS DE SEGURIDAD	137
4.5.1 Concepto	137
4.5.2 Clasificación de las medidas de seguridad	138
4.5.3 Características de las medidas de seguridad.	139
4.5.4 Diferencia entre la pena y las medidas de seguridad.	140
4.6 CONSECUENCIAS JURÍDICAS PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS.	141

4.7 INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.	141
4.8 EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	141
CAPITULO V	143
LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN	
MATERIA PENAL	
5.1 GENERALIDADES	143
5.2. CONCEPTO	144
5.2.1 Que comprende la reparación del daño.	145
5.2.2 Quien tiene derecho a la Reparación del daño.	147
5.3 EJECUCIÓN DE ESTA PENA Y SUS REFORMAS	148
5.4 SITUACION JURÍDICA DEL OFENDIDO EN EL PROCESO	150
5.5 FUNCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCESO	151
5.6 ES EL MINISTERIO PUBLICO ¿UN MONOPOLIO?	
5.7 JUSTICIA ALTERNATIVA EN MATERIA PENAL, UNA VIA HACIA LA VERDADERA REHABILITACIÓN SOCIAL.	161

5.8 TRABAJO DEL REO COMO PENA ALTERNATIVA.	165
5.8.1 Remuneración del Trabajo del Reo	165
5.8.2 Trabajo como Remisión Parcial de la Pena de Prisión.	168
5.9 TRABAJO DEL REO A FAVOR DE LA VICTIMA COMO PENA ALTERNATIVA AL PAGO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.	169

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En la incansable búsqueda del hombre para alcanzar su armonía física y mental, al desarrollarse dentro de una sociedad, pero el que viva dentro de esta no significa exclusivamente un derecho, sino también la ayuda y respeto a los que viven dentro de ella.

Ante esa perspectiva, el ser humano en el transcurso de diferentes épocas, ha buscado el medio para evitar que los individuos que conforman a la sociedad, violen o alteren la armonía buscada, y en consecuencia, ha establecido normas de conductas que señalan las formas de prevenir y castigar las conductas antisociales.

Lo señalado anteriormente ha provocado la preocupación de los estudios del derecho penal, cuyo objeto de estudio es el hombre delincuente, los motivos que influyen a la delincuencia y los medios para reprimir infracciones penales, de aquí que surjan alternativas en la reparación del daño, para lograr la resarcimiento del daño causado al ofendido.

La realización de la presente obra, va encaminada a una orientación en cuanto a una alternativa a la justicia penal. Es decir, el planteamiento de nuevas formas de hacer cumplir la norma penal. El título de mi tema es "Trabajo del Reo como Pena Alternativa a la Reparación del Daño"

Actualmente ya sean incorporado a nuestro Ordenamiento Jurídico Penal alternativas para la reparación del daño, como que el reo trabaje a favor de la

comunidad, pero queda la interrogante de ¿y el ofendido? , y porque no que el reo trabaje a favor del ofendido, como una alternativa de pago a la reparación del daño.

El Sistema penal, la sociedad y el Estado, es una triangulación científica y moral de todo el quehacer humano en colectividad, de tal forma que si alguien se aparta de las reglas penales constituidas para preservar el orden social, es sancionado por el Estado.

Es entonces el Estado quien debe imponer el orden, pero en cambio no puede resolver todos los problemas sancionando con cárcel, para los responsables o para quienes no cuenten con los recursos económicos necesarios para realizar la reparación del daño.

Por lo que en esta obra trataré de establecer nuevas alternativas de pago para la reparación del daño, en donde se le de la oportunidad a l reo de optar por nuevas formas para cubrir el daño causado a el o los ofendidos. Los que se trata es de señalar una forma más correcta de hacerle justicia a favor del ofendido, puesto que la imposición de la prisión en nada le beneficia.

CAPITULO I

TEORIA DEL DELITO

1.1. GENERALIDADES:

Para poder dar una definición de delito, primero es necesario determinar varios aspectos importantes, como son las siguientes interrogantes: ¿Quién estudia al delito?, ¿cuáles son los sujetos del delito?, ¿Cuál es su objeto?.

Comenzaré por señalar a la primera interrogante:

a.- ¿Quién estudia al delito?

La rama que se encarga de estudiar al delito es el DERECHO PENAL: Es la rama del Derecho Público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por finalidad por conservar y preservar el orden social. Por que forma parte del derecho público, bueno como ya sabemos el derecho se creo como producto de la actividad intelectual y cultural del hombre, se considera del derecho público ya que regula las relaciones entre el estado soberano y el particular gobernado, y es así porque cuando se comete un delito, la relación no solo se establece entre el individuo que cometió el delito y la victima, sino que la relación surge entre el estado soberano y el presunto delincuente.

b.- ¿Quiénes son los sujetos del delito?

En el derecho penal se habla de dos sujetos; sujeto activo y sujeto pasivo; **SUJETO ACTIVO**; es la persona física que comete el delito, es decir "el delincuente", el sujeto activo siempre va a ser una persona física, independientemente del sexo, edad, características, estatus sociales, y de este modo cada tipo penal señalará calidades y características, que deberá reunir el sujeto activo; por ejemplo, solo la mujer podrá ser sujeto activo del delito de Aborto. Cabe señalar que una persona moral o jurídica, nunca podrá ser sujeto activo de algún delito, aunque aparentemente parezca que la institución comete el ilícito, siempre existirá la persona física que ideó, y actuó el delito. Y el **SUJETO PASIVO**; será entonces la persona física o moral sobre quien recae el daño de la conducta delictuosa. Al sujeto pasivo también se le determina víctima u ofendido, cualquier persona puede ser sujeto pasivo, salvo que la misma ley sustantiva lo señale. En el delito de homicidio los ofendidos siempre serán los familiares del fallecido.

c.- ¿Cuál es el Objeto del delito?

Se distinguen dos tipos de objeto: material y jurídico, el primero se refiere a la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño, causado por el delito cometido, si la conducta delictuosa recae en una persona, lo cual se identifica con el sujeto pasivo, pero si el daño recae directamente en una cosa, el objeto material será la cosa afectada, lo cual se puede tratar tanto de bienes muebles, inmuebles, y o hasta derechos.

Dentro del objeto jurídico , podemos señalar que es, *el interés social jurídicamente protegido*, son valores existentes dentro de la colectividad, valores supremos, y como al derecho le interesa tutelar o salvaguardar la libertad de las personas, crea el legislador los delitos de secuestro, homicidio, aborto, con lo cual pretender proteger la vida humana.

1.2 DEFINICIÓN DE DELITO:

El delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible.¹ Esta definición, se logró por medio del estudio de varios estudiosos en la materia como lo fue Frans Von Liszt (1881), al estudiar el código penal sustantivo Alemán, descubrió que todo lo que estaba establecido en la parte especial eran acciones y que estas acciones eran contrarias a derecho a lo que llamo "antijurídicas", y esas acciones antijurídicas eran atribuidas a los sujetos a título de dolo o a título de culpa y a esto le llamo " culpabilidad" , por lo tanto para Frans Von Lizst, el delito es la " acción antijurídica y culpable", y fue hasta el año de 1906 con Ernesto Von Beling, en donde público su teoría del delito y dentro de está, la teoría del tipo penal. De esta manera Ernesto Von Beling, fue el primero que sistematizó el tipo penal, por lo que agrega a la definición de Frans Von Liszt el segundo elemento. Para Beling, el delito lo define como "acción típica antijurídica, y culpable" este autor señalaba, como un elemento autónomo, que no

¹ GUTIERREZ NEGRETE FRANCISCO, TEORIA DEL DELITO CATEDRA IMPARTIDA EL DIA 19 DE ENERO DE 1998.

los relaciona con los juicios de valor de la antijuricidad y de la culpabilidad, para el delito es una acción típica.

Dentro de la escuela Neoclásica, aparece Ernesto Von Mayer en el año de 1915, en donde el delito lo define igual que Beling solo que el ya empieza a relacionar el elemento de la tipicidad con el juicio de valor de la antijuricidad, dándole a la tipicidad un carácter indiciario, de inicio, a la antijuricidad, Mayer afirmaba que conociendo la tipicidad, podemos conocer la antijuricidad, es decir que ambas están íntimamente relacionadas, donde esta presente uno, lo estará el otro.²

1.2.1. CONCEPTO JURÍDICO DEL DELITO:

La palabra delito deriva del latín *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

En realidad existen tantas definiciones de delito, como corrientes y disciplinarias y los autores han tratado en vano de producir una definición, con validez universal para todos los tiempos y lugares. Pero desde el punto de vista jurídico el delito atiende solo aspectos de derecho sin tomar en cuenta consideraciones sociológicas, psicológicas o de cualquier otra índole.

² IBIDEM, 20 DE ENERO DE 1998

Es esta la que se desarrolla desde el punto de vista del Derecho, sin incluir como ya mencione otros ingredientes causales explicativos. Para poder llegar a una verdadera definición del objeto, debe llevar consigo lo material y lo formal del delito que permita un desarrollo conceptual para el estudio analítico de cada uno de sus elementos. En lugar de hablar de una violación de la ley como una referencia formal de antijuricidad, o de concretarse en buscar los intereses protegidos que se vulneran, como aquella violación de ley, únicamente podrá citarse la antijuricidad como elementos que lleva consigo sus aspectos formal y material.

Es por lo que el delito es contemplado en dos aspectos:

1.- JURÍDICO FORMAL: Para varios autores, la encajonan en la ley positiva mediante la amenaza de una pena. Se refiere a las entidades típicas que traen aparejada una sanción; no es la descripción del delito concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una pena. Por ejemplo, la omisión, ya que como es sabido el delito se caracteriza por la sanción penal, si una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito.

2.- JURÍDICO SUSTANCIAL: Ya se hace referencia a los elementos de que consta el delito. Existen dos corrientes en relación al número de elementos que conforman el delito.

a) *unitaria o totalizadora.*- Afirman que el delito es una unidad que no admite divisiones, ni aun para su estudio por integrar un todo orgánico. Es decir que ellos estudian al delito como un bloque monolítico.

b) *Atomizadora o analítica:* el delito es el resultado de varios elementos que en su totalidad integran y dan vida al delito. Para el maestro Francisco Carrera hablara del ilícito penal como una disonancia armónica. En cuanto al número de elementos que integran el delito no existe una uniformidad de criterios, mientras que para algunos señalan un número, otros lo configuran con más elementos.³

Yo estoy de acuerdo con la última teoría, ya que considero que el delito esta conformado por varios elementos y todos y cada uno de ellos debe llevarse acabo ya que de lo contrario se hablaría de tentativa.

ELEMENTOS DEL DELITO.

Este tema constituye la columna vertebral del derecho penal, como ya se había hecho mención en el capítulo anterior son diversos los criterios, respecto al número de elementos que conforman el delito, yo sólo analizare seis elementos del delito, que si bien son aspectos positivos, a los cuales les corresponde uno negativo que de existir este último anula o deja sin existencia al positivo, por lo que luego entonces no existirá el delito.

³ DERECHO PENAL, IRMA G. AMUCHATEGUI REGUENA, 1ra ed. Ed. Harla 1998, pag. 67

1.3. LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

La conducta es el primero de los elementos que el delito requiere para existir. Algunos estudiosos de la materia la llaman *acción, hecho, acontecimiento, acto*. A continuación señalare definiciones de conducta para algunos autores.

FRAN VON LISZT.- Es el movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenante del proceso causal que modifica al mundo exterior.

FERNANDO CASTELLANOS.- Es un comportamiento voluntario positivo o negativo encaminado al propósito.

De las dos definiciones anteriores a que hago mención, se puede observar que contienen algunos elementos en común, puedo concluir entonces en una definición de conducta.

1.3.1 DEFINICIÓN DE CONDUCTA.

Es un comportamiento humano voluntario positivo, que en ocasiones puede ser involuntario negativo que modifica al mundo exterior.⁴

⁴ Op.Cit (1) cátedra impartida el 26 de Enero de 1998.

Es decir produce un resultado, por lo que para que exista conducta, debe haber una tracción, es necesario que se ha un movimiento voluntario que provenga de la voluntad, en sentido positivo , es un hacer, un llevar acabo. Cabe señalar que es una manifestación de voluntad al exterior, y que esa manifestación se traduce en un comportamiento humano el cual debe ser voluntario. Entre el movimiento corporal y la voluntad debe de existir un nexo de causa-efecto, el nexo debe ser la voluntad *EL SUJETO DE LA CONDUCTA* como antes lo señale solo el ser humano es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en un sujeto activo, por lo que debe descartarse a los animales, u objetos.

Así como se establece en nuestro Código Penal, *la conducta puede llevarse acabo por acción o por omisión.*⁵

a) ACCION.- Consiste en actuar, un hacer, es un hecho positivo, un llevar acabo que implica uno o varios movimientos corporales, y se viola una norma penal prohibitiva, por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas. Por ejemplo: en el delito de *homicidio*, la ley no señala con que podemos privar de la vida a alguien, únicamente establece que no debemos matar. Existen elementos que integran la acción: la conducta tiene un factor reactor que es un querer "voluntad", actividad de hacer algo, un resultado en consecuencia de la conducta, un nexo causal entre la conducta y el resultado.

⁵ GUANAJUATO, CODIGO PENAL

b) OMISIÓN.- Es una forma de realizar la conducta en sentido negativo, con una abstención de actuar, por lo que es un no hacer o dejar de hacer. La omisión puede ser simple o comisión por comisión; esto es por lo que se refiere a la primera de las mencionadas consiste en un no hacer lo que la norma dispositiva nos ordena o manda, realizar una conducta, cuando a pesar de que la norma penal nos invita a realizar una conducta, y nosotros infringimos esa norma, ya sea de manera voluntaria o involuntaria, por lo cual se produce un delito, aunque no haya resultado. Respecto de la segunda de las mencionadas, se da cuando violamos una ley dispositiva y una ley prohibitiva, al omitirse la primera consecuentemente se viola la segunda. Por ejemplo; omisión.- una conducta sería la madre que no alimenta a su hijo. Comisión.- si el hijo llegase a morir, estaremos violando ley prohibitiva.

Es un no hacer voluntario, imprudencial, cuya abstención produce un resultado, como ya lo expliqué anteriormente, aunque también deberá contener los mismos elementos que en la acción, y aun más deberá comprobarse el nexo causal.

ELEMENTOS DE LA OMISIÓN.- Como se habla de un no actuar, un no hacer, en consecuencia se hablará entonces de: A) voluntad B) inactividad. La voluntad encaminada a no efectuar la acción ordenada por la ley dispositiva, cualquiera que sea el resultado de la omisión, siempre encuadrará en algún tipo

penal, en una figura de delito, prevista en la ley, siempre habrá un resultado jurídico.

LUGAR Y TIEMPO DE LA CONDUCTA:

En general, la mayoría de las veces en donde se comete la conducta delictuosa, el resultado se produce en el mismo lugar; más sin embargo, esto no ocurre siempre así, puede ser que la conducta se desarrolle en un lugar determinado y el resultado en otro lugar distinto, esto lleva a que los estudiosos en la materia se cuestionen sobre ¿qué código penal aplicar, si donde se realizó la conducta o bien, el lugar en donde se produjo el resultado, como represivo?, por lo que se han elaborado algunas teorías al respecto⁶:

- a) Teoría de la Actividad: según esta teoría el delito se comete en lugar y tiempo de la acción o de la omisión.
- b) Teoría del Resultado: de acuerdo con ella el delito se realiza en el lugar y al tiempo de producción del resultado.
- c) Teoría del conjunto de la ubicuidad; para la cual el delito se comete tanto en el lugar y al tiempo de realización de la conducta, como y cuando se produce el resultado.

⁶ IBID (3), PAG. 52

1.3.2 AUSENCIA DE CONDUCTA

Es esta el aspecto negativo de la conducta, es decir la ausencia de conducta, por lo cual la conducta no existe y al no existir no existe el delito. Como ya lo he mencionado , si falta alguno de los esenciales que integran el delito, no existirán este. Existen algunas causas que impidan la integración del delito por ausencia de conducta que a continuación señalare:

- VIS ABSOLUTA.- Es una fuerza física exterior irresistible, que se ejerce contra la voluntad de alguien, quien aparentemente comete la conducta delictiva, por lo que se puede decir, que existe un movimiento corporal, pero este es producido por la fuerza de otra persona, por lo que hace que ese sujeto se mueva, pero como un instrumento. La aparente conducta es desarrollada como consecuencia de una fuerza irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por lo que al no existir, la manifestación de voluntad, no estaremos hablando de una excluyente de responsabilidad, tan solo elimina el elemento esencial del delito : *la conducta*.

- VIS MAYOR.- También se habla de que existe un movimiento corporal, pero este movimiento es producido por las fuerzas de la naturaleza, a diferencia de la anterior que deriva de las fuerzas del hombre. Cuando un sujeto comete un delito a causa de fuerza mayor, existe el

aspecto negativo de la conducta, pues no es la voluntad del "agente", ni su conducta.

- **ACTOS REFLEJOS.-** Son actos que producen involuntariamente, no son percibidos por la conciencia, en casos de que el sujeto se vea impedido para controlarlos, hablaremos que no existe conducta, resultado y voluntad, de lo contrario si el sujeto esta en sus manos controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no se tomará como aspecto negativo del delito.

- **ALGUNOS OTROS:** por mencionar algunos están; impedimento físico, cuando el sujeto se ve imposibilitado por alguna causa (amarrado, encerrado), para evitar el resultado. Sueño, hipnotismo, sonambulismo, aspectos que nulifican la conducta, por el estado de inconciencia temporal, en que se encuentra, la persona, durante sueño o sonambulismo, es decir por hallarse en un estado, en el cual su conciencia se encuentra suprimida y hallan desaparecido las fuerzas inhibitorias, y hacen que el sujeto realice actitudes o inactividades, sin su voluntad.

1.4 TIPICIDAD, AUSENCIA Y TIPO:

1.4.1 CONCEPTO DE TIPICIDAD.-

La tipicidad, es un elemento objetivo del delito y este elemento fue agregado por el maestro Frans Von Beling en el año 1906, fue el que primero sistematizo el tipo penal, como meramente descriptiva, era considerado como un

elemento, autónomo, avalorado, por lo que no lo relaciona con los juicios de valor de la antijuricidad y de los juicios de valor de la culpabilidad, es *neutro*, por que el tipo penal de Beling contenía puros elementos puros, elementos objetivos que más adelante señalare. Posteriormente en el año de 1915, Ernesto Mayer, manifiesta que el tipo es meramente descriptivo. Por lo que en otras palabras esto significa, "Que no toda conducta típica es antijurídica, pero si toda conducta típica da inicio a la antijuricidad. Más tarde aparece Edmundo Mezger, para el tipo penal no es solo una descripción de una conducta antijurídica, sino la razón de la misma, su fundamento. Para este autor, el que actúa típicamente antijurídica, en tanto no exista una causa que lo justifique.⁷

Estoy de acuerdo con lo que señalaba el autor Mezger *ratio esendi* de la antijuricidad, por lo que cabe señalar que para decir que existe tipicidad, será únicamente, cuando la conducta dada en la realidad encuadra, reúna todos los requisitos, que el tipo penal señale.

AUSENCIA DEL TIPO: como su nombre lo dice no hay tipo, el legislador no a creado tipo, no existe descripción del tipo, y si la ley no define un delito (tipo), nadie podrá ser castigado por ello.

PRINCIPIOS GENERALES DEL TIPO

⁷ Op Ci t. Supra (7)

Existen diversos principios supremos, en que se basa el sistema jurídico mexicano, los cuales constituyen una garantía de legalidad:

- a) Nullum Crimen Sine Lege- no hay delito sin ley.
- b) Nullum Crimen Sine Tipo- no hay delito sin tipo.
- c) Nullum Poena Sine Tipo- No hay pena sin tipo.
- d) Nullum Poena Sine Crimen- No hay pena sin delito.
- e) Nullum Poene Sine Lege- No hay pena sin ley.

1.4.2 CLASIFICACIONES DEL TIPO Y SUS ELEMENTOS

A continuación señalare los elementos objetivos del tipo penal de Beling.

I. CONDUCTA.- Movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenante del proceso causal y que modifica al mundo exterior. Mismo que ya señale en el capítulo 1.2.1.

II. RESULTADO.- es la modificación del mundo exterior, por lo que todos los tipos penales que están consumados, estará presente el resultado.

III. NEXO CAUSAL.- Relación que existe entre la conducta y el resultado, ya que si el resultado no es producto de la conducta, no existirá resultado.

IV. ESPECIALES FORMAS DE EJECUCIÓN.- Son los medios comisivos, que algunos tipos penales requieran dentro del tipo penal que

exige para que se pueda tipificar, es decir, como el medio, el camino; por ejemplo: lugar, tiempo, modo u ocasión.

V. SUJETOS.- se divide en sujeto activo y sujeto pasivo, mismos que ya señale en el capítulo 1.

- CALIDAD.- Algunos tipos penales exigen que el sujeto activo tenga una calidad determinada, por ejemplo: la calidad de ser madre, que exige el delito de infanticidio.

- NUMERO.- La mayoría de los tipos penales están redactados en singular, es decir que el sujeto activo esta redactado en singular, aunque algunos a excepción están redactados en pluralidad, como en el caso de asociación delictuosa.

VI.- OBJETO MATERIAL.- Mismo que ya quedo señalado en el capítulo primero, de esta obra, este será siempre la persona o cosa, sobre la que recae la conducta delictuosa. Algunos autores anexan también, el *BIEN JURÍDICO TUTTELADO*; que es el interés social jurídicamente protegido.⁸

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DEL ERNESTO VON MAYER

Son los siguientes: ánimos, propósitos, fines sociales, a sabiendas, con conocimiento de, entre otros.. Mismos que para poder tipificar la conducta se

⁸ Op Ci t. Supra (1) Cátedra impartida el 6 de febrero de 1998

deben tomar en cuenta. Por ejemplo, en el delito de Homicidio en razón de parentesco o relación familiar, como se establece en el artículo 156 del Código Penal Vigente para el Estado de Guanajuato” A quien prive de la vida a su ascendiente o descendiente, con conocimiento de esa relación....” en este tipo de delito se puede apreciar el elemento subjetivo del tipo penal.

ELEMENTOS SUBJETIVOS NORMATIVOS

Estos se dejan a la interpretación subjetiva del juez, pero tomando en consideración los que por ellos se entiende en la colectividad, sociedad, y de esta manera tenemos: el honor, la honestidad, la castidad, la propiedad, la posesión, la honra, la deshonra, ajeneidad, por ejemplo; en el delito de robo que se encuentra previsto en el artículo 191 Código Penal para el Estado de Guanajuato” A quien se apodere de una cosa mueble y ajena..”.,_aquí encontramos el elemento subjetivo normativo *ajeneidad*,.

El autor Fernando Castellanos, hace su clasificación de los tipos:⁹

a).- *NORMALES y ANORMALES*. Normales.- Exigen o contienen puros elementos objetivos. Anormales.- A diferencia de los normales, estos tipos, además de contener elementos normales, también exigen elementos subjetivos.

b) *BÁSICOS O FUNDAMENTALES*

⁹ CASTELLANOS FERNANDO, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Ed Porrúa 5ta ed, México 1997, pag170.

COMPLEMENTARIOS y ESPECIALES.- básicos.- Están integrados por la parte especial del Código Penal, constituyen la base como su nombre lo indica, de familias de delitos. Complementarios.- Tienen la característica de que complementan a l básico o fundamental, de manera que aportan características propias que hacen que el tipo básico o fundamental quede completo. Especiales.- Estos excluyen al básico o fundamental en su aplicación, incluso aparecen alejados del tipo básico o fundamental, tienen su propio nombre, un nombre especial, porque cuentan con características propias que los hacen diferentes de los básicos o fundamentales, pero aun así protegen al bien jurídico tutelado.

Los complementarios y especiales pueden ser a su vez agraviados (cuando la pena que señalan es mayor) y/o privilegiados (cuando se señala una punibilidad menor) c).- *DE FORMULACION CAUSISTICA: ALTERNATIVA y ACUMULATIVA.* Son aquellos en los cuales el legislador no da una descripción única, sino varias de ejecutor ilícito, es decir son los medios comisivos, es el camino que la conducta debe de recorrer para que se pueda tipificar. Alternativos.- Se prevé dos o más hipótesis comisivas, o cualquiera de uno de los dos. Un claro ejemplo, lo tenemos en el delito de violación, a través de la violencia física o moral., es decir con cualquiera de las dos. Acumulativo.- Se requiere que se den todas las hipótesis comisivas, para poder tipificar el delito. "Y".e).- *FORMULACION AMPLIA* O también conocida como libre en él caben todos los modos de ejecución, esto es que es posible que la acción se verifique mediante cualquier medio idóneo, lo que da al sujeto activo la posibilidad de llegar al mismo resultado

por distintas vías. Por ejemplo en el delito de homicidio. F).- *DE DAÑO Y DE PELIGRO*: El primero de estos, trata de la lesión que provocamos al bien jurídico tutelado con la conducta delictuosa; en el segundo de los mencionados son los que prohíben realizar una conducta que aunque no se cause daño al bien jurídico tutelado, la conducta ya ha sido despegada, y puede existir la posibilidad de haber ocasionado un daño al bien jurídico tutelado (por lo que entonces estamos hablando que se comete una *tentativa=peligro*).

1.4.3 ATIPICIDAD

La atipicidad, es el aspecto negativo de la tipicidad, es decir se da cuando la conducta dada en la realidad, no se adecua a los requisitos que el tipo penal exige, lo que en otras palabras, no se da la conducta, es decir que si llegara a faltar uno o varios elementos, no se dará la conducta y por lo consiguiente no habrá delito, pero si atipicidad.

En el fondo en toda atipicidad, hay falta de tipo, si el hecho delictuoso no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existirá tipo.

1.5 ANTIJURICIDAD Y SUS CAUSAS DE INJUSTIFICACION

Si hablamos de que el delito es una conducta humana, pero no toda conducta humana es delictuosa, además que esa conducta deberá ser típica, antijurídica, y culpable.

1.5.1 CONCEPTO

Es decir que la antijuricidad, es contraria a derecho -anti-, ya como el maestro Carnelutti señalaba “ antijurídico es el adjetivo, en tanto que antijuricidad es el sustantivo” y agrega..” jurídico es lo que esta conforme a derecho”. ¹⁰Por lo que la antijuricidad es algo contrario de lo que el legislador establece y quien lo comete esta realizando una conducta típica antijurídica.

La antijuricidad es un juicio de valor, en cuyo objeto de valoración es la conducta típica y este juicio de valor que se traduce en un disvalor se hace sobre el aspecto externo de la conducta. Es decir, en un juicio de valor desde el punto de vista objetivo.

CLASES DE ANTIJURICIDAD

El maestro Fran Von Litz, elaboro una doctrina dualista de la antijuricidad.

Y ve a la antijuricidad desde dos vertientes:

Formal.- que es la violación de la norma establecida por el Estado.

Material.- es la afectación causada por esa violación hacia la colectividad.

¹⁰ CARNELUTTI FRANCESCO, TEORIA GENERAL DEL DELITO, Ed Argos, Cali, 2da ed, PP. 18 y 19.

1.5.2 FUNDAMENTOS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad, existe la prevención de alguna de ellas, falta uno de los elementos esenciales del delito que es la *antijuricidad*.

FUNDAMENTACION DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Son:

- interés
- consentimiento

CONSENTIMIENTO.- Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta. Por vulnerar el delito no solo son intereses individuales, sino también se quebranta la armonía dentro de la colectividad.

Al otorgarse el consentimiento esta ausente el interés que en el orden jurídico trata de proteger pero cuando los tipos contienen referencias como “falta de consentimiento” “contra la voluntad” “sin permiso”, no opera la justificación sino que se hablará de atipicidad. El consentimiento debe ser cierto y voluntario y corresponde a la verdadera voluntad del que consiente, es decir que para que la conducta típica se justifique, se necesita el consentimiento.

INTERES PREPONDERANTE: El interés preponderante surge cuando existen dos bienes jurídicos y no se puede salvar a ambos, por lo que se tiene que sacrificar uno para salvar al otro. Esta es la razón por lo cual se justifican la legítima defensa, el estado de necesidad, cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

1.5.3 LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA CONTEMPLA LAS SIGUIENTES CAUSAS DE JUSTIFICACION:

A) LEGITIMA DEFENSA

Esta es quizás la más importante de las causas de justificación, esta figura excluye de pena a quien cause un daño, al obrar en virtud de la defensa de determinados intereses previstos en la ley bajo ciertas circunstancias.

Algunos autores aportan alguna definición;

Cuello Calón.- Es la legítima defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.

Franz Von Liszt.- se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual o contraria al Derecho mediante una agresión contra el atacante.

JIMÉNEZ DE ASUA.- la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actuarlo inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.

Como se puede apreciar todos los conceptos son similares, viene de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas.

NOCIÓN.- la legítima defensa consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, cuando exista necesidad racional de la defensa empleada y siempre que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.¹¹

ELEMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

1.- REPELER.- Significa rechazar, evitar, eludir, no permitir, la repulsa es realizada por presunto responsable de la conducta lesiva, quien queda protegido por la legítima defensa.

2.- AGRESIÓN.- atacar, acto mediante el cual se daña o pretende dañar a alguien .

3.- AGRESIÓN REAL.- acto no imaginado, que no se trate de una simple suposición o presentimiento.

¹¹ Op. Cit (5) pag.

4.- AGRESIÓN ACTUAL.- Que acuda en el mismo instante en que se repela, que la agresión y la repulsa se den en el mismo tiempo y espacio temporal.

5.- AGRESIÓN INMINENTE.- Que sea próximo o cercana que nos es actual, por lo menos este a punto de ocurrir.

6.- SIN DERECHO.- La agresión debe carecer de derecho, por que de ser así este anularía la antijuricidad.

7.- EN DEFENSA DE BIENES JURÍDICOS PROPIOS O AJENOS.- así lo establece la ley.

8.- NECESIDAD RACIONAL DE LA DEFENSA.- empleada, la defensa deberá ser siempre proporcional a ala agresión y no la que se pretenda causar con la agresión injusta.

9.- QUE NO MEDIE PROVOCACIÓN.- El agredido no debe haber provocado la agresión, ni el tercero a quien defiende, por lo que de ser así, se podrá justificar que repeló una agresión "sin derecho", que no ha dado motivo suficiente para ella.

PRESUNCIONES DE LEGITAMA DEFESA

El hecho de causar daño a quien trate de penetrar, sin derecho, al hogar de otro, a su familia, dependencias o sitios donde se encuentren bienes propios o ajenos, con la misma obligación de defender, o sí se le encuentra en alguno de los lugares indicados en donde exista la posibilidad de una agresión , estas

presunciones son *iuris tantum*, es decir pueden admitir prueba en contrario, pero si el sujeto encuadra en alguna de las conductas, tendrá a su favor la presunción legal de que actuó con derecho.

EXCESO EN LEGITIMA DEFENSA

Como se ha se ha hecho mención en los elementos de la legitima defensa, en que la repulsa a la agresión injusta deberá traducirse en una acción que sea necesaria y proporcional a la agresión o al posible daño.

El exceso ocurre cuando el agredido extralimita los barras de lo proporcional y justo y rebasa las medidas necesarias para defenderse o defender a otro. Ya como lo había manifestado Von Liszt "no debe traspasar los límites de la estricta necesidad"¹²

B).- ESTADO DE NECESIDAD

Consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar, un bien jurídico propio o ajeno, respecto de un peligro real, actual o inminente, el cual para que realmente se diga que hablamos de un Estado de necesidad deberá reunir ciertos requisitos:

- 1) el peligro deberá ser actual o inminente
- 2) que el titular del bien salvado no haya provocado el peligro.

¹² Op. Cit (3) Pag. 105

3) Que no exista otro medio predecible y menos perjudicial.

El ejemplo más característico es el de la salvación de un naufrago, cuando solo hay una tabla para ambos, y los dos tienen el mismo valor, solo uno puede vivir o sino los dos perecen.

DIFERENCIA ENTRE EL ESTADO DE NECESIDAD Y LA LEGITIMA DEFENSA

En el primero se afecta un bien jurídico de un legítimo agresor, se reacciona contra el ataque; en el segundo no hay agresión y se afecta un bien jurídico tutelado de uno inocente, en el mismo es una acción o ataque.

C).- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

Este se aplicara siempre que exista necesidad racional, del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con un solo propósito de perjudicar al otro.

Por ejemplo: en el delito de homicidio y lesiones en deportes no se les puede imputar autor del delito por no haber obrado imprudentemente. Se trata pues, de una verdadera causa de justificación los deportistas actúan en ejercicio de un derecho concedido por el Estado.

DIFERENCIA QUE EXISTE CON LAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

- Cuando se comete algún delito y llegaran a existir causas de justificación, se anulará el delito. En tanto las eximentes o mejor dicho excluyentes, además de comprender todos los aspectos negativos del delito, se sustituye la palabra *circunstancias* por *casuas*.
- Las causas que excluyen el delito son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de imputabilidad y causas de inculpabilidad.
- No se debe de confundir las justificantes y las eximentes; las primeras son objetivas, en tanto las segundas son subjetivas.

EXCLUYENTES SUPRALEGALES: Es falso creer que existan justificantes derivadas de otra fuente distinta de la ley, cuando se sabe que en derecho la única fuente es precisamente la ley. Están específicamente señaladas por las mismas y son adjetivas, personales, intrínsecas.

1.5 IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD

Algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, viendo ambos como elementos autónomos del delito, otros señalan que la imputabilidad forma

parte de la culpabilidad, como los dogmáticos alemanes dicen que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

Para los clásicos es un presupuesto de la culpabilidad y para los neoclásicos es un elemento de la culpabilidad, sin duda alguna, tal y como se establece es el Estado de Guanajuato, es considerado un elemento autónomo y esta íntimamente relacionado con la culpabilidad. Por lo que para ser culpable un sujeto, es necesario que antes sea imputable, es decir que el sujeto conozca la ilicitud del acto al realizar que existen dos elementos de imputabilidad:

- ELEMENTO INTELECTUAL.- Que no es otra cosa que el saber, conocer, entender, es la capacidad de comprender la ilicitud del hecho, la aptitud. Entonces sabe, comprende y en virtud de esa comprensión actúa.

- ELEMENTO VOLITIVO. Es la voluntad, el querer el querer el realizar el acto, el resultado.

Por lo anterior podremos dar una definición de que se entiende por imputabilidad.

1.6.1 CONCEPTO

Es la capacidad o aptitud de saber, entender, comprender y querer dentro del campo del derecho penal.

Un sujeto que tiene capacidad es un sujeto totalmente imputable, entonces un imputable es un sujeto mentalmente sano, con aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal en donde precisamente va a cometer el delito. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen de alguna media psicológica que nos imposibilite para entender y querer, es decir posee salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley del Estado.

RELACION ENTRE RESPONSABILIDAD E IMPUTABILIDAD

La responsabilidad, es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable, para responder ante la sociedad.

El imputable tiene la obligación de responder del hecho ante los tribunales es decir de una sujeción a un proceso en donde puede resultar condenado o absuelto.

Es decir la responsabilidad implica en que el autor del acto, si obró culpablemente por lo que será presuntamente responsable. La responsabilidad será entonces la relación entre el sujeto y el Estado, quien finalmente lo declarara que obro culpablemente y se hizo a creador a la pena establecida por la ley.

1.6.2 ACCIONES LIBERAE IN CAUSA

En ocasiones el sujeto antes de cometer un ilícito ya sea voluntaria o culposamente se convierte en una situación de inmutabilidad y estando en ese estado comete el delito. Se les llama *acciones Libere in Causa* (libres de causa) porque son acciones libres en cuanto a su causa, pero determinadas en lo referente a su efecto. Si llegará a aceptar que el sujeto al actuar carecería de la capacidad necesaria para entender y querer; pero ese estado se lo provocó dolosamente o culposamente el fundamento de la imputabilidad será entonces la *acto improcedente*. Es aquel en el que el individuo sin carecer de tal capacidad movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una inimputabilidad, por lo que el resultado será imputable, y se le declara culpable y por consiguiente responsable, se hará acreedor a una pena.

Cabe señalar, que no obstante se pruebe que el sujeto se hallaba al realizar la conducta en un estado de inconciencia de sus actos voluntariamente procurado, no se elimina la responsabilidad.

1.6.3 INIMPUTABILIDAD

1.6.3.1. CONCEPTO.-

Hablemos de la inimputabilidad, es la calidad del sujeto referida al desarrollo y la salud mental; esto es son todos aquellos que son capaces de

anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para delinquir, concretamente, se mencionan las siguientes causas de inimputabilidad:

1.6.4 CASUAS DE INIMPUTABILIDAD

1.- TRANSTORNO MENTAL.- Es la alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impiden al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión.

La ley no distingue los trastornos mentales transitorios o permanentes, a los que es igual donde la ley no distingue no podemos distinguir. Cuando se habla de transitorio, cuando el sujeto que va a delinquir ingiere alguna sustancia nociva, y bien permanente, cuando se habla de un proceso patológico interno. Los trastornos mentales permanentes autores de conducta penalmente tipificadas eran recluidas en manicomios, por todo el tiempo necesario para su curación de igual manera debería de tratarse con los que son procesados o condenados y enloquecen dentro de los reclusorios.

Ya en una opinión muy personal, el Estado carece de centros en donde se traten a los enfermos mentales.

Además también considero que a sordomudos o ciegos, con un desarrollo intelectual retardado, que les impide comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con comprensión, aun cuando estos no presten un verdadero trastorno mental.

2.- DESARROLLO INTELECTUAL RETARDADO.-

Es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer un ejemplo muy característico lo encontramos en la parálisis cerebral, síndrome down, la sordomudez será considerado como causa de inimputabilidad, solo si el sujeto carece de capacidad para entender y querer.

3.- MIEDO GRAVE.- en función del miedo grave el sujeto queda momentáneamente perturbado de sus facultades de juicio y decisión, razón por la cual no podrá optar por otro medio practicable y menos perjudicial. El miedo es pues un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar pasado por inminente y grave situación. Por lo tanto el temor fundado es causa de inculpabilidad.

Cual es la diferencia que existe entre miedo grave y temor, pues bien el primero obedece a procesos causales psicológicos, mientras el temor se engendra en una causa interna, el conciente y por ello constituye una causa de inimputabilidad.

4.- MINORIA DE EDAD.- Dentro de nuestra legislación penal vigente para el Estado de Guanajuato, la minoría de edad son los 16 años, por lo que los menores de esa edad, cuando realizan comportamientos dentro del ámbito penal, no se configuran delitos. Pero es de hacer mención si una persona de 15 años, posee un buen desarrollo mental y no sufre de alguna enfermedad que altere su salud

mental, es un sujeto totalmente capaz , más sin embargo es un sujeto inimputable, aun cuando posee la capacidad para entender y querer. Se debe considerar a la inimputabilidad como la aptitud legal para ser sujeto de aplicación de las disposiciones penales y en consecuencia, como capacidad jurídica de entender y querer, evidentemente los menores son inimputables.

A estos menores no se les puede imponer una pena, pero si se les aplicara una medida de seguridad. En cuanto a la edad que se hace un sujeto activo merecedor de la aplicación de una pena, dependerá siempre el Estado. También existe un problema, pues no se conviene en una edad, por lo que conforme a la constitución una persona que tenga cumplido los 18 años ya es un ciudadano mexicano, en el Derecho Civil son mayores de edad para contraer matrimonio en el hombre a los 16 años y en la mujer a los 14 años., en el Derecho Laboral la minoría de edad para poder trabajar son los 16 años y no menor de 14 años.

Por lo que se puede apreciar no se habla de una edad en general en donde en el aspecto legal se considere a una persona con capacidad de querer y comprender. Desde mi punto de vista un sujeto desde que entra a la pubertad es un sujeto con capacidad de querer y comprender , y que día a día incrementa el índice delictivo entre menores de edad, mismos que forman parte de un gran peligro para la sociedad.

Nuestra constitución establece en el artículo 18 en el penúltimo párrafo que a la letra dice..” la Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”.

1.6 CULPABILIDAD

1.7.1 CONCEPTO Y SU NATURALEZA

La culpabilidad es el elemento subjetivo del delito. Es decir que la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada, en otras palabras lo que liga al sujeto con el resultado de su acto.

NATURALEZA DE LA CULPABILIDAD

Para precisar la naturaleza de la culpabilidad existen dos teorías:

- **TEORIA PSICOLÓGICA.-** Esta teoría se fundamenta en el aspecto psicológico del sujeto activo, dejando atrás la valoración jurídica para la antijuricidad. Como se habla de un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, contendrá entonces dos elementos; el volitivo y el intelectual , en el primero de los mencionados se requieren dos cosas, la conducta y el resultado, y en el segundo el conocimiento de la antijuricidad de la conducta.

- **TEORIA NORMATIVISTA.-** Se basa en que la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida a quienes tienen capacidad para obrar conforme a lo que la norma exige, lo realiza de manera contraria y se finca un juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos que deben comportarse conforme a derecho. Ese juicio surge en dos términos: una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado, un elemento normativo que exige un comportamiento conforme a derecho.

En esta teoría, no se habla del nexo entre el sujeto autor de la conducta delictuosa y el hecho, si no de la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico.

1.7.2 FORMAS DE CULPA Y SUS ELEMENTOS

Son el Dolo y la Culpa, que a continuación se indican:

- * **DOLO.-** Es la intención o la voluntad dirigida a la realización de la conducta y a la obtención del resultado. Esta voluntad consciente siempre es dirigida a la intención de ejecutar un hecho delictuoso.

ELEMENTOS DEL DOLO

DIRECTO.- Hay voluntad de la conducta y también del resultado, va dirigida a la obtención del resultado.

INDIRECTO.-Se persigue un resultado determinado pero se tiene la certeza de que se va obtener otro resultado a parte del deseado o querido, es decir que entonces esta previniendo la obtención de otros resultados aparte del deseado.

EVENTUAL.- También se quiere un resultado pero se prevé la posibilidad de que se den o deriven otros resultados y si esta posibilidad se llevará a cabo, ese resultado puede darse o no entre el dolo eventual.

INDETERMINADO.-Consiste en la intención de cometer un ilícito de manera imprecisa sin que el agente desee cometer un delito determinado.

El dolo esta previsto en nuestro Código Penal Vigente para el Estado de Guanajuato, en el artículo 12.¹³

- * *CULPA.*- La culpa surge cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, ero se produce por imprudencia o falta de cuidado, que la ley establece para vivir dentro de la sociedad. La culpabilidad, en el finalismo iba dirigida a actuar conscientemente

¹³ Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.

desde el objetivo en tanto el sistema Casualista, no está dirigida desde el punto de vista objetivo, sino que resulta de los componentes causales circunstancialmente. Únicamente ve la causa y el efecto. Estoy de acuerdo con la Sistema Casualista, si bien se habla de que la culpa se produce por un descuido, pero que va inmerso una causa y por consiguiente siempre dan resultado.

Por lo tanto se considera que existe la culpa cuando se realiza una conducta sin la voluntad de producir un resultado, pero este a pesar de ser previsible y evitable se producirán consecuencias legalmente exigidas.

ELEMENTOS DE LA CULPA

- 1.- *Voluntad*
- 2.- que se actué sin los cuidados que la ley exige para vivir dentro de una sociedad
- 3.- que los resultados siempre sean *previsibles y evitables*.
- 4.- Existir una *relación de causalidad*, entre el hacer o no hacer y el
- 5.- *resultado no deseado*.

1.7.3 CLASES DE CULPA

CULPA CONSCIENTE O PREVISIÓN.-

El sujeto prevé un resultado como posible, se lo imagina en un futuro que puedan llevar a cabo un hecho ilícito, pero no solo prevé que esto pueda suceder, sino que no hace nada para evitarlo, y tiene la esperanza de que no ocurrirá, el resultado nunca es querido.

CULPA INCOSCIENTE O SIN PREVISIÓN.-

No prevenimos nada del resultado previsible. Es una conducta donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada.

DIFERENCIA ENTRE CULPA CONSCIENTE Y DOLO EVENTUAL

En el dolo eventual se quiere el resultado, en tanto que en la culpa no consciente nunca el resultado es previsto, y no se quiere.¹⁴

1.7.4. PRETERINTENCIONAL Y SUS ELEMENTOS

Existe una teoría denominada "Teoría Preterintencional" cuando el resultado va más allá de la voluntad del sujeto, ó del dolo del sujeto. La preterintención es una forma de dolo y culpa.

¹⁴ Op. Cit (3) pag. 82

ELEMENTOS

a) intención o dolo: se habla de causar un resultado típico de manera que el sujeto solo desee lesionar.

b) Imprudencia en la conducta: por no prever no tener cuidado, la acción para lesionar u ocasionar un resultado distinto, mayor que el querido. La consecuencia de la intención y de la imprudencia ocasiona un resultado mayor que el deseado por el sujeto activo.

1.8. INCULPABILIDAD

Es la ausencia de culpabilidad, lo cual significa la falta de irreprochabilidad ante el Derecho Penal, por la falta de voluntad o del conocimiento de derecho. Es el aspecto negativo de la culpabilidad. Esta compuesta por dos elementos:

- Intelectual.- conocer, comprender la ilicitud del hecho.
- Volitivo.- querer el resultado la ilicitud del derecho.

Estos elementos, también están en estrecha relación, con la imputabilidad, de esta manera no puede ser culpable de un delito quien no es imputable. Las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad afecta el elemento volitivo).

Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores, o de ambos.

1.8.1 CAUSAS DE INCULPABILIDAD

- ERROR INVENCIBLE
- EXIMENTES PUTATIVAS
- NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA
- TEMOR FUNDADO
- CASO FORTUITO

DEFINICION DE ERROR.- El error es un vicio psicológico que consiste en una falsa apreciación de la realidad, se tiene un conocimiento incorrecto.

En nuestro Código Penal vigente en el Estado de Guanajuato, esta contemplado en el artículo 33 fracción VIII, en el cual solo existe el error invencible: a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o b) Respecto de la ilicitud de la conducta , ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta.¹⁵

¹⁵ Código Penal Vigente para el Estado de Guanajuato.

EXIMENTES PUTATIVAS

Son los casos en los que el agente cree por error esencial de hecho, que está amparado por una circunstancia justificativa, por que trata de un comportamiento ilícito. Y son las siguientes:

1) legítima defensa putativa: el sujeto tiene la creencia de que actúa legítimamente en defensa legítima mediante la cual repela existencia de una injusta agresión, se encuentra en un error.

2) Legítima defensa putativa: en esta es recíproca, dos personas al mismo tiempo, y por encontrarse en un error esencial invencible de hecho, pueden tener la convicción de obrar cada uno en legítima defensa por error.

3) Legítima defensa real contra la legítima defensa putativa: pueden ocurrir también una conducta típica resultante de obrar una persona en legítima defensa real contra otra que actúa en legítima defensa putativa. Si bien inculpable es evidentemente antijurídica, habrá dos resultados típicos y dos excluyentes de responsabilidad, el primero le beneficiará una causa de justificación y al otro una causa de inculpabilidad.

4) Estado de Necesidad Putativo: este debe de ser invencible y fundado en razones suficientes, la comisión del delito puede existir cuando algún, por error esencial de hecho invencible, cree encontrarse en un estado de necesidad. Se producirá dos resultados típicos y dos excluyentes

de responsabilidad: al primero le beneficiará una causa de justificación y al otro una causa de inculpabilidad.

5) Deber y Derecho Legales Putativos: el autor de una conducta contraria a derecho puede suponer por error, pero fundamentalmente actuar en el ejercicio de un derecho, que no existe, en el cumplimiento de un deber no concurrente. Si el error llegase a reunir todos los requisitos establecidos, entonces no habrá delito por ausencia de culpabilidad.

6) Obediencia Jerárquica: será causa de justificación cuando el inferior produzca un resultado, en cumplimiento de una obligación legal y será causa de inculpabilidad cuando sepa que la conducta que llevó a cabo es ilícita, pero por temor obedece pues se coacciona la voluntad.

7) No Exigibilidad de otra Conducta: cuando se produce una consecuencia, por ciertas circunstancias, condiciones, parentesco, etc, no puede esperarse y menos exigirse otro comportamiento.

8) Temor Fundado: Cuando el sujeto se siente amenazado de un mal grave y actúa causando un daño ya que actúa por ese temor, por lo que se origina una causa de inculpabilidad pues se coacciona la voluntad.

9) Caso fortuito: Cuando el resultado típico se produce por caso fortuito. Más que una excluyente es una causa de inculpabilidad, ya no vemos la intervención del hombre en la realización de un hecho ilícito, se produce el resultado por un accidente, causas ajenas a la voluntad del hombre producidas por fuerzas naturales.

1.9 PUNIBILIDAD

Este es el ultimo de los elementos. Hablamos de punibilidad, cuando alguien se hace merecedor de una pena, por la realización de cierta conducta ilícita. Siempre existirá una confusión entre punibilidad, punición, pena, sanción, por lo que señalaré brevemente el significado de cada una de ellas, que si bien están relacionadas, no tienen el mismo significado:

1.9.1 CONCEPTO

Punición.- consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por haber cometido un delito.

Pena.- Es la privación de los derechos o restricciones que se le imponen a l autor del un delito. Es el castigo que el Estado impone a los delincuentes por haber cometido un delito.

Sanción.- Es el castigo que impone la autoridad administrativa, como son las multas.

Bien como ya se menciona, se habla de punibilidad al merecimiento de penas, e imposición de sanciones. La *pena* es la acción específica de imponer a los delincuentes *aposterori*.

La pena no solo debe de verse como una consecuencia, si no también es una característica propia del delito.

Hablamos de que la punibilidad implica un castigo, es una reacción de protección a la sociedad o bien el medio de que esta se vale para tratar de reprimir el delito. Un acto es punible por que es delito; pero no es delito por ser punible.

Existen ciertas circunstancias como lo es que sean privilegiadas o agravantes de las imposiciones de las penas. Será *privilegiada*, cuando el delito merezca una pena que se pueda disminuir y será *aggravante*, cuando el delito merezca una pena mayor, pero esto atenderá a diversos factores propios de la ley, como por ejemplo en el homicidio con premeditación.

1.9.2 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Es el aspecto negativo de la punibilidad, cuando existan estas no existirá la aplicación de la pena , aun cuando subsista la conducta delictiva.

El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia.

1.9.3 CLASES DE EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN NUESTRA LEGISLACIÓN MEXICANA

1. EXCUSA POR ESTADO DE NECESIDAD.- El sujeto activo se encuentra en un Estado de necesidad para la madre que tiene que realizarse un aborto terapéutico.

2. EXCUSA POR TEMIBILIDAD MINIMA.-La razón de esta excusa es que se busca la restitución espontánea. Es muestra de un arrepentimiento. Como en el robo por arrepentimiento.

3. EXCUSA POR EJERCICIO DE UN DERECHO.- El ejemplo más característico lo encontramos, en el aborto , cuando es producto de una violación, aun cuando en nuestro Estado exista una controversia al respecto.

4. EXCUSA POR IMPRUDENCIA.- La impunidad para el aborto causado sólo por la imprudencia de la mujer, es ella la primera víctima de su imprudencia. Ya que no es posible que se le imponga una maternidad odiosa (violación).

CAPITULO II

EL PROCEDIMIENTO PENAL.

2.1 DEFINICIÓN DE PROCEDIMIENTO PENAL.

Es el conjunto de actividades reglamentadas que tienen por finalidad aplicar una pena.¹⁶

El procedimiento penal se divide en dos grandes fases: en la primera interviene la autoridad administrativa, Ministerio Público (poder ejecutivo), y la segunda, intervienen la Autoridad Juez (poder judicial).

Este proceso es indecible es decir, que no se puede separar. La persecución de los delitos le corresponde al Ministerio Público, el cual ejercita su acción penal, para seguir el delito con la finalidad de imponer al sujeto una pena.

El procedimiento penal se inicia con la denuncia y/o querrela, que forma parte de la primera fase del procedimiento penal, ya que son requisitos de procedibilidad, para que la autoridad pueda actuar o proceder, es necesario que existan estos requisitos.

¹⁶ GUTIERREZ NEGRETE FRANCISCO, PRACTICA FORENSE DE DERECHO PROCESAL PENAL, Cátedra impartida el 8 de agosto del 2001.

2.1.1 DENUNCIA

Es la relación de actos delictuosos hecha ante la autoridad investigadora, Ministerio Público, con el fin de que tenga conocimiento de ellos.

La relación de actos consiste en exponer lo acontecido, es decir, los hechos y puede hacerse en forma oral o escrita.

La relación de actos debe ser hecha ante el Ministerio Público teniendo por objeto que el representante de dicho Ministerio, se entere del quebranto sufrido por la sociedad, con la comisión de delito hecha por cualquier persona, esto es que la denuncia puede ser formulada por cualquier persona que se haya dado cuenta de los hechos¹⁷

2.1.2 ACUSACION O QUERELLA.

Es la relación de hechos expuesta por el ofendido ante el Ministerio Público, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito.

La querella, como relación de actos delictuosos hecha ante el Ministerio Público, puede hacerse en forma verbal o escrita. Sin embargo se afirma que la

¹⁷ RIVERA SILVA MANUEL, EL PROCEDIMIENTO PENAL, Ed. Porrúa, 26ª ed, México 1997, p 5.

querrela no solo consiste en acusar a cierta persona, es decir, señalar el nombre de la persona que ha cometido el delito y que se castigue, sino que se exige además una exposición de los hechos que vienen a integrar el acto u omisión sancionado por la ley penal.

También, es indispensable que la querrela se haga por la parte ofendida, pues se afirma que en los delitos de querrela no sería correcto actuar oficiosamente, por que con ello podrían causarse daños a un particular, aun mayores de los que experimenta la sociedad con el mismo delito.

Que se manifieste la queja, es decir, que se manifieste expresamente por el querellante el deseo de que se persiga al autor del delito.¹⁸

2.1.3 AVERIGUACIÓN PREVIA.

Es la etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y de los agentes del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de la policía ministerial, practica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar, en su caso, la acción penal, para cuyos fines deben estar acreditados en el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.¹⁹

¹⁸ Ibidem p 112

¹⁹ Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, 17ª ed, México 1998, p 280

A su vez, nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, en su artículo 158 establece: “El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate, y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción, y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos, para darle curso al proceso”.²⁰

En concreto, la averiguación previa es un conjunto de investigaciones tendientes a recabar datos, pruebas para acreditar dos cosas:

1. El cuerpo del delito y;
2. La probable responsabilidad.

Cabe señalar que anteriormente el cuerpo del delito, era señalado como elementos del tipo en nuestra legislación penal.

1.- CUERPO DEL DELITO.

Algunos autores modernos distinguen entre el “corpus criminis” y el “hábeas instrumentorum”, es decir: entre el cuerpo del delito y los instrumentos del delito. Con la primera denominación, se alude al rastro del delito, y con la segunda, a los medios materiales utilizados para realizarlo.

²⁰ Código de procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, Ed. Librería Yussim, 6ª ed, Irapuato, Guanajuato 2002.

La doctrina y la jurisprudencia mexicana se manifiestan de acuerdo en considerar como cuerpo del delito al conjunto de elementos materiales contenidos en la definición legal del hecho delictivo de que se trata.

Es la cosa sobre la cual recae la conducta delictuosa, y que estos pueden ser:²¹

- a).- Instrumento.- con el que se cometió el delito
- b).- Objeto.- Sobre la cual recae la conducta delictuosa.
- c).- Elementos objetivos del Tipo Penal.- Basta con que se acredite la conducta, Tipicidad, antijuricidad.

El cuerpo del delito se refiere a los medios materiales inmediatos de la consumación del delito, en cuanto son permanentes, ya de un modo accidental, ya por razones inherentes a la esencia del hecho mismo.²²

Se considera indispensable establecer la integración y la comprobación del delito, con respecto al tema que nos ocupa, así pues la integración del cuerpo del delito es una actividad a cargo del agente del Ministerio Público durante la averiguación previa y tiene sus fundamentos en imperativos de carácter general.

²¹ Op. Cit. (1) 9 agosto del 2001.

²² De Piña Rafael, y De Piña Vara Rafael, Diccionario de Derecho, Ed Porrúa, 20ª ed. México 1994, p 206

La comprobación implica una actividad racional consiste en determinar si la conducta o hecho se adecua a la hipótesis de la norma penal que establece el tipo.²³

2.- PROBABLE RESPONSABILIDAD

Esta existe, cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte, de alguna manera, en la concepción, preparación y ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable.

En otro concepto, es la posibilidad que tiene el sujeto de responder de sus actos ante la autoridad y tiene esa posibilidad el sujeto imputable que ha obrado con dolo, culpa o preterintencional, y esa es: la presunta, presumible o probable responsabilidad.

Con respecto a esto último sobre el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato en su artículo 158 párrafo segundo, establece:

“Para los efectos de este Código, se entenderá por cuerpo del delito el conjunto de elementos que su integración requiera de acuerdo a su definición legal; y por probable responsabilidad que las constancias que se hayan recabado

²³ Op. Cit (4) p 385.

acrediten presuncionalmente que el acusado ejecutó el hecho delictuoso o que participó en su comisión”.²⁴

Ahora bien, la averiguación previa debe ser realizada dentro de un determinado periodo de tiempo, así pues, en el artículo 16 de la constitución Política de los estados Unidos Mexicanos se indica: “...Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por mas de 48 horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada...”²⁵

Atendiendo al citado precepto, salvo en los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por mas tiempo del que señala el legislador.

Cabe señalar que en el aludido artículo 16 constitucional, también, se establece un control a cargo de los agentes del Ministerio Público para los casos de flagrancia o urgencia, en los casos que si hay persona detenida, no podrá prolongarse su detención por más de 48 horas, pasado dicho término, se ordenará

²⁴ Op. Cit. (1)

²⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

la libertad o la consignación del Juez, aunque ese término podrá duplicarse únicamente en los casos de delincuencia organizada.²⁶

Es importante establecer que en caso de que no se tenga detenido, el Ministerio Público goza de todo el tiempo necesario para realizar la averiguación previa, tomando en cuenta los términos de la prescripción.

2.2. ACCIÓN PENAL

El Ministerio Público, como ya lo mencione es la autoridad encargada que ejercita la Acción Penal.

En las antiguas instituciones romanas, la acción fue considerada como: “El derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe”, y posteriormente como el ejercicio del derecho mencionado para provocar la jurisdicción.

Los autores contemporáneos como Guissepe Chiovenda sostienen que, la acción es el poder jurídico de realizar la condición para la actuación de la voluntad de la ley.

²⁶ Op. Cit (4) p 312.

Massari, Abraham Bartolini Ferro, Enrique Jiménez Asenjo, Florián y algunos más, indican que, la acción es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de Derecho Penal.

El poder jurídico, aludido por Florián, es aquel que nace o se desprende de los dispuestos por la ley y que se justifica cuando se infringe una norma de derecho penal con la finalidad de que sea definida la pretensión punitiva estatal y sea provocada la intervención del Juez, pero como el Juez no debe proceder de oficio, ese poder jurídico tiene por objeto directo e inmediato “excitar y promover la decisión de aquel sobre la situación jurídica planteada”.²⁷

Acción penal y Acción Civil.

Es importante establecer una diferencia entre la acción penal y la acción civil.

La acción civil, puede ser iniciada por un particular o el representante de una persona moral, procede del desistimiento porque afecta, entre otras consecuencias, el patrimonio de las personas.

La acción penal es pública, surge al nacer un delito; su ejercicio esta encomendado al Estado por conducto de uno de sus subórganos, al Procurador

²⁷ Ibidem p 304.

de Justicia y los agentes del Ministerio Público, y tiene por objeto definir la pretensión punitiva estatal, ya sea absolviendo al inocente, o imponiendo al culpable una pena de prisión, multa, pérdida de los instrumentos con que se ejecutó la conducta o hecho, etc.

Características de la acción penal.

Ahora bien, la acción penal debe cumplir con ciertas características, así pues el ejercicio de la acción penal es obligatorio, no debe quedar al arbitrio del agente del Ministerio Público; cometido un delito, si ya se ha practicado la averiguación correspondiente y se han satisfecho los requisitos que exige el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es indispensable provocar la intervención del juez para que decida la situación jurídica del indiciado y al agente del Ministerio Público le corresponde esta tarea, entre otras, es decir, el ejercicio de la acción penal que de no ser ejercitada puede ocasionar diversas consecuencias jurídicas.

Así pues, la acción penal es obligatoria siempre y cuando este acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, por ello es frecuente que el agente del Ministerio Público ordene archivar el expediente integrado con las diligencias practicadas en la averiguación previa sin consignar el caso a un Juez cuando no exista mérito para hacerlo; Y con ello no hace “declaración del derecho”, sólo se

abstiene de no perseguir a una persona por no tener los méritos suficientes para ello.

La acción penal es indivisible, por que produce efectos para todos los que toman parte en la concepción, preparación y ejecución de los delitos, o para quienes les auxiliien.

La acción penal no es trascendental; sus efectos se limitan a persona que cometió el delito y nunca a sus familiares o terceros.

La acción penal es irrevocable; por que si se ejercita para que se dé un proceso, éste debe concluir con la sentencia.²⁸

Órganos encargados del ejercicio de la acción penal

Tratándose de los órganos a quienes se encomienda el ejercicio de la acción penal, se establece que ésta se encuentra encomendada al Agente del Ministerio Público por mandato expreso establecido en el artículo 21 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se indica: "...La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público..."²⁹

²⁸ Colín Sánchez Guillermo, Ibidem p 306

²⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

2.3. DETERMINACIÓN.

Una vez terminada la averiguación previa, en donde el Agente del Ministerio Público ejercita acción penal, se procede a la consignación, pero antes en Ministerio Público dicta una resolución administrativa, que es la llamada Determinación, que es una resolución administrativa, en la cual se exponen los razonamientos jurídicos en los que se expresa lo que se recabe de la averiguación previa considerada que se tiene comprobado en el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, ejercita su acción penal y consignación por el o los delitos en contra del o los sujetos

2.4. CONSIGNACIÓN

La consignación es el acto procesal a través del cual el Estado por conducto del Agente del Ministerio Público ejercita la acción penal.³⁰

En cuanto a la forma de realizar la consignación, nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato en su artículo 125, establece: Tan luego como aparezca de la averiguación previa que se han llenado los requisitos que exige el artículo 16 de la Constitución General de la República para que pueda procederse a la detención de una persona se ejercitará la acción penal señalando los hechos delictuosos que la motiven.

³⁰ Idem.

También hará consignación el Ministerio Público ante los tribunales siempre que de la averiguación previa resulte necesario la práctica de un cateo.

En caso de que la detención de cualquier persona exceda los términos señalados en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se presumirá que estuvo incomunicada, y las declaraciones que haya emitido el detenido no tendrán validez, el Juez que reciba la consignación con el detenido procederá a determinar de inmediato si la detención fue apegada o no a lo establecido por dicho precepto constitucional, en el primer caso ratificará la detención, y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley.

En el pliego de consignación, el Ministerio Público hará expreso señalamiento de los datos reunidos durante la averiguación previa que a su Juicio puedan ser considerados para los efectos previstos en el artículo 20 fracción I de la Carta Magna, y en los preceptos de éste Código relativos a la libertad provisional bajo caución, tanto en lo referente a la determinación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal, como por lo que respecta a los que deban tomarse en cuenta para fijar el monto de la garantía.³¹

El acto de consignación puede darse en dos formas: sin o con detenido. Cuando la consignación es sin detenido y se tratan de delitos que se sancionan con pena corporal, entonces, se girará una orden de aprehensión.

³¹ Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato.

Si se trata de un delito de aquellos que se sancionan con pena alternativa, se realizará girando una orden de comparecencia.

Si se trata de una consignación con detenido, el indiciado quedará a disposición del Juez.

2.2 INSTRUCCIÓN.

La instrucción es la etapa del procedimiento en donde el Juez lleva a cabo una serie de actos procesales sobre la prueba para conocer la verdad histórica y la personalidad del procesado, y además estar en aptitud de resolver la situación jurídica planteada.

La instrucción se divide en dos etapas.

1. Auto de radicación.- Ésta es la primera resolución que dicta el Juez después de la consignación, y con ésta resolución se manifiesta la relación procesal; y el agente del Ministerio Público y el procesado quedan sujetos a la potestad del Juez instructor.

3. Efectos.- Los efectos jurídicos, propiamente dichos, del aludido acto, dependerán de la forma en que se haya dado la consignación, es decir, con o sin detenido.³²

2.2.1 DECLARACIÓN PREPARATORIA.

La declaración preparatoria es el acto procesal en que comparece el indiciado ante el Juez para que éste le haga saber la conducta o hecho antijurídico y culpable por el que el Agente del Ministerio Público ejercitó la acción penal en su contra, para que bajo este supuesto manifieste lo que a sus intereses convenga y se defienda, y el Juez resuelva la situación jurídica planteada antes de que culmine el término de las 72 horas.

Al respecto nuestra Carta Magna en su artículo 20, fracción III, establece: "En todo proceso del orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías:

III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de su acusación, a fin de que conozca bien el hecho que se le atribuye y puede constar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.

³² Colín Sánchez Guillermo, Ibidem p 359

De este precepto se desprenden las siguientes garantías de que goza el inculpado; en primer lugar el procesado debe conocer perfectamente los hechos de que se le acusan, y bajo este supuesto debe de llevar a cabo su defensa que puede iniciar con su declaración, o con los actos que realice su defensor; la del tiempo, es decir, que dentro de las 48 horas declare ante el juez.

Es necesario dejar establecido que este termino comienza a contarse a partir del día en que el indiciado fue puesto a disposición del juez, de ahí la importancia de dejar constancia la fecha y hora del auto de radicación.

Así pues, la declaración preparatoria es una garantía y para que tenga vigencia debe tomársele al indiciado en cuanto comience a transcurrir el termino de las 48 horas y no cuando estas culminen, ya que en ese caso se deja al procesado en total estado de indefensión”.³³

En el artículo 144 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, se establece “El juez al tener conocimiento de que el inculpado queda a disposición acordará la recepción de su declaración preparatoria que se recibirá dentro de las 48 horas siguientes”.³⁴

³³ IBIDEM p. 368

³⁴ CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE GUANAJUATO

Al notificarle al inculpado dicho acuerdo, se le hará saber si tiene derecho a obtener su libertad provisional bajo caución o protesta en los términos del artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y artículo 387 y 406 de este Código, además de requerido para que nombre defensor haciéndole saber que de no hacerlo se le nombrará uno de oficio.

Entre el momento que se notifique este acuerdo y el de la recepción de la preparatoria deberá transcurrir un lapso prudente.

La declaración preparatoria se recibirá en el local al que tenga acceso el público y no deberán estar presentes los testigos que vayan a ser examinados con relación a los hechos que se averigüen.³⁵

2.2.2 TERMINO CONSTITUCIONAL

El término constitucional son 72 horas contados a partir de que el procesado se pone a disposición del juez, y que constituye una garantía individual, un derecho público subjetivo consagrado en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, el lugar y

³⁵ OP.Cit p 270

tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado en la forma que se señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionado por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado que, dentro del plazo señalado, no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo, y si no recibe la constancia mencionada dentro de las horas siguientes podrá al indiciado en libertad".³⁶

Así pues, en ese término de las 72 horas el juez debe resolver la situación jurídica del indiciado, sin embargo se da la posibilidad de que ese término se prorrogue por petición única y exclusivamente del indiciado, esto obviamente tiene la finalidad; proporcionar pruebas para tratar de evitar se dicte una auto de formal prisión.

Dentro del término Constitucional se deberá resolver la situación jurídica del indiciado a través de tres clases de resolución: Auto de formal prisión, Auto de sujeción al proceso y/o Auto de libertad o de soltura.

³⁶ CONSITUCION POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

2.2.2.1 Auto de formal prisión

Este auto se dicta cuando están comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, además siempre y cuando se trate de un delito que merezca pena corporal.

En este auto de formal prisión es considerada la base para procesar, pues se señala el delito o delitos por los que se va a procesar.

Cuando el delito señalado como delito grave no goza de libertad provisional bajo caución y no siendo grave, si se goza de ese privilegio.

2.2.2.2. Auto de sujeción al Proceso

Este auto se dicta, cuando están acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, es decir no hay elementos para procesar, entonces se dicta el auto de libertad o de soltura.

2.3. PRUEBAS

En el vocabulario jurídico dirigido por Capitant, se define como “demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico en las formas admitidas por la Ley”, o bien el “medio empleado para hacer las pruebas”³⁷

³⁷ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, TOMO XXIII, Ed. Driskill S.A ed. 1a Buenos Aires, Argentina.

OBJETO LA PRUEBA.- Es la comprobación del delito, con sus circunstancias y modalidades (conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad; la personalidad del delincuente, el grado de responsabilidad y el daño producido).

También, puede recaer sobre cuestiones manifiestas en la parte general del Derecho Penal, teoría de la ley penal, así como en el orden negativo sobre la ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad y excusas absolutorias.

Con respecto a los sujetos de prueba, estos son todos aquellos, que proporcionan conocimientos por cualquier medio factible.

SUJETOS DE PRUEBA.- Son el probable autor del delito, el ofendido o su representante, el defensor y los testigos. Este carácter no puede atribuirse a los jueces o los Agentes del ministerio público; y a los peritos, porque el juez conoce de los hechos mediante el órgano de pruebas.

El agente del ministerio público tampoco puede ejercer una doble función, por tanto jamás es sujeto de prueba y los peritos tampoco pueden presentar todos aquellos instrumentos permitidos por la ley.

En el artículo 194 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato establece: "se admitirá como prueba en los términos del artículo 20

fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, no vaya contra el derecho o la moral, a juicio del juez o tribunal cuando la autoridad judicial lo estime necesario podrá por algún otro medio de prueba establecer la autenticidad del objeto de la misma.³⁸

Los medios de prueba que se pueden ofrecer como tales en el procedimiento penal son:

- La confesión
- La inspección
- La pericial
- La testimonial
- La confrontación
- El careo y
- Los documentos

La confesión

- La confesión es el reconocimiento que hace el reo de su culpabilidad.

La confesión comprende elementos esenciales, como la declaración y el contenido mismo que implique el reconocimiento de la culpabilidad y elementos legales³⁹

³⁸ CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE GUANAJUATO.

³⁹ RIVERA SILVA MANUEL, El Procedimiento Penal, Ed. Porrúa, 26ª ed, México 1997, p 209

En cuanto a los elementos legales, al respecto nuestro Código de Procedimientos Penales al estado de Guanajuato en su artículo 195 establece: la confesión deberá recibirla el ministerio público que practique la averiguación previa o el Tribunal que conozca del asunto y se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de que se pronuncie sentencia irrevocable y deberá reunir los requisitos del artículo 275 de este código que a la letra dice: “la confesional ante el ministerio público y ante el juez deberá reunir los requisitos siguientes:

1. Que verse sobre los hechos propios de la materia de la imputación con pleno conocimiento y sin violencia física o moral.
2. Que sea hecha ante el Ministerio Público o el Tribunal de la Causa y en presencia del defensor o persona de su confianza y el inculpado este debidamente enterado de la causa; y
3. Que no existan datos que el juez o el Tribunal, la hagan inverosímil.

40

En cuanto al estudio del valor probatorio de la confesión reviste gran importancia, la sicología clásica redujo la vida anímica al estado consciente y vio en la confesión una prueba categórica de la motivación del acto se convirtió en “reina de las pruebas”, sin embargo más adelante con la tesis Freudiana se

⁴⁰ Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato.

demonstró que la vida anímica no se agota en los procesos conscientes, afectaba la confesión consciente y retiraba que esta no siempre respondía a la verdad.⁴¹

Por lo tanto, la confesión en la actualidad ya no es considerada “reina prueba”

Al efecto nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato en su artículo 275 párrafo II establece:

“No podrá consignarse a ninguna persona, si existe como única prueba la confesión, si lo hace, esto carecen de todo valor probatorio”.

A su vez el artículo 273 del aludido código, establece que la confesión constituye un mero indicio.⁴²

En estrecha relación con el valor de la prueba confesional se encuentran la retractación es la negación de la confesión calificada.

La retractación es la negación de la confesión antes hecha o en otros términos el desconocimiento expreso de la culpabilidad reconocida.

En términos generales, la retractación tiene el valor de simple declaración.

⁴¹ Ibidem p.213

⁴² Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato.

La confesión ficta se define como la confesión figurada. También se puede definir como la confesión prevista en un precepto legal. La confesión calificada es la confesión con modalidades que pueden referirse al mismo delito o a la responsabilidad, es decir, una confesión que se halla calificada con determinadas circunstancias que favorecen al inculpado o como la Suprema Corte de Justicia dice: "El acusado acepta uno de los elementos de cargo y niega los otros". La confesión calificada tiene dos requisitos esenciales:

- Una confesión, y
- Una calificación que modifica las modalidades del delito o de la responsabilidad.

Algunos autores sostienen que la confesión es indivisa, que no se puede separar la calificación de la confesión.

La tesis de la confesión calificada según lo sostenido por la suprema Corte de Justicia y la doctrina podrían puntualizarse en los siguientes puntos:

- La confesión es indivisible y por ello la confesión y la calificación corren la misma suerte para efecto probatorio.
- Cuando la calificación no se encuentra ninguna contradicción con ninguna otra prueba se dice que tiene el mismo valor probatorio que la confesión; sin embargo no sucede así cuando la calificación se encuentra contradicha por otra prueba.

- La confesión calificada siempre es divisible quedando sujeta a las reglas de la confesión, lo que es el reconocimiento de la culpabilidad y a las reglas generales de la prueba, la calificación propiamente dicha.

- Así pues, a lo anterior señalado, se concluye que existe una tesis sobre la que siempre se mostrará partidario de la divisibilidad.

Al respecto Rivera Silva expresa que la calificación no puede correr la culpabilidad debe separársele de las modalidades que modifican los elementos de cargo.

En lo referente a la admisión de la prueba confesional, propiamente dicha, se admite en cualquier estado del proceso, pero antes de que se pronuncie la sentencia definitiva, cabe señalar que este es un caso de el período de instrucción o audiencia en el procedimiento, el motivo de esta clara excepción se debe al perjuicio de darle a la confesión la calidad de "reina de las pruebas", que como se explico con la atención no lo tiene.

La Inspección.

La inspección "es el examen u observación junto con la descripción de personas, cosas o lugares". En la inspección es necesario distinguir la ocular de la judicial, a la inspección ocular corresponde la definición dada para la inspección en general, y la inspección judicial es una especie de la inspección ocular, cuya

única distinción es el que el examen u observación solo puede ser hecha por el órgano jurisdiccional y no por otra persona u órgano como en la inspección ocular.

La inspección constituye un medio de prueba directa e indirecta; es directo cuando el examen u observación es realizado por el propio juez, inspección judicial indirecta, cuando el que realiza el examen u observación es el ministerio Público. La inspección se divide en: observación y la descripción.

La inspección, en strictu sensu, se agota con la observación, debiendo recaer en algo que se percibe con la vista, pudiendo tener un doble objeto, el escenario donde el acto fue ejecutado para cerciorarse del desarrollo del propio acto u observar las consecuencias que el acto dejó.

La descripción es la consecuencia origen de la necesidad de constatar lo visto. La descripción no solamente consta del relato de lo que se vio, sino también de planos, fotografías, moldeados, etc., que se levanten en la diligencia.

Al respecto nuestro Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, en su artículo 197, se indica:

“Para la descripción de la inspección se emplearán según el caso, dibujos, planos topográficos, fotografías ordinarias o métricas, moldeados o cualquier otro medio para reproducir las cosas, haciéndose constar en el acta, cual o cuales de aquellos en que forma y con el objeto se emplearon. También en el artículo 200,

del aludido código, se ordena la inspección en caso de lesiones, una vez que se haya sanado la víctima, ya que es de gran importancia, para hacer operantes algunas disposiciones legales que aumentan la sanción.”⁴³

Hasta ahora, el concepto que se ha dado de la inspección resulta estático, sin embargo también puede ser dinámico, tal es el caso de la reconstrucción de hechos, que es el examen u observación de sujeto que exhiben determinado proceder.

Así pues, se afirma que la reconstrucción de hechos no es un medio autónomo de prueba, en cuanto a la reconstrucción es para apreciar testimonios o peritajes, por razón lógica se debe practicar después de que estos se hayan rendido.

La reconstrucción, de acuerdo al Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, debe reunir una serie de requisitos como que deberá practicarse a la hora y lugar donde se cometió el delito, la reconstrucción se practica una vez examinadas las partes, deberá practicarse a petición de las partes, etcétera.

Cabe señalar, que cuando hubiere versiones distintas acerca de la forma en que ocurrieron los hechos se practicará, si fueren conducentes al esclarecimiento

⁴³ Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.

de los mismos, las reconstrucciones relativas a cada una de aquéllas, y en caso de que se haga necesaria la intervención de peritos, éstos dictaminarán sobre cual de las versiones puede acercarse más a la verdad.⁴⁴

La reconstrucción de los hechos comprende tres elementos:

- 1.- La reproducción de los hechos;
- 2.- La observación de que esa reproducción hace el juez, y
- 3.- El acta que se levanta de lo ocurrido en la diligencia.

Los dos primeros elementos son esenciales a la reproducción y el último como sucede en la inspección, en estricto sentido, es el elemento que únicamente sirve para hacer constar la diligencia.⁴⁵

En lo que se refiere al valor probatorio de la inspección, el artículo 272 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, establece: La inspección, así como el resultado de los actos, harán prueba plena siempre que se practiquen con los requisitos legales.

La Pericial

Inicialmente se debería de determinar la cuestión a resolver el lugar que le corresponde a la pericia sistemática procesal, o sea, si debe seguirsele incluyendo entre los medios de prueba, como pensamos y lo hace la mayoría de la doctrina o

⁴⁴ Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.

⁴⁵ Rivera Silva Manuel, Ibidem p 270

códigos, o bien desde el punto de vista del maestro Carnelutti, que debe considerarse a la pericia como un auxilio judicial.⁴⁶

El peritaje consiste en hacer al profano en determinado arte u oficio, el conocimiento de un objeto cuya capacitación solo es posible mediante técnica especial, el análisis del peritaje se compone de los elementos siguientes:

1.- Un objeto que para el conocimiento del profano se presenta de una forma velada.

2.- Un sujeto que necesita conocer ese objeto, pero su ignorancia en determinada arte le hace imposible la satisfacción de su necesidad, y

3.- Un sujeto, que por los conocimientos que posee le es posible captar el profano merced a las explicaciones que fórmula al respecto.

A este concepto de peritaje general, ya explicado, existe otro llamado peritaje procesal.

El llamado peritaje procesal tiene el mismo objetivo que el general, sirve para facilitar el conocimiento de ciertos objetos.

La necesidad del peritaje procesal aparece cada vez que se necesitan conocimientos especiales para el examen de personas hechos y objetos.

⁴⁶ Op. Cit (22) pag. 85

Así pues, el peritaje procesal solo puede existir cuando coexisten un versado y un profano en determinada arte.

Es necesario destacar que el peritaje procesal no entrega al juez el conocimiento de “personas hechos u objetos”, cuyo examen requiere conocimientos especiales, los que realmente proporciona son los medios con los cuales es posible obtener e interpretar el dato buscado, y esto nos lleva a afirmar que el peritaje no es un medio de prueba, sino que su función es ayudarle al juez a tomar los datos del proceso.⁴⁷

El estudio del peritaje, para su mayor entendimiento, es necesario dividirlo en dos partes, el perito y el peritaje.

Perito.- El perito debe ser una persona con conocimientos especiales en la materia, y debe contar con título oficial en la ciencia o en el arte a que se refiere la materia sobre la cual se va a dictaminar, si la ciencia o arte están reglamentados, pero sí no lo estuvieran el juez recurrirá a peritos prácticos.

Podemos decir que los peritos son terceras personas competentes en una ciencia, arte, industria o cualquier forma de la actividad humana, que dictamina al juez respecto de alguno de los hechos que se investigan en la causa o con su actividad.⁴⁸

⁴⁷ Rivera Silva Manuel, Ibidem p236

⁴⁸ Op. Cit (22) pag. 83

Sin embargo los aludidos peritos prácticos también pueden ser nombrados cuando el lugar en que se desarrolle la instrucción no hubiere peritos titulados, aunque en este caso se necesita de todas maneras a la opinión del perito ya que será necesario librar requisitoria al juez del lugar en que los haya, para que estos, con vista del dictamen de los prácticos emitan su opinión. (Artículo 213 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato)

Los peritos podrán ser nombrados por las partes o por el juez, este último al igual que el ministerio Público, solo puede nombrar de entre personas que desempeñen el profesorado del ramo correspondiente en las escuelas racionales, o bien de entre los funcionarios o empleados de carácter técnico en establecimientos o corporaciones dependientes del gobierno, según nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato en su artículo 214.

Si no hubiere peritos de los que se mencionan, en el citado artículo anterior, y el juez o el Ministerio Público lo estimaren conveniente podrán nombrar otros y en este caso los honorarios se cubrirán según lo que se pague por costumbre en los establecimientos particulares de que se trata, a los empleados permanentes de los mismos, teniendo en cuenta el tiempo de los peritos deberán ocupar en el desempeño de su comisión, de acuerdo con lo estipulado en el Código de procedimientos Penales del Estado de Guanajuato.

También, en lo que se refiere al estudio del perito surge la necesidad de establecer una diferencia entre el perito y el testigo, la diferencia estriba en que el perito nunca concurre con los datos de su dictamen, en tanto que el testigo siempre concurre con los datos a que se refiere su testimonio; y una diferencia más el perito siempre aprecia los datos, el testigo jamás los aprecia, solo se limita a relatarlos.⁴⁹

El peritaje consta de tres partes:

- a.- Hechos
- b.- Consideraciones
- c.- Conclusiones.

Los hechos; son la enunciación de los datos que se presenten oscuros y sobre los cuales debe verse el dictamen. Las consideraciones; se refieren al estudio del objeto del peritaje, con la técnica especial, en cuanto a las conclusiones; son los datos obtenidos con el estudio especial, los datos librados de todo aquello que los oscurece, o mejor dicho traducidos aun lenguaje asequible al conocimiento de cualquier persona.⁵⁰

Es importante dejar en claro, que antes de rendirse el peritaje, los peritos deben aceptar el cargo y protestar su fiel desempeño, con excepción de cuando

⁴⁹ Rivera Silva Manuel, Ibidem p 239

⁵⁰ Ibidem p 250

se trata de peritos oficiales, en los casos de urgencia la protesta no se hace al aceptarse el cargo, sino al producirse o ratificar el dictamen (Artículo 215 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato).

El peritaje debe ser rendido por escrito, dentro del plazo fijado por el juez y ratificado cuando se estime necesario, atendiendo a lo establecido por el artículo 233 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato.

El peritaje puede recaer sobre personas, hechos u objetos. Según el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato; Cuando el juicio pericial recaiga sobre objetos que se consuman al ser analizados, el juez no permitirá que se verifiquen el primer análisis, sino sobre la mitad de las substancias a lo sumo, a no ser que sea tan escasa la cantidad que los peritos no puedan rendir su opinión sin consumirla toda.

Si los peritos discreparen entre sí, no se sigue el procedimiento que establece el peritaje civil de nombrar un tercero en discordia, sino que previamente se les cita a una junta, y solamente en caso de que no se logre comunión entre las opiniones, se nombrará el tercero, según lo establecido por el Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, en su artículo 224.

En cuanto al valor probatorio del peritaje, se considera siempre como un medio auxiliar, por servir al perfeccionamiento de otros medios probatorios.

El artículo 276 de nuestro Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, establece: Los tribunales apreciarán los dictámenes periciales, aun los de los peritos científicos según las circunstancias del caso.⁵¹

Es necesario establecer que en el capítulo de peritaje se estudia la interpretación, la cual consiste en traducir al idioma usual algo que no reviste tal forma (idioma extranjero, lenguaje especial de los sordomudos, etc.)

En la interpretación deben distinguirse dos situaciones: la de la traducción oral y de la traducción de documentos en idioma extranjero.

En la traducción oral la interpretación debe hacerse directamente por uno o dos interpretes mayores de edad, nombrados por el juez y que protestarán traducir fielmente las preguntas y respuestas que deben transmitir, esta traducción puede también tomar la calidad de la interpretación de documentos si cualquiera de las partes solicita que la declaración se tome en el idioma del declarante.

También, hay que señalar que a los sordomudos y a los mudos que sepan leer y escribir se les interrogará por escrito permitiéndoles que contesten en la misma forma; en materia federal se les puede interrogar por escrito o por medio de interprete.

⁵¹ Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato

Por último cabe señalar que el testigo nunca podrá ser interprete.

La Testimonial

Testigo.- Es la persona física que puede suministrar datos sobre algo que percibió y de la cual recuerdo. Los elementos esenciales del testigo son:

- 1.- Una percepción
- 2.- Una apercepción
- 3.- Un recuerdo

El testigo de un delito, es la persona física que en cualquier forma tiene conocimiento de algo relacionado con el delito. El testigo en el proceso, es el que comparece al mismo, para hacer del conocimiento del órgano jurisdiccional datos vinculados con lo que se investiga.

Para ser testigo se necesita tener capacidad legal de carácter abstracto y de carácter concreto. La capacidad abstracta consiste en la facultad de poder ser testigo de cualquier procedimiento penal. La capacidad concreta es la facultad de poder ser testigo en un procedimiento penal determinado.⁵²

En nuestras leyes, todos son capaces abstractamente para ser testigos, nuestro Código de Procedimientos penales del Estado de Guanajuato en su

⁵² Rivera Silva Manuel, Ibidem 247

artículo 230, establece: “Toda persona que sea citada como testigo esta obligada a declarar”.⁵³

Los testigos pueden ser directos o indirectos. Son testigos directos aquellos que por sí mismos conocen el dato que suministran les consta por introducción o por referencia.

Estos últimos son los llamados testigos de oídas que no tienen ningún valor jurídico y no operan en la práctica.

Testimonio.- El testimonio contiene relación de hechos y nunca puede referirse a apreciaciones, las cuales son de la exclusiva competencia del juez o del perito.

El estudio del testimonio se divide en tres partes:

- a).- Los requisitos previos a la recepción del testimonio;
- b).- El testimonio, propiamente dicho.
- c).- Requisitos de comprobación del testimonio.

por lo respecta a los requisitos previos a la recepción del testimonio, estos son:

⁵³ Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato

1.- El testimonio debe recibirse de una manera singular, por lo que los testigos deben ser examinados por separado, de acuerdo al Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, en su artículo 234.

2.- Antes de que el testigo comience a declarar, se le instruye sobre las penas que el Código Penal establece para que los testigos se producen con falsedad o se nieguen a declarar inmediatamente después se le toma la protesta de decir verdad, según el artículo 235 del aludido Código.

En lo que se refiere al testimonio dicho testigo dicho por el testigo. Se hace de viva voz y principia con la fijación del que depone, así como de sus vínculos de parentesco, amistad o cualquier otro y los motivos de odio o rencor que tuviere con los sujetos del delito.

En cuanto a los requisitos de comprobación del testimonio, son todos aquellos que tienen por objeto dejar sentado, en la forma más fiel lo dicho por el testigo, en primer lugar tenemos el levantamiento de una acta en la que se asientan las declaraciones de los testigos procurando redactarla con claridad y usando hasta donde sea posible, las mismas palabras empleadas por el testigo, según el artículo 238 del aludido Código. Al terminar la diligencia "se leerá al testigo su declaración, para que la ratifique o la enmiende, en seguida al testigo su declaración o lo hará por el, la persona que legalmente lo acompañe, según el artículo 242 del Código ya mencionado.

En cuanto al valor probatorio del testimonio el artículo 277 del multicitado Código, establece: "para apreciar la declaración de su testigo, el Tribunal tendrá en consideración:

I.- Que por su edad, capacidad e instrucción tenga el criterio necesario para juzgar del acto;

II.- Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales tenga completa imparcialidad:

III.- Que el hecho de que se trata sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones o referencia de otro;

IV.- Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales;

V.- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o por miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno.

El apremio judicial no reputará fuerza.⁵⁴

El Careo

Este se considera un medio perfeccionador del testimonio. El careo puede revestir tres formas:

⁵⁴ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato

- 1.- Careo Procesal o real
- 2.- Careo Supletorio, y
- 3.- Careo Constitucional

El careo procesal o real, es una diligencia que consiste en poner cara a cara a dos personas que discrepan en sus declaraciones para que las sostengan o las modifiquen. Esta contemplado por nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato en su artículo 253.

Con el careo se intenta lograr mayor precisión y la versión de los testigos y declaraciones no hay diferencias que provoquen confusiones no es menester la verificación del careo real.

Se puede afirmar que el careo procesal exige los elementos siguientes: Que existan dos declaraciones, que esas declaraciones contengan discrepancias en relación una de la otra, y que los autores de las declaraciones sean puestos cara a cara para que sostengan o modifiquen su dicho.

En este careo procesal se hace necesario distinguir dos momentos:

- a).- El que se refiere a lo que se hace necesario distinguir dos momentos;
- b).- El que se refiere a lo que el careo tiene de prueba directa para el juez,

En lo que se refiere al primer momento se puede afirmar que el careo lleva en el fondo un testimonio que se va purificando en forma dialéctica. La dialéctica consiste en ir buscando la verdad a través de un dialogo lleno de afirmaciones y negaciones y en el careo los testimonios de los careados van precisándose en esa forma.

Con respecto al segundo momento al careo tiene una importancia directa para el juez, que observando las dudas, reticencias, etc., de los careados puede determinar quien dice la verdad.

En cuanto al valor probatorio del careo procesal, este debe fincarse sobre el testimonio y sobre la apreciación directa que el juez hace de los careados.

La práctica del careo procesal reviste ciertos requisitos:

- 1.- Que se practique durante el período instructivo.
- 2.- Que el careo se realice de manera singular, o en otras palabras en cada diligencia solo pueden ser careados un testigo con otro; es decir, un testigo con el procesado o un testigo con el ofendido; o dos procesados.
- 3.- Que se dé lectura a las declaraciones de las personas que se carean.
- 4.- Que se señalan los puntos en que se discrepan las declaraciones; y
- 5.- Que se deja a los careados discutir.⁵⁵

⁵⁵ Rivera Silva Manuel, *Ibidem* p 254

En lo que se refiere al careo constitucional no posee ninguna de las raíces del careo procesal, no tiene compromisos con el testimonio, ni con algún medio probatorio, es un derecho concedido al inculpado para que, como dice la suprema corte de justicia, “ el reo vea y conozca las personas que declaran en su contra para que no se puedan formar artificialmente testimonios, en su perjuicio, y para darle ocasión de hacerles las preguntas que estime pertinentes a su defensa”. El careo constitucional tiene su fundamento en la fracción IV, del artículo 20 de la Constitución General de la República, en este careo el único requisito que se solicita es el testimonio condenatorio de alguna persona, como se infiere del precepto en cita, que a la letra dice: “siempre que lo solicite será careado en presencia del juez con quines deponga en su contra.”⁵⁶

La confrontación.

La confrontación al igual que el careo, se presenta como un medio directo de prueba tendiente a ilustrar sobre la verdad de una declaración, es un medio perfeccionador del testimonio.

La confrontación aparece “cuando el declarante asegure conocer a una persona y haya motivo para sospechar que no la conoce”, en atención a lo dispuesto por el Código de Procedimientos Penales, en su artículo 247 párrafo segundo.⁵⁷

⁵⁶ Ibidem p 258

⁵⁷ Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato

En este caso el juez, como en la inspección judicial, tratará de contemplar directamente algo: la forma en que se conduce el testigo, para de ella inferir la veracidad de su dicho.

Es importante señalar que en la confrontación se deben tomar en cuenta los últimos adelantos de la ciencia psicológica, pues se ha dado con frecuencia que muchos individuos, por ciertas anomalías, creen haber contemplado lo que no han visto y por el contrario otros borran inmediatamente de su cerebro la fotografía que la percibió grabó.

La práctica de la confrontación esta cuidadosamente reglamentada en la ley. Para esta diligencia se presentan varias personas acompañando al que se debe confrontar, debiéndose tener cuidado de que todas ellas se ofrezcan el mayor número de semejanzas posibles. Esto tiene por objeto que la confrontación, de resultados eficaces, gracias a que se reconozca y no se señale a una persona que no se conoce, pero del cual se tienen ciertos datos.

Al respecto nuestro Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato en su artículo 248 , exige que al practicar la diligencia se cumplan con ciertos requisitos y a la letra dice: Al practicar la confrontación cuidará de:

I.- Que la persona que sea objeto de ella, no se disfrace, ni borre las huellas o señales que puedan servir al que tiene que designársela;

II.- Que aquellas se presente acompañada de otros individuos vestidos con ropas semejantes y aun con las mismas señas que las del confrontado, si fuere posible; y

III.- Que los individuos que acompañen a la persona que va a confrontarse sean de clase análoga, atendidas su educación, modales y circunstancias especiales.⁵⁸

La confrontación, en cuanto testimonio, principia con la protesta. Después se interroga al confrontador sobre si persiste en su declaración anterior, de las circunstancias en que se conoció a la persona a la que le atribuye el hecho y si después de la ejecución lo ha visto. Acto continuo se conduce al declarante frente a las personas escogidas para las diligencias y se le previene que toque con la mano a la que se refiere en su declaración, a la vez que manifieste las diligencias y semejanzas que advertía entre el estado actual que presenta esa persona y el que tenía en la época a que se refiere su declaración.

Los Documentos

Estos pueden ser: públicos y privados.

Documento; desde el punto de vista jurídico, es el objeto material en el cual, por escritura o gráficamente consta o se significa un hecho.

En base a lo anterior, el documento consta de dos elementos a saber; el objeto material y el significado, el objeto es el instrumento material en el que

⁵⁸ Ibidem

consta la escritura o a las figuras y el significado es el sentido de esa escritura o las figuras, o mejor dicho, la idea que expresan.

En el documento deben distinguirse las diversas formas con las cuales se puede presentar en el proceso.

- Como medio de pruebas
- Como constancia de otro medio probatorio, y
- Como instrumento de prueba

Como medio de prueba.- el documento se ofrece como medio de prueba cuando en el proceso obra para que se atienda exclusivamente a su significado.

Como constancia de otro medio probatorio.- en estos casos, el documento nada más sirve para hacer constar el contenido de otro medio probatorio, como por ejemplo; el dictamen de peritos en el que por medio de la escritura se hace constar las consideraciones y conclusiones a que lleguen los peritos.

Como instrumento de prueba.- Cuando el documento se presenten como instrumento de prueba actúa como una cosa a la que se deba referirse o recaer otro medio probatorio, por ejemplo; cuando se presentan un documento que se dice falsificado, el documento, es un instrumento del que se debe acreditar su falsedad y autenticidad.

- Documentos Públicos.- La calidad de públicos se demuestran por la existencia regular, sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que en su caso, prevengan las leyes.⁵⁹

El artículo 269 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, señala que son documentos públicos los que señale como tales el Código de Procedimientos Civiles o cualquier otra ley.⁶⁰

- Documentos privados.- Los documentos privados pueden definirse por exclusión y son todos aquellos que no reúne las características de la autoridad, no son públicos.

Una vez fijado el concepto de la prueba documental, pasamos al estudio del valor de la prueba.

Según nuestra legislación, en los que se refiere a los documentos públicos hacen prueba plena.

Específicamente en lo que se refiere a nuestro código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, en su artículo 268, establece: “Los documentos públicos harán prueba plena, salvo el derecho para reargüirlos de

⁵⁹ Rivera Silva Manuel, pag 223

⁶⁰ Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato

falsedad y para pedir el cotejo con los protocolos o con los originales existentes en los archivos.

Los documentos privados hacen prueba plena contra su autor, siempre y cuando fueren judicialmente reconocidos por el o nos los hubiere objetado.

2.4. ETAPA DEL JUICIO

Una vez ofrecidas y desahogadas las pruebas por las partes y practicadas las diligencias ordenadas por el juez; cuando este considere que ya se llevaron a cabo todas las diligencias necesarias para el conocimiento de la conducta o hecho y del probable autor de delito, dicta un auto declarando agotada la instrucción.⁶¹

En el artículo 141 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, se indica: "Cuando el Tribunal considere agotada la averiguación previa, mandará poner el proceso a la vista del Ministerio Público por tres días y por otros tres a la del acusado y su defensor, para que promuevan las pruebas que estime pertinentes y que puedan practicarse dentro del los quince días siguientes al en que se notifique el auto que recaiga la solicitud de la prueba".

Transcurridos o renunciados los plazos a que se refiere este artículo o si no se hubiere promovido prueba el Tribunal, de oficio, declarara cerrada la instrucción.

⁶¹ Colín Sánchez Guillermo, *Ibidem* p. 550

Esta declaración judicial produce el surgimiento de la tercera etapa del Procedimiento Penal: "El Juicio".

Una vez, cerrada la instrucción se da vista a las partes para que formulen sus conclusiones.

2.5. CONCLUSIONES

Gramaticalmente la palabra conclusión, procede del verbo *concluir*, o sea, llegar a determinado resultado o resolución; por eso desde el punto de vista jurídico; las conclusiones son actos procedimentales realizados por el Agente del Ministerio Público y después por el defensor, con el propósito en algunos casos de establecer las bases sobre las que versará la Audiencia Final, y en otros, para que el Agente del Ministerio Público fundamente su pedimento.

Respecto al momento procedimental en que deben formularse las conclusiones. Atendiendo lo dispuesto por nuestra Legislación Mexicana, se formularán una vez cerrada la instrucción.

En el Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, en su artículo 279, se indica: "Cerrada la instrucción se mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público por diez días para que formule sus conclusiones por

escrito. Si el expediente excediere a 200 fojas, por cada 100 de exceso o de fracción de aumentará un día al plazo señalado sin que nunca sea mayor de 30 días hábiles”, y en cuanto al procesado o al defensor se ordena:”Las conclusiones acusatorias, ya sean formuladas por el Agente o por el Procurador, en su caso, se darán a conocer al acusado y a su defensor, dándoles vista de todo el proceso, a fin de que en un término igual al que opera para el Ministerio Público señala el artículo 279, contesten el escrito de acusación y formulen a su vez, las conclusiones que crean procedentes. Cuando los acusados fueren varios el término será común para todos”, en atención a lo dispuesto por el artículo 284 del Código en mención.⁶²

Conclusiones del Ministerio Público

En cuanto a las conclusiones del Ministerio Público, estas se clasifican: acusatorias y no acusatorias.

1.- Son acusatorias: Cuando de la exposición fundamentada jurídica y doctrinariamente, el Agente del ministerio Público señala la conducta o hechos delictuosos por los que precisa su acusación, el grado de responsabilidad del acusado, la pena aplicable, la reparación del daño y las demás sanciones previstas en el código adjetivo correspondiente.

2.- Son conclusiones no acusatorias, la exposición fundada jurídica y doctrinariamente de los elementos instructorios del procedimiento en los que se apoya el agente del Ministerio Público para fijar su posición legal, justificando la no

⁶² Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato

acusación al procesado y la libertad del mismo, ya sea por que el delito no haya existido, o existiendo, no le sea imputable, o porque se de a favor de alguna causa de exclusión, o en los casos de amnistía caducidad o perdón y consentimiento del ofendido.⁶³

En cuanto a la forma y contenido de dichas conclusiones, las conclusiones del ministerio Público se sujetarán a lo dispuesto en la legislación, a cierta forma y contenido, el cual puede variar en algunos aspectos, según sean sus conclusiones; acusatorias o no acusatorias.

Desde el punto de vista formal, están sujetas a estos requisitos serán presentadas en forma escrita, se señalará en el pliego que las contenga el proceso a que se refieren, el juez a quien se dirigen, el nombre del acusado, una exposición de los hechos, los preceptos legales aplicables, los puntos concretos a que se llegue, y la fecha y firma del agente del Ministerio Público.

En cuanto al contenido, satisfacerán las siguientes exigencias: una exposición sucinta y metódica de los hechos, un estudio jurídico y doctrinal de los medios de prueba que obren en el expediente, relacionándolos con los acontecimientos y con la personalidad del acusado; las proposiciones sobre las cuestiones de derecho, que surjan de los hechos, con su fundamentación jurídica; y el pedimento, en concreto.

⁶³ Cólín Sánchez Guillermo, *Ibidem* p 557

En cuanto a los efectos de las conclusiones, la presentación de conclusiones del agente del Ministerio Público, ya sean acusatorias o no acusatorias, producen consecuencias jurídicas inmediatas.⁶⁴

Al respecto nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, en su artículo 282, establece: “Si las conclusiones fueren de no acusación; si en la formuladas no se comprendiere algún delito que resulte probado de la instrucción; si fueren contrarias a las constancias procesales, o si en ellas no se cumpliere con lo dispuesto en el artículo 281, el Tribunal las enviará, con el proceso, al Procurador General de Justicia, señalando cual es la omisión o contradicción, si estas fueren el motivo del envío”

A su vez en el artículo 238, del aludido Código, establece: “El procurador General de Justicia oirá al parecer de los agentes auxiliares, y dentro de los quince días siguientes al de la fecha en que se hayan recibido el proceso, resolverá si son de confirmarse, revocarse o modificarse las conclusiones.

Sin embargo cuando las conclusiones acusatorias no se encuentren sujetas a sufrir modificaciones, producen los efectos inmediatos siguientes: el juez deberá en este caso, dictar una auto declarándose definitivas, siendo posible modificarlas solo por causas supervenientes y en beneficio del acusado; fijan los hechos, sobre

⁶⁴ Ibidem

los cuales versará la audiencia final; provocan que el auto en cuestión, se ordene dar vista, con las mismas, al procesado y al defensor y que en principio a correr el término señalado a la defensa para formular sus conclusiones.

Tratándose de conclusiones no acusatorias, también se remitirán al procurador de Justicia; después de confirmadas producen los efectos jurídicos siguientes: el sobreseimiento de la causa, y la inmediata libertad del procesado.

Conclusiones del Procesado

En cuanto a las conclusiones del procesado, por si o por conducto de su defensor. Estas conclusiones acusatorias del Ministerio Público, porque, si este no ha presentado acusación, no tendría sentido que aquel solicitará la inculpabilidad de quien no ha sido acusado, o la disminución de una pena no solicitada.⁶⁵

En cuanto a la calificación de las conclusiones, en mención, las conclusiones del defensor, se clasifican: en provisionales y definitivas.

Se considera esta distinción, porque aun ya aceptadas a través del auto respectivo, pueden ser reiteradas, o bien, sufrir modificación, hasta antes de que se declare "visto" el proceso.

⁶⁵ Colín Sánchez Guillermo, *Ibidem* p 558

En el Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, no esta prevista esta situación y solo se dice: "Si al concluirse el término concedido al acusado y a su defensor no hubieren presentado conclusiones, se tendrá por formuladas las de inculpabilidad."

En razón de la naturaleza y fines de defensa, en la práctica, el defensor siempre solicita a través de sus conclusiones se exculpe a su defensor, apoyándose en las pruebas que han sido aportadas por el; y tal vez en muchas ocasiones en la aportadas por el Agente del Ministerio Público, o en otras diligencias desahogadas a iniciativa del juez; de esa justificación o de cualquiera otra eximente; o bien, la exculpación del sujeto, por falta de elementos necesarios, según su razonamiento para tener por comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Si el defensor particular, de oficio, o el acusado no formulan conclusiones en el término establecido en la ley se tendrán por formuladas las de inculpabilidad, independientemente de que puedan presentarlas, hasta antes de ser declarado: "Visto el Proceso".

En cuanto a los efectos de las mismas conclusiones, los efectos jurídicos de las conclusiones del procesado son: fijar los actos de defensa sobre los que versará la audiencia final de primera instancia; y da lugar a un auto señalado el día

y hora para la celebración de la “Vista”, la cual, debe llevarse a cabo dentro del término de 5 días.

2.6. Audiencia Final de Primera Instancia

En el procedimiento ordinario, una vez aceptadas las conclusiones de las “partes”, como definitivas, el acto procesal siguiente es “la celebración de la audiencia final de primera instancia, también llamada: vista de partes, audiencia o debate.

La palabra “vista”, según lo indica la Enciclopedia Espasa-Calpe: “Es la actuación en que se relaciona ante el Tribunal con citación de partes, un juicio o un incidente para dictar el fallo, oyendo a los defensores o interesados que a ella ocurran”.

En el Diccionario razonado de la legislación y jurisprudencia, Joaquín Escriche, indica: “Vista es el reconocimiento primero que se hace ante el juez o Tribunal con relación a los autos, y defensas de las partes para la sentencia.

El término “audiencia” viene del latín audiencia: acto de oír o hacerse oír; por lo mismo, en el ámbito jurídico equivale al momento procedimental o tiempo desatinado a la celebración de una diligencia, en que las “partes” se hacen escuchar ante el juez.

“Debate”, es toda controversia o contienda de palabra entre dos o más personas sobre algún aspecto o cosa.

En lo que se refiere específicamente a “Audiencia Final de Primera Instancia” esta se considera como: la diligencia efectuada en la tercera etapa del procedimiento penal, entre los sujetos de la relación jurídica para que las “partes”, presenten pruebas, en su caso, y reproduzcan verbalmente sus conclusiones, lo cual, permitirá al juez a través del juicio, y atendiendo los fines específicos del proceso penal, la pretensión punitiva.

Para la celebración de la audiencia final de primera instancia, hace falta haber llevado a cabo los actos preparatorios ya mencionados, es decir, las conclusiones.

Al respecto, en el artículo 293 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, se indica: “El mismo día en que el inculpado o su defensor presenten sus conclusiones, o en el momento en que se haga la declaración a que se refiere el artículo 285, se citará a una audiencia que deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes, la citación para esa audiencia produce los efectos de citación para sentencia.

En los casos de la competencia del jurado Popular, formuladas las conclusiones del Ministerio Público y de la defensa el Tribunal que conozca del

Proceso señalará día y hora para la celebración del juicio, dentro de los 15 días siguientes, ordenará la insaculación y sorteo de los jurados. Artículo 296 del múlticitado Código.

En cuanto a la forma de llevar a cabo la audiencia final de primera instancia, en el artículo 294 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, se indica: “En la audiencia se podrá interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio, el juez, el Ministerio Público, y la defensa podrá repetir las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible a juicio del Tribunal y si no hubieren sido solicitadas por las partes a más tardar al día siguiente al en que se notificó el auto citado para la sentencia, los alegatos de las mismas se declarará visto el proceso, con lo que terminará la diligencia.

Contra la Resolución que niegue o admita la repetición de las diligencias de prueba, no procede recurso alguno.⁶⁶

⁶⁶ Código de Procedimientos Penales

CAPITULO III

LA SENTENCIA

3.1. GENERALIDADES

Al hablar de sentencia, hablamos del fin del proceso. Es la Resolución Judicial por medio de la cual se resuelve la cuestión planteada, resuelve el fondo del negocio. Pero no todas las resoluciones son sentencias también los autos. Las primeras terminan la instancia resolviendo el asunto principal y los autos, cualquier otro caso.⁶⁷

3.2. CONCEPTO

Muchos son los conceptos que se señalan los dogmáticos del derecho penal, aunque todos tengan por característica el fin del proceso penal. Nos señala el Diccionario para Juristas que es “la declaración del juicio y Resolución del Juez”.⁶⁸ El maestro Carrara dice “ que es un dictamen dado por el juez acerca del delito a cuyo conocimiento ha sido llamado”. Etimológicamente proviene del del latín *sententia* que significa dictamen o parecer, Pallares nos señala “ Sentencia es el acto Jurisdiccional por medio del cual el juez resuelve las cuestiones

⁶⁷ Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato

⁶⁸ PALLARES EDUARDO, DICCIONARIO PROCESAL CIVIL, 24ª ed. Ed. Porrúa, 1998 p.725

principales materia del juicio o las incidentales que hayan surgido durante el proceso.⁶⁹

3.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SENTENCIA PENAL

Existe conformidad de los jurisconsultos en que la sentencia es un acto procesal, en donde el ejercicio de la función jurisdiccional, una autoridad competente, adecua la ley de la materia penal para juzgar un hecho considerado delito.

Couture, señala a la sentencia desde tres puntos de vista como un hecho jurídico, como un acto jurídico o como un documento. Como hecho jurídico el dogmático penal a las diferentes actividades materiales e intelectuales del juez que concluyen en la resolución de la sentencia, aunque cabe mencionar que la diferencia entre considerar a la sentencia como un hecho y un acto jurídico solamente encontramos una sutil diferencia ya que el acto es el mismo tiempo un hecho jurídico de modo que no se pueden excluir uno del otro ya que de lo contrario se desnaturalizaría; la naturaleza de la sentencia como documento nos señala Couture radica la actuación judicial en donde se cumplen con los requisitos formales.⁷⁰

⁶⁹ Ibidem p.725

⁷⁰ Op.Cit 725

Dentro de la dogmática penal existen diversos autores de la materia que consideran a la sentencia como un hecho jurídico, si bien es cierto como nos comenta Colín Sánchez es un acto procesal y al mismo tiempo un hecho jurídico que consecuentemente no se pueden separar.

3.4. ELEMENTOS DE LA SENTENCIA

Dentro de la sentencia encontramos dos elementos importantes: elemento volitivo y lógico. El elemento volitivo es la manifestación soberana del Estado que tiene que cumplirse, el segundo elemento; el lógico son los razonamientos legales que expresa la voluntad del Estado basados en la apreciación lógica y jurídico de los hechos.⁷¹

3.5 REQUISITOS DE LA SENTENCIA

3.5.1 Requisitos formales

Son los requisitos que la ley exige, deberá contener el lugar y la fecha en que se dicten y los generales del reo, la autoridad expondrá los hechos resultantes en el proceso, así como sus consideraciones jurídicas y consecuentemente la declaración de la condenación o absolución. De manera formal a lo antes

⁷¹ GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE, Principio de Derecho Procesal Penal Mexicano, 18ª ed. Ed. Porrúa, México 2001, p.203

mencionado se le denomina como resultado o considerandos y a los puntos resolutivos se le llama proposiciones. En nuestra ley adjetiva nos establece en su artículo 89, en donde nos señala, las sentencias contendrán ⁷²:

- I.- El lugar en que se pronuncien;
- II.- La designación del tribunal que las dicte;
- III.- Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, su edad, su estado civil, su residencia o domicilio, y su ocupación, oficio o profesión;
- IV.- un extracto breve de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutivos de la sentencia, evitando la reproducción innecesaria de constancias;
- V.- Las consideraciones y los fundamentos legales de la sentencia; y
- VI.- La condenación o absolución que proceda, y los demás puntos resolutivos correspondientes.

3.5.2. Requisitos de fondo

Los requisitos de fondo son aquellos que debe cumplir el acto mismo de dictar sentencia, dentro de estos encontramos:

⁷² Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato

A. La estricta sujeción legal, ya que la sentencia deberá someterse de manera igual rigurosa a la ley, este requisito se deriva de los principios *nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege*;

B. Otro de los requisitos de fondo es la decisión categórica del juez, es decir de manera definitiva se deberá condenar o absolver al reo este se deriva del artículo 23 constitucional en donde se establece que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito;

C. También es un requisito de fondo el expresar de manera exacta la pena que se merece el reo de acuerdo a las sanciones que se le atribuyan al delito;

D. La congruencia, este requisito se refiere a que la autoridad no puede juzgar por un delito o delitos diferentes a los que se señalaron en el auto de formal prisión así como también la resolución deberá estar dentro de las conclusiones que haya presentado el Agente del Ministerio Público, es decir es relacionar el hecho con el derecho; y

E. Las sentencias deberán ser claras y precisas, este requisito se refiere a la parte resolutive, las proposiciones deberán ser explicativas para que la materia ejecutable se lleve a cabo sin confusión alguna. Cuando no existe claridad se presenta la oscuridad, ambigüedad o la contradicción de la sentencia para lo cual existen medios por los cuales se puede recurrir la resolución.

3.6 CLASIFICACIÓN

Las sentencias se clasifican de acuerdo a su fin, condenatorias y absolutorias; por su función en el proceso pueden ser interlocutorias y definitivas; por su impugnabilidad la sentencia podría ser definitiva o firme.

3.6.1. Sentencia Condenatoria y Absolutorias

Se habla de una sentencia condenatoria cuando la existencia del delito y la responsabilidad del agente se encuentra plenamente comprobados, dentro de estas sentencias se establecen no solamente cuestiones jurídicas sino también una convicción razonada por parte del juez los efectos de la sentencia condenatoria será tanto para el procedimiento penal. En lo relativo a los efectos que se producen con la sentencia condenatoria en el procedimiento es que se concluye con la primera instancia y probablemente se iniciara con la segunda cuando se interpone algún recurso en contra de la resolución judicial; en lo referente a la relación procesal se establecen deberes para la autoridad y derechos y obligaciones para el sentenciado y su defensor.⁷³

En cuanto a la sentencia absolutoria podemos decir que esta se fundamenta en la falta de pruebas para la comprobación del delito o bien en no

⁷³ COLIN SÁNCHEZ, GUILLERMO, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 9ª ed. Ed. Porrúa, México, 1985, p94

poder establecer la responsabilidad del acusado. La sentencia absolutoria al igual que la condenatoria produce ciertos efectos en el procedimiento y en los sujetos e la relación procesal en el asunto.

3.6.2 Interlocutorias y definitivas

las sentencias interlocutorias son aquellas que se dictan en el transcurso del proceso ya que estas se pronuncian entre el principio y el fin del juicio; la palabra interlocutoria proviene del latín *Inter* y *locutio* que significa decisión intermediaria; son sentencias que no resuelven el fondo de la controversia únicamente deciden una cuestión accesoria del proceso, se dice que tiene un carácter incidental.(incidentes, juicios pequeños accesorios al juicio principal)

Las sentencias definitivas a diferencia de las interlocutorias son las que se resuelven de manera integral a l acusado, este tipo de sentencias deben regirse no solamente por el orden jurídico sino también en base de una interferencia lógica, es decir la autoridad pronuncia su decisión tomando como fundamento un razonamiento lógico jurídico.

3.6.3 Sentencias Irrevocables

Una vez que la autoridad ha dictado su fallo ya sea condenatoria o absolutoria dicha autoridad no esta facultada para modificar, o adicionar la

sentencia que emitió por lo que nos encontramos ante una sentencia irrevocable cuando la sentencia definitiva cause ejecutoria; es decir se procedió a su ejecución, o bien una vez que la autoridad competente establece la resolución y esta se admitió de manera expresa se reconoce como una resolución inapelable, también será irrevocable cuando el tribunal en Primera Instancia califiquen que el recurso interpuesto no procede puesto que no se interpuso en el término que la ley establece, o bien que no exista recurso alguno para revocar dicha resolución, por lo que inevitablemente causa ejecutoria, dando como resultado una sentencia irrevocable.

Dentro de las sentencias irrevocables se habla de cosa juzgada este tecnicismo jurídico se refiere que una vez emitido el fallo por el tribunal competente se eleva a verdad legal, cosa juzgada por lo que se garantiza que no puede ser impugnada; la cosa juzgada le da a la sentencia un carácter irrevocable.

En el artículo 348 del Código de Procedimientos Penales del Estado nos establece " Son irrevocables y causan ejecutoria":

I.- Las sentencias pronunciadas en primera instancia cuando se hayan consentido expresamente , o cuando no se hayan recurrido el término que la ley señala para interponer algún recurso, no se haya interpuesto, y

II.- las sentencias contra las cuales no dé la ley recurso alguno”.⁷⁴

3.7. ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA

Las sentencias como ya se menciono tienen como característica que dan fin al proceso,

ante la autoridad jurisdiccional para imponer al procesado una sanción por un hecho evaluado como delito sin embargo en nuestro sistema jurídico penal mexicano se establecen medios de impugnación para recurrir dichas resoluciones, así como para aclararlas.

Como se menciono anteriormente la sentencia deberá emitirse de manera clara, ya que la claridad es un requisito indispensable de la resolución del juez, y cuando dicho requisito se omite procederá el recurso específico siendo el de aclaración de las sentencias.

El recurso de aclaración es la competencia del juez que conoció del asunto este solo procederá contra de las sentencias definitivas, su objeto es el de corregir alguna ambigüedad, vaguedad, oscuridad o cualquier otra contradicción que exista en la resolución que se emitió.

⁷⁴ Ibidem p. 254

En nuestra Ley Adjetiva nos establece, en el Capítulo IV, en los artículos 339 al artículo 347 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.

3.8. RECURSOS

La segunda Instancia comienza a partir de lo que llaman recursos, que no son más que los llamados medios de impugnación.

Estos medios de impugnación, son actos procesales llevados a cabo por las partes para poder combatir actos o resoluciones del juez.⁷⁵

Es de lo que precisamente nos habla la Teoría de la Impugnación, de los medios jurídicos que la ley concede a las partes, para combatir actos o resoluciones judiciales incluyendo la cosa juzgada. Estos son tres de los incidentes que causan nulidad, los impugnativos y los recursos.

De los medios de impugnación a tratar en este apartado son los recursos; son medios de impugnación que combaten resoluciones dictadas en el curso del proceso o ya en la sentencia definitiva, y tienen por finalidad la de anular, modificar o revocar las anomalías que se encuentran en los actos y en la

⁷⁵ CAMARENA GARCIA RAMON, Derecho Procesal Civil, catedra impartida el 11 de febrero del 2000

resolución judicial, en los que se aplico las leyes en perjuicio de alguna de las partes.

Cabe señalar que todos los recursos son medios de impugnación, pero no todos los medios de impugnación son recursos, y el medio de impugnación por excelencia es el Juicio de Amparo (no es considerado recurso, sino como proceso). Dentro de nuestra Ley Adjetiva se establecen que los recursos a través de los cuales se puede recurrir las decisiones del juez.

Nuestra ley adjetiva establece los recursos a través de los cuales se pueden recurrir las decisiones del juez tales como e l recurso de revocación, apelación y el de denegada apelación.

3.8.1 Recurso de revocación

El recurso de revocación lo define Colín Sánchez como un medio de impugnación ordinario, instituido para las resoluciones judiciales (autos) en contra de los cuales no procede o no están instruido el recurso de apelación cuyo objeto es que el Juez o los Magistrados integrantes de la sala del Tribunal superior de Justicia correspondiente que las dicto, las prive de sus efectos, en todo o en parte o la sustituya por otra;⁷⁶ otra definición no dice que es un recurso concedido en

⁷⁶ Colin Op. Cit p. 646

contra de las resoluciones que no admiten apelación con la finalidad que la resolución se modifica o revoque.

La naturaleza jurídica del recurso de revocación radica en que es un recurso ordinario, es no devolutivo por que es resuelto por un solo órgano jurisdiccional, desde el punto de vista procesal se dice que es incidental porque únicamente resuelve cuestiones internas.

Tiene como objeto el auto en contra del cual se interpone, este recurso en primer termino se interpondrá ante el órgano jurisdiccional que emite la resolución impugnada, ya que es de su competencia el modificar (parcialmente la sentencia de primera instancia, varias uno o alguno de los puntos de la resolución combatida), confirmar (ratificar el criterio del juzgador, inferior por ende o apegado a derecho, la rectificación del fallo impugnado, reexaminar lo dictado por el juez) o revocar(dejar sin efectos lo dictado por el Juez)⁷⁷ su propia resolución y solo se puede revocar lo que no es apelable, las resoluciones de segunda instancia también podrán revocarse ya que estas resoluciones de segunda instancia también podrán revocarse ya que estas resoluciones en no son apelables, este recurso también se le reconoce como reposición, el recurso se interpone en el momento de la notificación o bien dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes y de acuerdo al Código de Procedimientos Penales de Guanajuato se resolverá de plano sin señalarse plazo para dictar solución en caso contrario cita a las partes a

⁷⁷ Camarena Op. Cit

una audiencia con el objeto de escuchar a las partes y resolver en un plazo de cuarenta y ocho horas.

3.8.2. Apelación

El recurso de apelación, es un recurso ordinario y vertical, proviene de la voz latino *apellatio* que significa reclamar, tiene como objeto el someter a la decisión de un tribunal superior (*ad quem*) una cuestión ya resuelta en primera instancia (*aquo*), es decir el objeto es la resolución apelada. Es un recurso en contra de resoluciones dictadas en una primera instancia; con el objeto de modificar o revocar una sentencia.

La apelación es un recurso que tiene como particularidad el de someter a la competencia de un juez superior llamado *a quo*. La interposición de la apelación puede llevarse a cabo por cualquiera de las partes es decir el Ministerio Público, el inculcado al igual que los defensores; el objeto de la apelación será la resolución judicial o por alguna violación a las formalidades esenciales del procedimiento como consecuencia de una abstención. La interposición del recurso de apelación tiene que hacerse ante la misma autoridad judicial que pronuncio la resolución impugnada por parte legítima y en el término que la ley dispone.

La dinámica que se lleva a cabo para el procedimiento del recurso de apelación se determina de acuerdo a la forma en que fue admitida la apelación ya

que esta se puede admitir en dos efectos; efecto devolutivo y el suspensivo llamado también devolutivo suspensivo o en ambos efectos.

Cuando se admite la apelación en efecto devolutivo las actuaciones del juez *a quo* continúan teniendo validez hasta que la *ad quem* emita una resolución en contrario, en efecto devolutivo o por comparecencia dentro de los tres días siguientes al acto de notificación.

Los actos de autoridad que son apelables en efecto devolutivo de acuerdo al artículo 355 del Código adjetivo en la materia son:

1. Las sentencias definitivas que absuelven al acusado,
2. Los autos en que se decreten el sobreseimiento en los casos de las fracciones II a VII del artículo 286 y aquel, en que se niegue el sobreseimiento,
3. Los autos en el que se niegue o conceda la suspensión del procedimiento judicial, los que concedan o nieguen la acumulación de autos y los que se decreten la separación de autos.
4. Los autos de formal prisión los de sujeción al proceso y los de falta de elementos para procesar.
5. Los autos en que se conceda niegue la libertad provisional bajo caución, los que conceda o nieguen libertad por desvanecimientos de datos y los que resuelven algún incidente no especificado.

6. El auto en que se niegue la orden de aprehensión y que niegue la citación para preparatoria. Estos autos solo son apelables por el Ministerio Público;

7. Los autos que un tribunal se niegue a declarar su incompetencia por declinatoria, o a librar oficio inhibitorio a que se refiere el artículo 424 y

8. Las demás resoluciones que señala la ley.⁷⁸

La apelación cuando es admitida en ambos efectos provoca que el proceso del *a quo* se suspenda hasta que resuelva el recurso el juez *ad quem*; siendo apelables en efecto suspensivo las sentencias definitivas en que se imponga una sanción, es decir todas aquellas sentencias que tienen un carácter de condenatorias; cuando se trate de apelar este tipo de resoluciones se tiene un término de cinco días para su interposición, y cuando se trata de sentencias definitivas en primera instancia se le hará conocer el término para interponer el recurso de apelación.

3.8.3 Denegada Apelación

La denegada apelación es un recurso ordinario que procede cuando la apelación se haya negado, teniendo como fin que se admita la apelación; se le considera como un recurso ordinario y devolutivo. La denegada apelación se

⁷⁸ Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato

puede interponer de manera verbal o por escrito, en un término de tres días posteriores al de notificación de la resolución en la cual se negó la apelación, el juez *a quo* no puede calificar la denegada apelación así que la admite de plano teniendo un término de tres días, según el Código Adjetivo de Guanajuato, para expedir un certificado de constancias ante el *ad quem* en un término de tres días contados a partir del momento en que se le entrego, en cambio lo que procedería si se estuviera en lugar distinto en donde se interpone a donde se va a presentar el juez de primera instancia dará un término de acuerdo al caso pero este termino no debe exceder de los diez días y si no se llegara a presentar en el término que se estableció se declara desierto el recurso, y de oficio se le notificara al juez *a quo*, al juez *ad quem* le corresponde radicar la apelación y citar para la sentencia que se dictara en un término de cinco días.

3.9. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

La ejecución de la sentencia constituye el último período del procedimiento, consiste en diversos actos de ejecución para que esta se cumpla o se aplique de manera correcta. La ejecución de la sentencia en materia penal le corresponde al ejecutivo del Estado quien es el que determina el lugar en el cual se cumplirá la pena cuando se trate de pena corporal, es decir la sentencia es irrevocable, el tribunal tiene la obligación de remitir una copia a la autoridad encargada de la

ejecución de dicha sentencia. El Ministerio Público es un coadyuvante para practicar las diligencias necesarias para que la sentencia se cumpla.

3.9.1 Condena Condicional

A través de la condena condicional se suspenden la ejecución de la pena privativa de libertad advirtiéndole que el sentenciado no vuelva a delinquir ya que si llegara a cometer un delito se le hará cumplir la pena estipulada, dentro del Código Penal del Estado de Guanajuato en su artículo 105 nos habla que no debe exceder de tres años, así como también el sentenciado no debe tener antecedentes de haber cometido anteriormente un delito, aunque también quien a cometido un delito por segunda vez de manera culposa se le puede estipular la condena condicional, se requiere también que el sujeto haya conservado buena conducta tres años antes de haber cometido el delito así como en el tiempo en el que se llevo a cabo el proceso, el sentenciado deberá comprobar que tiene un modo honesto de vivir y que pago la reparación del daño y multa.

El tribunal de oficio deberá determinar lo relativo a la condena condicional una vez que estableció la sentencia definitiva, si la autoridad llegara a excluir la determinación de la condena condicional las partes pueden requerir que enmiende esta deficiencia de la sentencia.

3.9.2. Libertad Anticipada

Cuando un sujeto se le ha estipulado una pena privativa de libertad y una vez que se haya ejecutado la sentencia es decir que el reo este cumpliendo con la pena señalada y el considera que puede solicitar la libertad antes de concluir con su sentencia; de acuerdo a la condiciones particulares del sentenciado este podrá realizar una solicitud al ejecutivo para que le conceda la libertad anticipada.

El Estado en el que se encuentra el reo cuando se le concede la libertad anticipada es el de un sentenciado y esa calidad termina cuando se cumple con la pena estipulada, ya que una vez concedida la libertad el reo se encuentra bajo una vigilancia especial y se le estipulan ciertas circunstancias especiales para que dándose el caso retorne a la prisión.

La libertad anticipada se gestiona una vez que algún reo este compurgando una pena alternativa y que en consideración a la solicitud que este realice al ejecutivo, este se hará a llegar la información necesaria sobre la conducta que mantuvo el reo durante el periodo de prisión, lo relativo a su peligrosidad, además si existe arrepentimiento por su parte y sobre todo a la conducta que manifieste.

Existen comisiones que son las encargadas de proporcionar la información al ejecutivo, para que este evalúe si concede o no la libertad anticipada; estoas son las llamadas *comisiones unitarias* y están integradas por el Ministerio Público,

el juez o magistrado y el jefe de prisión que intervinieron en el asunto. Cuando el ejecutivo concede la libertad anticipada se e informa de esta decisión al juez es quien otorga el salvo conducto en donde se señala que el reo es merecedor de la libertad, este salvoconducto se le entrega al alcalde dela prisión siempre y cuando este firmado por el secretario de gobierno. La libertad anticipada se podrá revocar cuando el reo cometa un nuevo delito.

3.9.3. Reducción y Substitución de Sanciones

Dentro de este tema se dice que la reducción de las sanciones es una petición que se realiza al ejecutivo cuando existen excepciones sobre inmunidades para nacionales o extranjeros que se establecen en acuerdo o leyes diferentes que se apliquen a la situación personal del reo; las excepciones son los fueros y la inmunidad, están otorgados a ciertas personas para que no se aplique la ley penal aun cuando hayan cometido un delito.

El fuero tiene diversas acepciones, sin embargo la que interesa al tema es el privilegio por determinados tribunales. Algunas de las personas que gozan de fuero son el Gobernador, los Secretarios, el Procurador de Justicia, Diputados Locales, el Presidente Municipal, el Presidente de la República, el Procurador General de la República, Secretarios a nivel Federal, etc.

La inmunidad es uno de los privilegios que se otorga de acuerdo a lo establecido en el Derecho Internacional, es decir es pactada la inmunidad en acuerdos internacionales, esta se otorga a los agentes y ministros diplomáticos quienes no pueden ser sujetos a una ejecución judicial.

3.9.4. Indulto y reconocimiento de la inocencia

El indulto es el perdón que otorga el ejecutivo al condenado cuando se describe su inocencia, esta declaración de inocencia se puede hacer cuando la sentencia se haya basado en pruebas que después se comprobó que son falsas o bien que por medio de documentos públicos se invalido la prueba, cuando se ha condenado por homicidio pero posteriormente se comprueba que el sujeto pasivo continúa con vida, y cuando se juzga doblemente por el mismo delito en proceso diferentes, ya que como se establece el artículo 23 constitucional en donde se consagra el principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.

Dentro del sistema jurídico penal se condena por delito político puede solicitar el indulto, el ejecutivo es quien resuelve esta solicitud de acuerdo con las justificantes presentadas por el reo. En cambio el sentenciado por delito de otra índole presentada su solicitud ante el supremo Tribunal de Justicia, acompañándola de pruebas y fundamentos para solicitar el indulto.

3.9.5. Rehabilitación

La finalidad de rehabilitación del sentenciado es la de restituir la facultad o derecho que se le haya quitado con la imposición de la pena, la rehabilitación se dará una vez que el sentenciado cumplió su pena corporal así como se que haya transcurrido un tercio de la condena de suspensión impuesta si ha observado buena conducta, se deberá solicitar ante la legislatura del Estado, quien resolverá una vez que se de vista a la solicitud de las constancias que se presentaron con la solicitud cuando se cree necesario recabar mayores informes, dicha solicitud se resolverá de plano.

Cuando se ha resuelto la solicitud su resolución se le hará conocer no solamente al interesado sino también al Tribunal que llevo a cabo el Procedimiento Penal correspondiente.

CAPITULO IV

PENOLOGÍA

4.1 PENOLOGIA

4.1.1. GENERALIDADES

Según el autor Eugenio Cuello Calón ⁷⁹, el concepto de penología fue utilizado por primera vez por Francis Lieber, se refería a ella describiéndola como “La rama de la ciencia criminal que trata del castigo del delincuente”, es decir veía en ella el aspecto negativo y castigador propio del Derecho Penal. En relación a la Ciencia de la Penologia se ha experimentado significativamente una sistematización en torno a esta disciplina para considerarse como tal, esta evolución se debe ante todo por la constante y creciente necesidad del individuo por mejorar la prevención y las restricciones del que comete un delito.

Francisco Carrara nos dice que “Las Sociedades Civiles deben estudiar los modos para conseguir que la punición corrija, pero debería además estudiar los modos para impedir que la prevención corrompa” En ese sentido la Penologia es quien se encarga del estudio de la prevención y restricción del que delinque.

⁷⁹ CUELLO CALON, EUGENIO, La Moderna Penología, Ed. Bosch, Barcelona, España 1963 p.8

4.1.2 DEFINICIÓN

Partiendo de la etimología de la palabra Penología, ésta se derive de la palabra pena que equivale o significa "sufrimiento", por lo que refleja la primitiva concepción de la misma, como principal objetivo del estado frente al delincuente, por ello no ha faltado quien lo describa como "la antigua ciencia carcelaria".

Castellanos define a la Penología como un conjunto de disciplinas que tienen por objeto el estudio de las penas, su finalidad y su ejecución.

Carrancá y Trujillo habla de la Penología como un tratado de penas, que la estudia en si misma, su objeto y caracteres propios, su historia y desarrollo, sus efectos prácticos, sus substitivos, lo mismo que a las medias de seguridad.

Otra definición tenemos que es "La ciencia que estudia las diversas penas y medidas de seguridad aplicables al sujeto de conducta antisocial".⁸⁰ Se le da el carácter de ciencia, ya que posee un objeto y un fin perfectamente definido, siendo uno de los primeros realizar un previo estudio, aplicación y seguimiento.

4.1.3 PREVENCIÓN Y REPRESIÓN

Dentro de los medios de lucha en contra del delito encontramos a la prevención y la represión. El estado dedica actividades encaminadas a combatir la delincuencia

⁸⁰ JUAN MANUEL RAMÍREZ DELGADO, Penología. Ed. Bosch Barcelona, España 1963 p.8

estas actividades en primer lugar se enfoca a un momento antes de realizar el delito Villalobos nos menciona que para esto se utilizan los conocimientos de la criminología para impedir o bien para atenuar la acción de los factores que contribuyen a que el individuo cometa los delitos los elementos a tratar son la eugenesia, higiene general, higiene mental, educación y organización social; otro momento a tratar es la represión del delincuente es decir una vez realizado el delito para ellos es importante clasificar las causas de la delincuencia entre las que existen, tres son las principales:

A.- La falta de formación de la conciencia y del carácter por razón de edad.

B.- La anormalidad de ciertos estados conocidos como especialmente peligrosos y

C.- La culpabilidad de los hombres normales.⁸¹

Dentro de las actividades que sigue el estado para la represión del delincuente se ha experimentado una cultura con amplia repercusión en donde se siguen los principios establecidos en nuestra Constitución respetando los derechos humanos del individuo.

⁸¹ Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 2ª ed, Ed. Porrúa, México 1980 p.317

4.2 LA PENA

*para que una pena sea justa solo debe tener los justos grados de intensidad que basten para apartar del delito a los hombres.*⁸²

4.2.1 CONCEPTO DE PENA

Muchas son las definiciones que se han dado respecto de la pena, mencionare la del autor Eugenio Cuello Calón que nos señala que la PENA: Es el sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución a una sentencia al culpable de una infracción”.

Un gran clásico Carranca señalaba” La pena es de todas suertes un mal que se inflige al delincuente; es un castigo, atiende a la moralidad del acto, al igual que el delito; la pena es el resultado de dos fuerzas;

4.2.2 FINES DE LA PENA

La razón de saber y conocer qué es lo que persigue el Estado con su aplicación, todavía no ha sido definido pese a ser tan antigua la existencia de la misma.

En consecuencia señalaré una clasificación de las penas atendiendo a sus fines de la pena.⁸³

⁸² Op. Cit Ramírez p.3

En cuanto al tipo de delito y su pena: erróneamente sólo la prisión, como medio para combatir la comisión de delitos como lo fue antiguamente la pena capital. Por ejemplo, se castiga igual con pena de prisión una vagancia que un homicidio calificado, es obvio que los fines que se persiguen deben ser diferentes entre una y otra forma de sancionar estas conductas.

- a) En cuanto al tiempo o época en que se dio nacimiento a la figura típica: delitos como el adulterio que después de ser una conducta severamente castigada cuando surgió como delito (lapidación para la mujer adúltera), en la actualidad tiende a desaparecer de los códigos penales por inoperante para los fines perseguidos por ser intrascendente su comisión en una sociedad que va evolucionando.
- b) Al tipo de delincuente: tanto el legislador como el juzgador, deben estar concientes de que cada sujeto es muy diferente en lo individual y por consecuencia los efectos y resultados de la pena no pueden ser los mismos en todo individuo sentenciado.
- c) En cuanto a la víctima: como lo señalará Ulpiano “Justicia es dar a cada quien lo que le corresponde” y en realidad vemos que el legislador al señalar la pena, nunca toma en cuenta la posición de la víctima, ni tampoco el juzgador al momento de imponerla.
- d) La intimidación, la expiación y la retribución de la pena, con la Intimidatoria se trata de evitar la delincuencia por temor al castigo impuesto por el

⁸³ Ibidem Ramírez p.41

estado, es un motivo capaz de prevenir el delito., pero ya no puede considerarse válida para nuestros días, pues la sociedad ya no es la misma de hace dos siglos., la *expiración*; se entiende que el delincuente debe expirar su culpa por el delito cometido como un acto de justicia, como una retribución del mal por el mal causado. *retribución*; el delincuente pague a la sociedad a través castigo impuesto con la pena, por el daño causado por su conducta delictuosa.

El fin de la pena de prisión sería castigado y retributivo; el fin de la pena de muerte será de eliminación y profilaxis social al mismo tiempo que intimidatoria para quienes la observen.

4.3 CLASIFICACION DE LA PENA

Dentro de la clasificación que se puede hacer de la pena encontramos que dicha clasificación se puede realizar atendiendo:

1.- A su forma de aplicación o a la relación que existe entre si, este tipo de penas serán: a) principales, b) complementarias y c) accesorias.

2.- También se puede hacer atendiendo a su fin o bien: en este caso son a) intimidatorias, b) correctivas y c) eliminatorias.

3.- De acuerdo a l bien jurídico afectado: que son a) la pena capital, b) penas corporales, c) pena contra la libertad, d) penas pecuniarias y e) pena contra otros derechos.⁸⁴

Otra clasificación que nos señala Fernando Castellanos es que las penas pueden ser intimidatorias, correctivas y eliminatorias según sea su fin es decir de acuerdo a lo que se pretende lograr con la aplicación de la pena en el individuo.⁸⁵

Tenemos también otra clasificación de penas: a) corporales: muerte, privación de la libertad (prisión, reclusión y arresto), b) pecuniarias: multa, reparación del daño y decomiso; c) suspensión o disolución de sociedades, suspensión, inhabilitación, destitución o privación de funciones, empleo, profesión u oficio y publicación de la sentencia.⁸⁶

4.4. CLASIFICACION DE LA PENA SEGÚN LA LEY

Dentro de nuestra legislación estatal en su recientemente derogado Código Penal se encontraba estipulado un capítulo para la punibilidad en donde se establecía tanto a las penas como medidas de seguridad, sin embargo ahora se establece en el actual Código Penal , de las consecuencias jurídicas del delito estableciendo un catalogo de penas y otro de medidas de seguridad, esta diferenciación se realiza

⁸⁴ Op. Ci t Villalobos p. 510

⁸⁵ CASTELLANOS FERNANDO, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, 38ª ed, Ed. Porrúa, México 1997, p.320

⁸⁶ Op. Ci t Ramírez p.56

con el afán del legislador que a cada individuo se le individualice la pena a la que se hace merecedor conforme al delito que cometió esto es tomado en cuenta las peculiaridades del sujeto activo.

En lo relacionado al Catalogo de penas en el Código Penal; artículo 38, se estatuye: " Por la Comisión de los delitos descritos en el presente Código solo se podrán imponerse las penas siguientes:

I.- Prisión

II.- semilibertad

III.- Trabajos a favor de la comunidad

IV.- Sanción Pecuniaria

V.- Decomiso de los instrumentos del delito y destrucción de cosas peligrosas y nocivas

VI.- Suspensión, privación e inhabilitación de derecho, destitución o suspensión de funciones o empleos e inhabilitación para su ejercicio o desempeño.

VII.- Prohibición de ir a una determinada circunscripción territorial o de residir en ella.

VIII.- Las demás que prevenga la ley.⁸⁷

A).- PRISION

Dentro de las penas que se establecen contra la libertad del individuo encontramos las privativas de libertad del individuo, que como su nombre lo indica, consiste en privar de la libertad al sentenciado, internándolo en un lugar o institución especialmente para ello sometido siempre a un régimen de custodia o castigo o tratamiento rehabilitatorio.

Tanto las penas eliminatorias (cárcel), como las privativas de libertad, están íntimamente relacionadas, pues la cárcel surgió primero como una forma de retención mientras se ejecutaba.

Se dice que la prisión es una pena que recluye al sujeto que delinque en un establecimiento adecuado para cumplir con su castigo, la prisión tiene como objetivo el de eliminar de manera temporal, a quien se considera como un peligro para la comunidad.

Nuestra Legislación Estatal vigente en su artículo 39 Código Penal establece "La prisión consiste en la privación de la libertad personal, en la institución penitenciaria que el Ejecutivo del Estado designe, su duración podrá ser de diez días a cuarenta años". También establece nuestro código que el tiempo de prisión

⁸⁷ Código Penal Vigente para el Estado de Guanajuato

preventiva en el que se haya encontrado el inculpado se le conmuta al tiempo impuesto por el juez en la pena de prisión.⁸⁸

B).- SEMILIBERTAD

Dentro de las penas restrictivas de la libertad al igual que la prisión encontramos la Semilibertad que comprende períodos de privación de libertad y de tratamiento en libertad, lapsos de tiempo en el que el individuo permanece en un establecimiento indiciado por el ejecutivo, pero esta pena comprende periodos en el cual no esta en dicho establecimiento sino que se encuentra en un estado de libertad según sea el caso.

Nuestro Código Penal en su artículo 47 nos señala “La Semilibertad condicionada consiste en alternar periodos de libertad con período de prisión.

Se aplicara según las circunstancias de caso, del siguiente modo:

- I.- Externación durante la semana de trabajo o educativa con reclusión de fin de semana;
- II.- Salida de fin de semana con reclusión el resto de esta.
- III.- Salida diurna con reclusión nocturna”.

En el Código Penal Federal artículo 27 párrafo segundo señala.. “La semilibertad implica alternación en períodos de privación de libertad y de tratamiento en

⁸⁸ Ibidem

libertad. Se aplicara, según las circunstancias del caso, del siguiente modo: externación durante la semana de trabajo o educativa, con reclusión de fin de semana, salida de fin de semana con reclusión durante el resto de esta o salida diurna , con reclusión nocturna. La duración de la Semilibertad no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión substitutiva”

C).- TRABAJOS A FAVOR DE LA COMUNIDAD

El trabajo a favor de la comunidad es una pena recién incorporada por la Quincuagésima Octava Legislatura Constitucional de Estado de Guanajuato en el reciente Código Penal que entro en vigor el 1° de enero del 2002,

Consiste en que al sujeto se le impone una pena en la cual el deberá prestar servicios en instituciones públicas o en instituciones asistenciales privadas, no remunerados aun cuando es una pena últimamente considerada en nuestro estado esta ya era considerada en el Código Penal Federal en su artículo 77 párrafo tercero.

En la actualidad se acepta esta medida y sus resultados son positivos tanto para el sentenciado como para la sociedad en general.

Esta pena puede ser autónoma o bien ser substantiva de la prisión o la multa.

D).- SANCION PECUNIARIA

Se describen las penas pecuniarias como aquellas que repercuten directamente sobre el patrimonio del condenado o sentenciado.

Dentro de las sanciones pecuniarias encontramos a **la multa y a la reparación del daño**. La multa será destinada para el Estado y la reparación del daño al ofendido.

Las penas pecuniarias no han sido aprovechadas adecuadamente por parte de las autoridades judiciales, así la multa, debería imponerse con mayor frecuencia, sería una gran ayuda para el Estado que gasta sumas millonarias en la aplicación y ejecución de la prisión sin ningún resultado positivo.

- **La multa.-** Es considerada como una sanción en donde se realiza un pago al Estado estimado en una suma de dinero, la multa es personalísima ya que solo se le impone a quien haya cometido el delito; siempre se fija en consideraciones a la capacidad económica del sentenciado y si carece de la posibilidad de pagarla se le asigna un trabajo para que pueda efectuar el pago de la misma.

La multa es una pena perfectamente divisible, ya que si no se puede pagar en su totalidad la cantidad que resta se puede sustituir por otra sanción que determine la propia ley.

Con la imposición de las sanciones no se lastima al penado en su dignidad, no degrada ni daña la integridad personal ni física ni psicológicamente, ya que no se le aleja de sus familiares, ni deja de ser un individuo funcional para la comunidad, no resulta una carga para la administración pública, por el contrario resulta un ingreso para la misma.

- **La reparación del daño.-** consiste en el pago obligatorio que debe hacer el responsable de un delito, a la persona que dañó con su conducta delictuosa. Tiene el carácter de pecuniaria, ya que repercute directamente en el patrimonio del delincuente, salvo en algunas excepciones; cuando la multa la realiza una tercera persona que este obligada a pagarla se le conoce como *reparación del daño*, esta sanción se le obliga a los tutores o los custodios de quienes se encuentren bajo su autoridad y guarda, las personas jurídicas colectivas por el delito que pudieran cometer sus trabajadores, las personas que sean dueños de mecanismos, instrumentos aparatos o vehículos o sustancias peligrosas y que en el uso o empleo de ellos se cometa un delito y por último serán obligados a la reparación del daño el estado y los municipios por los delitos que los funcionarios puedan cometer cuando desempeñen sus funciones como tales.

Este tema se desarrollará en el capítulo siguiente.

E).- DECOMISO DE LOS INSTRUMENTOS DEL DELITO Y DESTRUCCIÓN DE COSAS PELIGROSAS O NOCIVAS

También puede ser considerada como una pena pecuniaria ya que sus consecuencias también repercuten en el patrimonio del responsable del hecho delictuoso, pues recae sobre los instrumentos con que en concreto se ha cometido el delito y sobre los objetos o productos del mismo.

La Legislación estatal nos establece en su artículo 78 del Código Penal que "*El decomiso consiste en la pérdida de la propiedad o de la posesión de los instrumentos u objetos del delito a favor del Estado*"⁸⁹. En el mismo ordenamiento jurídico nos dice que solo los instrumentos de uso prohibido son los que se decomisaran y los de uso ilícito solo se decomisaran por sentencia del delito doloso, en cambio si se tratara de armas estas de cualquier forma se decomisarán.

El destino que se les da a los objetos decomisados son diferentes atendiendo a la naturaleza de los mismos cuando son sustancias nocivas o solo tienden uso para la delincuencia estos instrumentos se destruirán una vez ejecutada la sentencia.

⁸⁹ Op. Ci t Villalobos p.27

Los objetos que sean útiles para el comercio se venderán y el producto de los mismos se le incorporara al estado; en cambio cuando se trate de bienes que por su naturaleza requieran de un mantenimiento costoso la venta se realizara de manera inmediata.

Se podría señalar que el decomiso es una pena legalmente prohibida. Aunque a decir verdad, bajo el subterfugio de decomiso se cometen verdaderas conductas arbitraria de confiscación.

F).- SUSPESION, PRIVACIÓN E INHABILITACIÓN DE DERECHOS, DESTITUCION O SUSPENSIÓN DE FUNCIONES O EMPLEOS E INHABILITACIÓN PARA SU EJERCICIO Y DESEMPEÑO

Podríamos entrar en confusión acerca del significado de los conceptos, por lo que mencionare brevemente, a que se refiere cada uno de ellos, conforme al Diccionario Larousse; *Suspensión*.- consiste en la privación temporal del ejercicio de una actividad; *Privación*.- es la acción de despojar, impedir o privar de un bien o de una facultad; *Inhabilitación*.- acción y efecto de inhabilitar (declarar a una persona inhábil para un empleo o cargo), inhábil (falta de habilidad, que no puede desempeñar el cargo); *Destitución*.- acción de destituir, privar a una persona de su cargo.

En este tipo de penas hablaremos de que la suspensión es la pérdida de manera temporal, es decir solo lo que se establezca en la pena de los derechos, funciones, cargos, empleos o comisiones que estaba ejerciendo el sentenciado. La suspensión será de todos tipos, cuando es consecuencia de una pena privativa de libertad como la prisión, y cuando se aplica la pena prevista para un delito en particular.

Y por lo contrario la privación de los derechos es la pérdida definitiva de los mismos. La destitución a diferencia de la suspensión es la separación definitiva de las funciones que venia ejerciendo la persona; y la inhabilitación es una incapacidad legal de manera temporal o definitiva según lo determine la autoridad jurisdiccional para obtener los derechos o para ejercerlos.

G).- PROHIBIR DE IR A UNA DETERMINADA CIRCUNSCRIPCIÓN TERRITORIAL O DE RESIDIR EN ELLA

Esta es una medida preventiva que tendrá como finalidad el de evitar que un sujeto que cometió un delito, vuelvan a un lugar determinado en donde por sus antecedentes puede ser espacialmente peligroso o significar una provocación para quienes viven en ese lugar; la autoridad tomará en cuenta el delito y las circunstancia del delincuente para aplicar este tipo de penas.

4.5 MEDIDAS DE SEGURIDAD

4.5.1 CONCEPTO

Aun cuando las penas y las medidas de seguridad son sanciones ambas son diferentes en nuestro Código Penal derogado las trataba de manera similar, pero en el Código Vigente se hace una separación incluyendo un catalogo de Medidas de Seguridad; estas van encaminadas a evitar el intento de nuevos delitos.

DIVERSAS DEFINICIONES DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD:⁹⁰

Don Antonio Beristaín.- “son medios asistenciales, consecuentes a un hecho típicamente antijurídico, aplicados por los órganos jurisdiccionales a tenor de la ley, a las personas peligrosas para lograr la prevención especial”

Cuello Calón.- “Las medidas de seguridad son especiales medios preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por los órganos estatales competentes a determinados delincuentes”

⁹⁰ Op. Cit Ramírez pp 166-167

De lo anterior se deduce lo siguiente: “Primero, que con la incorporación de las medidas de seguridad a los códigos punitivos se dio nacimiento al Sistema dualista o doble vía”

Se define a las medidas de seguridad como prevenciones legales encaminadas a impedir la comisión de nuevos delitos por quienes ya han sido autores de algún delito o para la prevención de los que puedan cometer quienes sin haber cometido ninguno hasta el momento por circunstancias personales es de temer que vayan a realizar alguna conducta típica.

4.5.2. CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Las medidas de seguridad que contempla la legislación local son:

I.- Tratamiento de inimputables, que consiste en la internación en un establecimiento adecuado ya sea público o privado para la rehabilitación se lleve a cabo bajo la custodia familiar.

II. Deshabitación, esta sanción se refiere a la desintoxicación que puede ser objeto un sujeto debido a las adicciones de la que es objeto este tipo de pena se aplica de manera independiente a la pena que se merece por el delito cometido.

III.- Tratamiento psicoterapéutico integral, esta medida de seguridad se aplica sobre todo en los delitos de violencia intra familiar y consiste en el sometimiento de terapia psicológica o siquiátrica cuando así se amerite del sujeto que comete el hecho delictivo

4.5.3 CARACTERISTICAS DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Según el autor Juan Manuel Ramírez Delago son las siguientes:

- a) Legalidad, se considera una de las características más importantes, ya que comprende la descripción de autoridades t tribunales su efectividad.
- b) públicas, ya que solamente el Estado, es el encargado de ejecutarlas
- c) jurisdiccionales, en relación con la anterior, ya que de ser una medida de seguridad posdelictual deberá ser la autoridad judicial quien las imponga
- d) personalísimas, ya que no pueden ir más allá de la persona
- e) indeterminadas, las medidas de seguridad no son castigos sino verdaderos tratamientos , por lo que no resultaría lógico fijarse por un tiempo determinado, por ello se dicen que son indeterminadas
- f) son tratamientos, tendientes de lograr la prevención de conductas delictuosas o bien de rehabilitación social.⁹¹

⁹¹ Ibidem 174

4.5.4 DIFERENCIA ENTRE LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

La diferencia que existe entre la pena y las medidas de seguridad es que ante todo la pena tiene un fin intimidatorio y ejemplar para aquellos que cometen un hecho ilícito y que de esa manera no repitan dichas conductas, las medidas de seguridad no persiguen estos fines ya que por más que se trate de evitar los delitos estas son meramente preventivas, es decir una forma de que si un sujeto se encuentra en la posición de poder cometer un delito debido a sus circunstancias personales las medidas de seguridad tratan de prever este hecho.⁹²

4.6. CONSECUENCIAS JURÍDICAS PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS

Las personas jurídicas Colectivas Privadas, también son susceptibles de responsabilidad penal ya que cuando un individuo cometiere un delito con la intervención o por el beneficio de una persona de esa naturaleza jurídica la autoridad podrá imponer medidas para ellas además de las impuestas para el sujeto en lo individual. Las consecuencias jurídicas que se les puede imponer son; prohibición de realizar determinadas operaciones, se les puede intervenir, se les puede suspender para que sigan funcionando o bien puede hasta extinguirse, cuando el asunto así lo amerite.

⁹² Op. Cit Ramírez p174

4.7. INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

Nuestro sistema Jurídico pena al igual que muchos en el mundo del derecho trata de buscar una correlación entre el delito y el castigo, es decir una equivalencia entre la gravedad y la naturaleza del delito y el castigo que se le impone a este. Las consideraciones que deben tomarse en cuenta para que la imposición de la pena sea justa es en consideración al bien jurídico tutelado de que manera fue puesto en peligro y cual fue el daño que se ocasiono; que medios se emplearon y cual es la naturaleza del hecho ilícito; las circunstancias en las que se llevo acabo el delito; el hecho de que el agente del delito pudo haberse ajustado a las disposiciones jurídicas; la forma y el grado en la cual el sujeto se influyo en el sujeto pasivo y en el activo para realizar el delito; y como ya se ha mencionado las condiciones especiales, personales, y específicas del agente.

4.8. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Como se señaló, el ejercicio de la acción le compete de manera exclusiva al Agente del Ministerio Público, el Autor Castellanos dice que la acción penal es la actividad del Estado cuya finalidad consiste en lograr que los órganos jurisdiccionales apliquen la ley punitiva a los casos concretos,⁹³ el ejercicio de la acción penal y la ejecución se puede extinguir de diversos modos, tales como la muerte del delincuente, que extingue la acción penal o las sanciones impuestas a

⁹³ Op. Cit Castellanos p 334

el, pero no extingue la reparación del daño o del decomiso que se hubiere realizado.

Otro medio de extinción penal es la amnistía que significa olvido del delito, se considera que los hechos constituidos como delito no se llevaron a cabo al igual que la anterior no extingue la reparación del daño.

El perdón del sujeto pasivo es otra forma de extinguir la acción penal por lo que no existe responsabilidad penal por parte del sujeto activo, cuando son delitos perseguidos por querrela el perdón del ofendido podrá otorgarse ante el Ministerio Público antes de ejercitar la acción penal.

Reconocimiento de la inocencia del sentenciado cualquiera que sea la sentencia cuando se reconoce que el sentenciado no es responsable por que se acredita su inocencia procede la anulación de la responsabilidad penal.

CAPITULO V

LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA PENAL

5.1 GENERALIDADES

La reparación del daño esta contemplada como una pena pecuniaria, ya que repercuten directamente sobre el patrimonio del condenado o sentenciado. Las penas pecuniarias no se integran con la multa, la reparación del daño y el decomiso.

Las penas pecuniarias no han sido aprovechadas adecuadamente por parte de las autoridades judiciales, especialmente la multa y la reparación del daño; ya que la primera de estas debería imponerse con mayor frecuencia, para ayudar al Estado que gasta millones en la aplicación y ejecución de la prisión sin resultado positivo y en cuanto a la Reparación del daño debería tener mas eficiencia en favor del ofendido o victima del delito, seria la forma más correcta de hacer justicia a favor del mismo puesto que la imposición de la prisión en nada le beneficia. Sin embargo, para poder realizar esto, es necesario cambiar la mentalidad de quienes corresponde impartir la justicia penal pues su desconocimiento penologico los lleva a aplicar la prisión por inercia.

5.2 CONCEPTO

Esta pena consiste en el pago obligatorio que debe hacer el Responsable de un delito, a la persona que daño con su conducta delictuosa. Actualmente la ley prevé la posibilidad de que se haga el pago y la indemnización por los perjuicios causados, o bien; si es posible se restituya la cosa obtenida con el delito.⁹⁴

Al hablar de reparación del daño, hablamos de reparar, que en el Diccionario para Juristas significa; reparación.- Aderezar, componer o enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa, mirar con cuidado⁹⁵ y al hablar de daño, se refiere a la pérdida o detrimento que de una manera u otra ocasiona, aun cuando se trate de actos en contra de la persona misma, como es el caso del suicidio y también el que se ocasione al Ofendido en forma tal que su conducta no implique la existencia necesaria del dolo.

La reparación del daño es muy importante en toda causa penal, sobre todo porque sería de verdadera forma de hacer o darle justicia al ofendido o víctima del delito, se ha propuesto insistentemente que para exigencia de la misma, el ofendido

⁹⁴ JUAN MANUEL RAMÍREZ DELGADO, Penología Estudios de la diversas penas y medidas de seguridad, 3ª ed, Ed. Porrúa, México 2000, p80

⁹⁵ DICCIONARIO PARA JURISTAS, Juan Palomar de Miguel, 1ª ed, Ed.Mayo, México1981 p.1175.

podrá reunir directamente ante el juez del caso, aportando las pruebas suficientes sin tener que depender de ello del abúlico Ministerio Público.

En tanto el Ministerio Público es el encargado o titular de la acción respectiva no siempre rinde las pruebas sobre el monto y exigencia del daño y frecuentemente se ha hecho notar que, si bien en las sentencias se condena a penas corporales mayores a dos años, se absuelve al reo de la reparación, impide, como cosa juzgada erga omnes, llevar esa acción civil a la jurisdicción respectiva. El remedio esta en dejar expeditos sus derechos a la víctima cuando quieran hacer efectivos por sí mismos.⁹⁶

En el artículo 56 de nuestro Código Penal, esta establecido que comprende la reparación del daño.

5.2.1 La Reparación del Daño Comprende:

I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito, con sus frutos y accesorios, así como el pago, en su caso, de deterioros y menoscabo sufridos. Si la restitución no fuere posible, el pago del valor comercial de la cosa en el momento de la comisión del delito;

⁹⁶ OLEA Y LEYVA TEOFILO, El resarcimiento del Daño a las víctimas del Delito, Ed. Jus. Méx. 1978. p. 70

II.- El pago del daño material causado, incluyendo el de los tratamientos curativos médicos y psicológicos que sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima y sean consecuencia del delito;

III.- El pago del daño moral;

IV.- La indemnización de los perjuicios ocasionados.⁹⁷

Otro aspecto importante dentro de la redacción de esta pena en nuestro códigos penales, es el carácter de *trascendentalidad* que se le ha dado, ya que si o paga directamente el responsable del delito conforme a la ley deberán hacerlo terceras personas. Así por ejemplo están obligadas a dicho pago: los ascendientes por delitos de los descendientes que se hallen bajo su potestad; los tutores y custodios por delitos de los incapacitados que se hallen bajo su potestad; las persona físicas y colectivas por delitos culposos ocasionados por jornaleros, empleados, obreros; las personas jurídico colectivas, de la personas que actué bao su nombre y representación, los dueños de mecanismos, instrumentos, aparatos vehículos, por delitos que en ocasión de su tenencia, custodia o uso, comentan culposamente las personas que los manejen o los tengan a su cargo; el Estado y municipios por los delitos que sus funcionarios o empleados cometan en el desempeño de sus funciones públicas.⁹⁸

⁹⁷ Código Penal Vigente para el Estado de Guanajuato.

⁹⁸ Ibidem

Como podrá observarse, en esta enumeración que hace la propia ley de las personas que deben responder por los daños causados por otra, se viola la prohibición del Artículo 22 en su primer párrafo, de que las penas no pueden trascender más allá del responsable del delito.⁹⁹

5.2.2. Quien Tiene Derecho a la Reparación del Daño:

Se encuentra establecido en el artículo 60 de nuestra Ley Adjetiva; tienen derecho a la reparación del daño, en el siguiente orden:

I.- El sujeto pasivo; y

II.- Las personas que dependían económicamente de él, conjuntamente con quienes tengan derecho a alimentos conforme a la ley.¹⁰⁰

Así pues la Ley señala que si el ofendido renunciare a la reparación de daño, o no la recogiera en un lapso de seis meses ésta se aplicará al estado. En realidad la ley debería especificar que el ofendido sólo podrá renunciar al mismo, cuando no haya familiares pues el Estado no puede arrogarse inmediatamente este beneficio sin antes velar por los intereses de la comunidad, de manera que

⁹⁹ Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquiera otra pena inusitadas y trascendentales.

¹⁰⁰ Código Penal para el Estado de Guanajuato.

existiendo familiares que subsistan o deban el ofendido no podrá renunciar a la reparación del daño, excepto cuando no haya familiares dependientes de él, entonces sí podrá renunciar a favor del Estado.

5.3 EJECUCIÓN DE ESTA PENA Y SUS REFORMAS

Si bien es cierto que la "La reparación del daño se hará efectiva en la misma forma que la multa "es de mencionar que el interés de un particular beneficiado con la reparación del daño no es el mismo que el del Estado beneficiado con la multa. En razón de la importancia que reviste el pago del daño causado por la conducta delictuosa el perjuicio de la víctima, esto es debe ser más ágil y efectivo, ya que merece en su favor se haga una verdadera justicia. Cabe señalar que dicha pena a sufrido algunas reformas constitucionales, que señalare a partir del 3 de septiembre de 1993. en el último párrafo de la fracción X del artículo 20 constitucional se eleva a categoría de garantía individual al señalarse: "En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar al Ministerio Público a que se le preste atención médica de urgencia cuando lo requiriera y, los demás que señalan las leyes". Posteriormente el día 10 de Enero de 1994 se publican varias reformas, adiciones y derogaciones al Código penal y e el artículo 34 que señala"El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al Juez en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha

reparación en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales. "Sin embargo, y como ya lo mencioné dentro del comentario a la multa la redacción de los artículos 532 y 533 del Código Procedimental es muy ambigua y por lo tanto; sigue sin ser efectiva la aplicación y ejecución de esta pena en el ámbito federal.

Al respecto y recientemente con fecha 9 de octubre de 1996 el Estado de Morelos publicó nuevos Códigos Penal y de Procedimientos, en ellos se incorpora una novedosa redacción sobre esta pena, como es el hecho de que el ofendido o sus derecho habientes pueden exigir como actores civiles principales la reparación del daño, el juez al recibir la averiguación hará del conocimiento del ofendido la radicación de la causa y dictado el auto de procesamiento lo citara para que indique si ejercita la acción de reparación del daño, echa esta manifestación se abrirá el procedimiento especial que correrá por cuerda separada del principal, pudiendo el ofendido una vez radicada la causa, solicitar que se decrete el embargo sobre los bienes del inculpado en los que pueda hacerse efectiva la responsabilidad civil, con esto se le quita la reparación del daño su tradicional carácter de pena pública, pudiendo el ofendido o víctima acceder directamente a la jurisdicción en demanda del resarcimiento como actor civil principal.¹⁰¹

Como se puede apreciar aun queda un espacio muy ambiguo sobre una verdadera reparación del daño, pues ya que de no existir bienes que embargar el

¹⁰¹ Op. Ci t. Ramírez p.85-86

ofendido o víctima quedan estado de indefensión, por lo que no existirá materia de donde obtener la reparación.

5.4 SITUACIÓN JURÍDICA DEL OFENDIDO EN EL PROCESO

La reparación del daño como pena pública, se ha tratado pues, de anteponer el interés general al particular, aun cuando con ello, a última instancia, solo se tiende a la protección personal, pues no se puede concebir una sola persona que representada al interés público y que solo a ella afectara. En lo que estamos de acuerdo, es que, basándose en todos estos principios de interés general se ha llegado a una situación completamente contraria a la primitiva, que provoca casos tan injustos y faltos de equidad como los que se trataron de remediar.

La actual Legislación Positiva, mediante normas preestablecidas permite una participación mínima al ofendido dentro de un proceso y deja la consecución de las aspiraciones del interés de éste, absolutamente en manos del Representante Social, con lo cual estaríamos completamente conformes si se llenara con ello la finalidad que le permiten incluso, de poder desistirse y dar lugar al sobreseimiento del proceso en el momento en que lo considere penitente, constituyéndose así como un verdadero árbitro del mismo.

Es innegable que el interés del ofendido es un hecho palpable y notorio, querer o pretender que el funcionario público a quien se encomienda la defensa de los intereses del ofendido, manifieste el mismo interés que el que debe de mostrar éste.

5.5. FUNCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCESO

EL Ministerio Público en el caso de las normas procesales vigentes, va en el desempeño de sus funciones hasta donde considera que ha cumplido con su deber y es por dar en el vacío suponer que persigue al supuesto delincuente con el mismo interés con que lo haría el ofendido. Es un hecho que no se puede evitar, aunque teóricamente se pudiera objetar ante la fuerza del argumento que la realidad presenta, no podríamos cerrar los ojos y debemos aceptar que, en realidad, no resuelven las normas procesales este problema que nos ocupa, sin satisfacer debidamente los intereses y fines para los cuales fueron creados.

Permitirle al ofendido la detentación de la acción penal para que tuviese una participación activa dentro del proceso sería en extremo peligroso; las razones para negarle el ejercicio ya han quedado expuestas, pero tratar de remediar el estado indefenso en que muchos quedan, debido a una deficiente legislación, es a todas luces, lo menos a que se puede aspirar. Pero como aun no es tiempo de formular conclusiones y para no adelantarnos, hablaremos y expondremos

seguidamente el desarrollo que en la Legislación Mexicana han tenido la parte ofendida, a través de la historia del Derecho Procesal.

Es interesante observar las vicisitudes por las que atraviesa el ofendido en un proceso, al grado de que siendo la víctima directa, su intervención en el proceso ha llegado a ser completamente nula.

La constitución de 1857, no concebía que se privara al ofendido del derecho de acudir directamente a los Tribunales, y por esta razón no establecieron en esa época la Institución del Ministerio Público, hasta el año de 1929, las Leyes Procesales disponían, que, la comisión de un delito podría dar origen a dos acciones: a) Acción Penal, b) Acción Civil.

La primera de las mencionadas, nace de una relación social. El ejercicio de la Acción Civil, proveniente del delito, era exclusivamente de la incumbencia del ofendido y se desarrollaba por medio del incidente de Responsabilidad Civil.

El ofendido por el delito era sujeto activo de la relación, vinculado al resarcimiento del daño reclamable al responsable o a terceros civilmente obligados.

El derecho al resarcimiento del daño, nacía para el OFENDIDO como una consecuencia del daño que se le había ocasionado; nuestras Leyes consagraban

la teoría del agraviado objetivo y en los casos en que no se ejercitaba acción penal o sí el Ministerio Público formulaba conclusiones no acusatorias o cuando el proceso se resolvía por una sentencia absolutoria, el ofendido tenía derecho a reclamar ante la autoridad judicial del orden civil el pago de su Reparación de Daño.

Transformación radical sufrieron los fundamentos que apoyaban la clásica Responsabilidad Civil en el Código de Almaráz; dándole el nombre de Reparación del Daño y haciéndole formar parte de la sanción reclamable por el Ministerio Público, consideraron los Legisladores, que, la Reparación del Daño, constituía una función social que tenía antes de la comisión del hecho, pues la reparación del daño poco a poco ha ido adquiriendo el carácter de equivalente a la pena.

Sin embargo, no se privó completamente al ofendido por el acto y por el hecho jurídico, del derecho de exigir el resarcimiento del daño en el proceso y aun cuando se estableció que era obligación del Ministerio Público reclamarlo de oficio, debiendo continuar cuando el ofendido la renunciara, también previno, que, éste o sus herederos podrían ejercitar la acción directa o indirectamente, terminando la obligación del Ministerio Público de reclamarla sin dejar de intervenir en el proceso. Esta es la realidad, el Representante Social no puede ir más allá de lo reclamado por el ofendido actuando directamente, cuando éste se desistiese en la persecución de reparar.

Llegó después una nueva legislación que introdujo grandes innovaciones a la reparación del daño y fundó en la sanción pecuniaria la reparación del daño elevada a la categoría de Pena Pública.

Por último el ofendido no es parte en el proceso, con lo cual se le priva totalmente de la posibilidad de exigir su pago de la Reparación del Daño en forma directa, como uno de los derechos que se le quedaban, ya que conforme a la Ley Procesal de exigir su pago de la Reparación del Daño en forma directa, como uno de los derechos a ser oído en las audiencias, apelar una sentencia que le cause agravio, quedando limitado en lo relativo al Representante Social, por sí o por apoderado, todos los datos que se conozcan y que nos llevan al conocimiento de la existencia del acto o hecho reclamado.

Responsabilidad del acusado, procedencia y monto de la Reparación del Daño, los cuales únicamente sí el Representante Social lo estima conveniente, ejercitando acción penal, los proporcionará a los Tribunales correspondientes, es por ello que según la voluntad del Legislador, el ofendido no es parte en el proceso, concretamente en el Proceso Penal.

Los artículos 9 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 141 del Código de Procedimientos Penales en nuestro Estado, dan facultad al ofendido para que le aporte pruebas tanto al Ministerio Público como al Juez, no solo los relacionados con la Reparación del Daño, motivo de nuestro

estudio, sino también las relativas a la responsabilidad del acusado, esto último en la práctica es poco usado, ya que lo que se acepta es que el ofendido y el Ministerio Público coadyuven, así se encuentra dispuesto en la Ley Federal y del Distrito, en cambio nuestro ordenamiento a este respecto, solo faculta al ofendido para que aporte las pruebas al ciudadano Agente del Ministerio Público, y este a su vez las ofrezca ante el juez del conocimiento.¹⁰²

Ahora anotaremos la efectividad de nuestra Legislación para obtener resultados prácticos en el sentido de que, el del Daño, pues es notorio que en el terreno de la incertidumbre, circunstancias, de las cuales resulta que el ofendido sigue sin perder su carácter de víctima pues como ya anotamos anteriormente, nuestra Legislación no le concede intervención directa en el proceso, por lo cual, queda como la persona más desamparada jurídicamente en el mismo; la lentitud de los procedimientos y los obstáculos con que el ofendido se tiene que enfrentar, le impiden obtener la Reparación del Daño que se reclama.

Un porcentaje muy bajo de procesos han sido beneficiados por una sentencia favorable en el pago del resarcimiento del Daño. Desde que esta función se encomendó al Representante Social, con contadas las ocasionadas en que los ofendidos demandan el reconocimiento de su derecho a este tipo de resarcimiento, por otro lado, la gran cantidad de asuntos de que conoce el Representante Social origina el guardián celoso que vigile el cumplimiento de los

¹⁰² Código Penal Federal

intereses del ofendido que la sociedad espera y la deja en segundo término, limitándose a la comprobación de los delitos que viene a ser su labor principal. En cambio el procesado se encuentra rodeado de garantías desde la detención o aprehensión, por ejemplo, puede declarar ante el Agente o ante el Juez, tiene derecho a que se le reciban las pruebas, a solicitar el tiempo en el desahogo de las pruebas cualquiera que sea, a que celebren careos en su beneficio con las personas que declaren en su contra, que todos los actos o casi todos se celebren en su contra, que les sean facilitados todos los datos necesarios para su defensa, a la libertad y además, a no ser obligado a declarar en su contra y una vez que haya declarado alguna cosa que lo comprometa, su declaración solamente será tomada en cuenta en aquello que lo beneficie.

Tomando en cuenta todo lo anterior, no se puede considerar jurídicamente la actividad de los funcionarios judiciales ni la del Ministerio Público frente al ofendido . En la práctica de nuestros Tribunales, el ofendido no tiene personalidad jurídica acreditada a no ser que se trate de persona de reconocido prestigio en el medio social, pariente o amigo del funcionario que conozca del asunto, esto, argumentándole que no se parte en el proceso y que sí tiene algo que exigir, lo haga por medio del Representante Social. cuando el ofendido recurre al Agente del Ministerio Público solicitándole algún dato o documento que se encuentre integrado a la averiguación previa, éste, le hace constar que en virtud de ser Representante Social y no particular, no podrá facilitarlo, o cuando menos le solicitará que vuelva posteriormente. Al final de cuentas, el ofendido primero es

víctima del delincuente y después de la mala interpretación que de las leyes hacen los funcionarios, de tal suerte protagonista de la justicia, resulta ser algo menos que un espectador y algo más que un intruso para los funcionarios.

El conjunto de actos jurídicos que conocemos como proceso formalmente considero, se presenta como una trama formada por las relaciones jurídicas que se establecen entre las personas que en él intervienen, pues tomando en cuenta que una de ellas es el ofendido, son los sujetos procesales; pero además un sujeto procesal puede estar autorizado por la ley para deducir una determinada relación de derecho, o bien puede ser la persona contra la cual se ejercita la acción, y en uno u otro caso, existe la posibilidad de que el propio sujeto esté capacitado para hacer valer, personalmente, su derecho al pago de la Reparación del Daño o para oponerse y cuando esto sucede, el sujeto se convierte en parte dentro del proceso, pero en la práctica aun cuando el ofendido tenga la suficiente capacidad para ejercitar su propio derecho, siempre quedará a criterio del Representante Social el ejercitar o no la Acción Penal en contra del acusado. Así como de aportar o no al juez las pruebas que le proporcione a fin de demostrar su carácter de ofendido en el procedimiento.

Así pues, el ofendido puede obtener, aportaciones ciertos requisitos, coadyuvando con el Ministerio Público, la indemnización del daño causado y que debe pagar al delincuente, así es indiscutiblemente que cuando el ofendido trae a juicio civil al responsable, demandándole el pago del mismo daño, dando lugar a

un incidente en el proceso, y es aquí donde el ofendido adquiere el carácter de parte dentro de un proceso.

Cuando el ofendido es parte, no se enfrenta con grandes dificultades, pero como ya mencionamos, por una interpretación equívoca de la ley, cuando no ha adquirido el carácter de parte, no se le toma en cuenta, y cuando se ha constituido en tal, es ahora un importante sujeto procesal.

Después del anterior análisis, podemos llegar a concluir que, el ofendido, después de haber sido victimado por el acusado, frente a éste, en los tribunales se encuentra en una situación en desventaja, para los efectos del pago de la Reparación del Daño, su actividad es prácticamente nula debido a la interpretación que se le da a la Ley y a la falta de interés de las autoridades, a quienes no les preocupa dejar al ofendido en el más completo abandono, ya que fija su interés concretamente en el delincuente.

5.6. EL MINISTERIO PÚBLICO, ¿ES UN MONOPOLIO?

El Ministerio Público, ha actuado por más de 70 años, ejerciendo un monopolio absoluto de la acción penal y actuando fuera de un marco de normatividad procesal en el que la víctima pueda ejercer sus derechos, ya que se le ha negado la calidad de parte, ha llevado finalmente al fracaso a la Procuración de justicia en este país.

Esta afirmación está sustentada a las encuestas más rigurosas que existen en México al respecto, que señalan que alrededor del 70 por ciento de los delitos ya no los denuncian las víctimas por desconfianza en esa institución, y que del 30 por ciento restante, más del 90 por ciento no se consignan las averiguaciones previas correspondientes y, en la mínima parte en que sí ocurre, la mitad de ellas es sin detenido, llevando el nivel de impunidad en nuestro país casi al 100 por ciento.

Para subsanar de algún modo esta grave injusticia, se debe tener como objeto sujetar al Ministerio Público a los jueces, en un proceso penal rápido, transparente y oral, en el que esa representación social ejerza las funciones de autoridad que no puede realizar la víctima o el indiciado, como son las fe de hechos y las investigaciones, presentaciones y aprehensiones que tienen a su cargo dichos funcionarios y auxiliares, evitando de esa manera que se desarrollen dos procedimientos semejantes y subsecuentes, como actualmente ocurre; uno ante el Ministerio Público y otro repetitivo ante el juez, todo ello en detrimento de una justicia pronta y expedita.

Actualmente, frente al Ministerio Público no existe el recurso de amparo, ni para la víctima ni para el presunto delincuente, más que en los casos en que se decreta el no ejercicio de la acción penal, y aun ahí no se ha reglamentado debidamente tal derecho. El Ministerio Público puede tardarse, si no hay detenido,

un día o hasta que prescriba el delito, en integrar una averiguación previa, decidiendo unilateralmente qué pruebas acepta y qué diligencias cumplimenta. Para él no hay tiempos procesales que lo sujeten más que en el caso ya señalado, y los resultados son 4.5 millones de delitos cometidos por 1.5 millones denunciados; todo lo cual da lugar a una impunidad y una inseguridad que están aniquilando la convivencia en este país.

No se habla de "jueces instructores" dependientes del Poder Judicial, y menos de una privatización de la justicia, sino muy por el contrario, lo que estoy defendiendo es la transparencia y democratización de la misma, para darle a todos los ciudadanos el derecho a su defensa, tal como ocurre en materia laboral, civil y mercantil, pero que injustamente se les niega en materia penal.

Lo que se debe de impulsar, como lo menciona el Secretario de Seguridad Pública del gobierno de la República Estado, es precisamente acabar con el monopolio vertical del Ministerio Público, que ha lastimado tanto a los más pobres y los más desvalidos, porque no hay que olvidar que la inmensa mayoría de los delitos en este país son robos, y de ellos su promedio no pasa de 8 mil pesos, lo cual nos indica que los desprotegidos y los marginados son las víctimas más constantes del delito, y para ellos no ha habido justicia; en cambio, cuando los delincuentes son multimillonarios e influyentes, entonces sí han logrado burlar la justicia y la han convertido en escarnio a través de su poder económico, que

muchas veces ha superado y avasallado al Ministerio Público, como todos lo sabemos.

Fundamentalmente, se defiende a la comunidad que ahora está indefensa y le da el derecho a los mexicanos que la estructura legal actual les ha negado, que es el de defenderse ante un juez, en un procedimiento limpio y transparente, y con la ayuda de un Ministerio Público al servicio de la sociedad, así como también estamos impulsando la verdadera reparación del daño que en este país nunca se ha dado y que el Ministerio Público en ningún momento ha logrado convertir en una realidad.

Es por ello materia de esta obra, impulsar una nueva justicia alternativa en cuanto al reconocerle a la víctima su derecho a la verdadera reparación del daño, al sujetar al Ministerio Público a un procedimiento rápido, transparente e igualitario, en la que dicha autoridad cumpla con sus funciones como representante de la sociedad y no como un instrumento de poder.

5.7 JUSTICIA ALTERNATIVA EN MATERIA PENAL, UNA VIA HACIA LA VERDADERA REHABILITACIÓN SOCIAL.

El sistema de justicia tradicional tiene como objetivo principal asegurar la paz social entre los habitantes de una comunidad, ajustándose a los momentos

históricos por los que ésta atraviesa, y en función de las relaciones de los individuos frente a los órganos de justicia.

El ciudadano actual, falto de confianza de los métodos y políticas de manejo de la justicia en materia penal, opta precisamente por lo prohibido, por hacer justicia de propia mano; pues tal cosa al parecer le resulta más eficaz que el trámite judicial ordinario, propiciándose con ello el desenfreno y la impunidad social, llevada actualmente a extremos caóticos, mismos que conocemos como altos grados de inseguridad pública.

Ante esta realidad innegable, es pues el momento de buscar nuevas formas y alternativas de solución. No podemos únicamente quedarnos con un modelo que, con frialdad, pone al delincuente frente al Estado para determinar solamente quién ha violado la norma penal y qué pena deberá aplicarse; perdiéndose con ello de vista que el castigo de la autoridad no genera en el sujeto activo ningún cambio positivo, sino por el contrario acentúa su resentimiento.

Resulta importante resaltar que, como propuesta, tiene cabida ya la mediación y la conciliación en el contexto del derecho penal; puesto que al ser una vía optativa distinta y ajena a la función jurisdiccional puede ser ésta aplicada y abordada, tanto por el sistema jurisdiccional penal, como por el área de procuración de justicia, dentro de la indagación ministerial; siendo que a través de éstos métodos alternos de justicia se consideran aspectos en el que no resulta tan importante la pena ha imponer, ni quién se constituye en agresor para satisfacer

los extremos de la autoridad, sino que en este tipo de procedimiento se salvaguardan aún mejor los derechos de la víctima.

Otro aspecto relevante de la mediación como alternativa a los procesos de causas penales, es la agilización y flexibilidad del procedimiento en cuanto a los delitos patrimoniales y delitos menores, los cuales pueden ser resueltos en breve tiempo, dando pie a que las partes lleguen a un acuerdo voluntario sobre la reparación del daño material y moral; lo cual garantiza a la víctima prontitud y expedites en el goce de sus derechos. Ya que en un proceso ordinario tendría que esperar hasta la sentencia definitiva para que se declare culpable al ofensor y se le condene al pago de esa reparación del daño, llegando al extremo de tener que promover en la vía civil el aseguramiento y cobro de los mismos.

También a través de la mediación penal podemos flexibilizar los procesos ordinarios a fin de dar cabida a que,

si las partes así lo solicitan o su disponibilidad lo permita, para hacer de estos procedimientos alternos una vía de desjudicialización; es decir, la posibilidad de que algunos delitos menores patrimoniales o causas análogas puedan ser manejados únicamente por esta vía alterna, pudiendo generarse penalidades genéricas para ser concretizadas en caso necesario después del procedimiento alternativo; esto es, que la mediación penal no substituye el modo alguno a los procesos ordinarios sino que complementa e invita a la flexibilidad y humanización del proceso para que en ningún momento se pierda de vista que tanto el ofensor

como la víctima u ofendido no dejan de ser en sí mismos personas con una individualidad e historias propias que en un momento dado cruzaron en un mismo punto, dentro de un mismo entorno social y que al igual que la finalidad última del Estado es reprender o castigar una actitud delictiva así también la justicia alterna a través de la mediación penal pretende alcanzar el perdón traducido como comprensión de actitudes en donde se da la reparación emocional, se evita la sobrevictimación, independientemente de la imposición de las penas y entendiéndose de aquellos delitos de que la proximidad de mediación sea de aplicación total, se obtiene como resultado el equilibrio entre agresor y víctima u ofendido para restablecer el tejido social en sus relaciones humanas en pro de la paz social.

En otros países como Ecuador, Chile, Honduras, Puerto Rico se han implementado reformas y adecuaciones a los órganos de justicia a fin de generar e implementar la justicia alternativa de carácter penal.

En México aún nos encontramos en el umbral. Pero empieza a existir un ánimo reiterado de las instancias de procuración e impartición de justicia para que esto sea una realidad. Pero todo ello no significaría empezar de cero, puesto que tenemos como marco de referencia lo que se ha hecho con la justicia alternativa en materia civil y familiar.¹⁰³

103 Magistrada Licenciada Lizbeth Loy Song Enacalada Presidenta del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Quintana Roo.

Varios estados cuentan con este sistema de justicia. Y todos ellos tiene la convicción de que es una vía idónea para que durante los próximos años alcancemos los mexicanos una cohabitación más armoniosa, y restar así el avance de la inseguridad pública. Ganarle a la delincuencia no únicamente con las armas de la represión sino sembrando desde ahora la cultura de la paz. Actualmente se empieza a iniciar una Propuesta sobre la Justicia Alternativa, que entrará en vigor a finales de este año.

5.8 TRABAJO DEL REO COMO PENA ALTERNATIVA

Cabe señalar, que como ya se desarrollo el tema de las penas y medidas de seguridad en el capitulo inmediato anterior, en donde se contemplan las diferentes penas que contempla la ley, señaladas en el artículo 38 del Código Penal para el Estado de Guanajuato,¹⁰⁴ es de llamar la atención que en la fracción III señala Trabajo a favor de la comunidad, esta es con la finalidad de evitar transcurrir más días en la prisión o bien no ser privado de su libertad, siempre y cuando cumpla con ciertos requisitos establecidos por el mismo código, y este consistirá en prestar servicios en instituciones públicas o asistenciales, privadas en la cual no recibirá ninguna remuneración.

5.8.1 Remuneración del Trabajo del Reo.

Uno de los aspectos dignos de ser estudiado en profundidad es el de las remuneraciones por el trabajo del reo. La realidad nos indica que salvo contadas

¹⁰⁴ Código Penal Vigente para el Estado de Guanajuato.

excepciones las remuneraciones son muy bajas, de esta forma se ha llegado a afirmar que esto es una forma similar a la esclavitud donde casi gratuita es la mano de obra.

Cabe mencionar que la evolución operada en los congresos penitenciarios y criminológicos han presentado un gran avance, ya que afines del siglo pasado ya sostenían que al Estado debía interesarle el otorgar ciertas remuneraciones, en algunos casos se llegó a establecer que el trabajo del recluso debía ser remunerado como el salario normal, con las condiciones de que el recluso trabajara para otros empleados que no sean del gobierno, y que se tomaría en cuenta que el rendimiento del recluso parecía ser inferior al del obrero libre, lo cual es hasta cierto punto criticable por que el Estado elude la responsabilidad de pagar un salario justo.

Ahora bien, es de señalar que en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la cual se sostiene que toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a salario por trabajo igual.

La remuneración representa así, la suma de dinero que recibe el recluso como resultado de un trabajo que desempeñe dentro o fuera del Instituto Carcelario. En esta perspectiva, la remuneración asume un valor fundamental, no sólo por la afirmación del principio de justicia que ello importa, en cuanto a que se le reconoce el derecho de ser compensado por una actividad prestada, sino también por el efecto psicológico que ello deriva. En efecto, el hombre que

desarrolla un trabajo remunerado, es agradecido y se da cuenta de la utilidad del empleo laborado, por lo que lo impulsa a seguir trabajando para satisfacer las necesidades y la de los suyos. Por lo que el trabajo tendrá un fin de tratamiento formativo y social.

En el Estado de Guanajuato, los internos privados de su libertad que no se encuentren enfermos, invalido o que por su edad se le impida, participará en actividades laborales, que se le asignen.

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 22 de la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la libertad para el Estado de Guanajuato, establece como se va a distribuir el producto del trabajo, para lo cual se toman tres aspectos importantes: ¹⁰⁵

I.- Un 30% para la reparación del daño

II.- Un 40% para los dependientes del interno

III.- Un 20% para formar un fondo de ahorro a favor del interno

IV.- Un 10% para gastos menores del interno.

En el primer supuesto, se destinará a la reparación del daño causado por el delito, toda vez que es una obligación impuesta por una decisión judicial, misma que no puede ser aludida.

¹⁰⁵ LEY DE EJECUCIÓN DE SANCIONES PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

En el segundo supuesto, este porcentaje le permite al interno cubrir sus necesidades personales inmediatas en el establecimiento y las de su familia, pues ya que es importante pese a que se encuentra privado de su libertad continúa en él la obligación de ayudar a la manutención de su familia.

En el tercer supuesto, se toma en cuenta las necesidades futuras del interno, pues esta se guarda en el fondo de reserva que se le entregará al interno con el fin de proveer las necesidades primeras una vez obtenida su libertad.

Expuesto lo anterior, no se puede ser posible que un detenido trabaje sin ser retribuido, ya que si fuera así, se pensaría que el trabajo es una pena más que se agrega a la detentativa, lo cual sería inconstitucional por contrariar lo que establece el artículo 123.

5.8.2 El Trabajo como remisión parcial de la Pena de Prisión.

El trabajo es visto como la condonación de una parte de la sanción privativa de libertad, previo cumplimiento de los requisitos legales.

La remisión parcial por medio del trabajo consiste en reducir por cada dos días de trabajo un día de prisión, siempre y cuando el recluso observe buena conducta, participe regularmente en actividades educativas, y revele la afectiva readaptación social. Esta última, será un factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena, que no podrá fundarse exclusivamente en los días de trabajo.

Cabe señalar que esta institución no se considera una dádiva sino como una ventaja que los propios internos conquisten.

En la ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la Libertad para el Estado de Guanajuato en los artículos 36,37 y 38 se contempla este beneficio a favor de aquellos reos que además de haber trabajado durante su reclusión, hayan obtenido un grado de readaptación social, lo anterior será calificado por el Consejo Técnico Interdisciplinario. Esta remisión parcial no se concederá a los delincuentes habituales.

5.9 TRABAJO DEL REO A FAVOR DE LA VICTIMA COMO PENA ALTERNATIVA A L PAGO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

El objeto de este trabajo es plantear que el reo trabaje a favor de a quien a de repararse el daño, realizando una nueva alternativa para el reo que se encuentre condenado, privado de su libertad y dentro de un centro penitenciario ocasionándole día a día un gasto al erario público, gasto que es pagado por todos y cada uno de los causahabientes.

Por lo que el reo realizara trabajos para su Estado, Municipio y/o comunidad, saliendo del centro penitenciario trabajando en obras en la reparación de carreteras federales o dentro de la Ciudad, recibiendo una remuneración por el trabajo realizando del cual se destinará de la siguiente forma:

1. el 30% de su remuneración será destinado para su manutención y la de su familia.
2. el 50% se destinará a la persona o personas que deba realizarse la reparación del daño.
3. el resto que son el 20%, de fondo a favor del interno.

De esta manera el reo cumpliría con su obligación dándole la oportunidad de que su condena disminuya, no generando un gasto para el Estado, y además proporcionado un beneficio para todos los habitantes del Estado.

Fundamentándome lo anterior en el artículo 5 de nuestra Carta Magna, en su primera parte en la cual señala.... "Nadie puede ser privado del Producto de su trabajo, sino por resolución Judicial"¹⁰⁶

Si bien es cierto, dentro del proceso que lleva a cabo el Ministerio Público, se cuantifica la reparación del daño, la alternativa deberá ser que como ya mencione no todos los delitos se llegan a consignar, por diversas causas, por lo que se habla de una justicia rápida, alternativa en donde el Juez conozca y sea finalmente el, el que emita la Resolución Judicial, en donde señale el monto de la

106 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

reparación del daño, y dada la situación del delinciente, cuando no cuente con los recursos necesarios, ni con bienes para embargar, es decir, el delinciente carece de todos los medios que señala la ley, para cubrir el pago, por lo que el Juez dictará resolución en donde se condenara a al reo que con una parte del producto de su trabajo, se destine para cubrir con el pago de la reparación del daño a favor de la víctima o víctimas.

CONCLUSIONES

Tal y como se desprendió en el transcurso de esta investigación, es importante que se tomen en cuenta nuevas alternativas en la Justicia penal toda vez que, si bien es cierto, en nuestro actual Código Penal del Estado de Guanajuato, se encuentra ya establecido el trabajo a favor de la comunidad. Aún no queda claro cual sería el beneficio para el ofendido en particular, puesto que la comunidad la integramos todos.

En la actualidad en nuestro País a tenido muchos cambios, en donde la sociedad cada vez se vuelve más exigente: pide, demanda una Justicia más pronta y expedita en donde las penas realmente se cumplan, sean eficaces, para así evitar la constante proliferación de hechos delictuosos. Así pues, existe en México que más del 70% de los delitos no son denunciados por las víctimas, por la desconfianza que reina de nuestra Justicia.

Por lo que se debería de observarse alternativas en la aplicación de las penas y medidas de seguridad, en un proceso penal rápido y transparente en donde realmente el representante de la sociedad ejerza las funciones de autoridad que no puede realizar la víctima o el ofendido, lo cual nos daría a todos los ciudadanos el derecho a la defensa, como en las demás materias laboral, civil, y otras, pero que injustamente se nos niega en la materia penal.

Anteriormente nuestro Código Penal se limitaba como penas únicamente la prisión y la multa, limitando así alternativas para las mismas, existiendo una problemática en las sanciones, alterando así la esencia de las mismas y su individualización. Por lo que hacía a los delincuentes a delinquir nuevamente.

No obstante que nuestro Código Penal esta basado en los principios de igualdad y equidad, y que la sanción penal debe ser una medida restauradora del orden jurídico lesionado y la forma más importante de reacción contra el delito y de prevención de conductas antisociales; así mismo, la de mayor nivel axiológico con que debe contar, es la búsqueda de la readaptación social del delincuente.

Si ya estamos hablando que dentro de nuestro Código Penal esta contemplado el trabajo a favor de la Comunidad, ¿por que no avanzar un poco más y ver ya no tanto a favor de la comunidad sino en particular al ofendido?, ¿de que manera puede la víctima retribuírsele el daño ocasionado con la conducta delictuosa?, al ofendido de nada le retribuye que el indiciado se encuentre en una prisión, al contrario, su manutención representa un gasto público elevado.

Más sin embargo si se establecieran nuevas alternativas a la reparación del daño, obligándosele por resolución Judicial al reo que trabaje para cubrir el daño ocasionado, realmente se hablaría de un beneficio no solo para la comunidad sino para el o los ofendidos.

El reo trabajaría en la reparación de carreteras federales o estatales, para lo cual tendría la oportunidad de salir del centro penitenciario, trabajar totalmente vigilado, cubrir sus horas de trabajo y así poder regresar al Centro de Readaptación Social para su descanso.

Debe mantenerse ocupado al reo en cualquier labor productiva, por más sencilla que está sea, ya que esto ocupa su mente y su maniobrabilidad física, dejando en el olvido el hastío y el ocio que lo mantiene con pensamientos contrarios y el espíritu de superación que se pretende.

Debe considerarse el carácter constitucional del trabajo de tal manera que se respete lo estipulado en los artículos 5 y 123 de nuestra carta magna y se brinde al reo la remuneración y capacitación debida. De la misma forma que, lo referente a las jornadas de trabajo, descanso y demás beneficios que se otorgan al reo que se interesa y se preocupa por superarse por medio del trabajo, como lo son la remisión parcial de la pena, el conocer un oficio y el proporcionar su aprendizaje.

Hay que tener presente que la reparación del daño es preferente y deberá cubrirse antes de cualquier otra de las obligaciones contraídas con posterioridad al delito, y excepción de alimentos y relaciones laborales.

La reparación del daño no importa necesariamente un perjuicio patrimonial. El que devuelve lo que con la acción perjudicial obtuvo, no es por ello más pobre que antes.

La reparación del daño es de vital importancia en toda causa penal, sobre todo por que sería la verdadera forma de hacer o darle justicia al ofendido o víctima del delito, por lo que el tema trata, el ofendido podrá recurrir directamente ante el juez de la causa, aportando las pruebas suficientes sin tener que depender para ello del Ministerio Público.

Esta nueva alternativa en cuanto al pago de la reparación del daño, es una nueva forma de que el ofendido obtenga una verdadera justicia penal, y servirá en parte para evitar la sobrepoblación de las cárceles en todo el país.

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS:

ARMUCHATEGUI REQUENA IRMA G. DERECHO PENAL. 1ª ed. Ed. Harla.
México 1998. p.p.418.

BURGOA ORIHUELA IGNACIO, DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO, Ed
Porrua, 7ª ed, México 1992, pp 1068.

CARDONA ARIZMENDI, Y OTRO, CODIGO PENAL COMENTADO, Ed Orlando
Cárdenas Editor S.A. de C.V., 36va ed, México 1996, pp363

CARNELUTTI FRANCESCO, DERECHO PROCESAL CIVIL Y PENAL, Ed.
Oxford University Press, 1ª ed, p.p. 491

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, DERECHO PENAL MEXICANO TOMO I Y II, Ed
Antigua Librería Robledo, 3ª ed, Irapuato, Gto., México 1996, p.p.874

CASTELLANOS FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO
PENAL. 38ª ed. Ed. Porrúa. México 1997. p.p. 363.

COLIN SÁNCHEZ GUILLERMO, DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS
PENALES, Ed Porrua, 9ª ed, México 1985, pp 561.

CUELLO CALON EUGENIO, DERECHO PENAL, 9a ed, Ed. Nacional, México
1961, p.p.788

GARCIA RAMÍREZ SERGIO, DERECHO PENAL, 1a ed. Ed. Mc Graw Hill, Mexico
1998, p.p. 191.

JIMÉNEZ HUERTA MARIANO, DERECHO PENAL MEXICANO, 4ª ed, Ed. Porrúa, México 1983, pp 501

JIMÉNEZ PENCAS, A. "LA VICTIMOLOGIA", en la victimología, cuadernos de Derecho Judicial Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp 381

LOPEZ BETANCOURT EDUARDO. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL. 5ª ed. Ed. Porrúa. México, 1997. p.p.287.

LOPEZ LOPEZ RAUL. FRONTERAS DEL SISTEMA PUNITIVO MEXICANO, SOCIEDAD Y ESTADO. 1ª ed. Ed. OGS. México 2000. p.p. 118.

PALOMAR y DE MIGUEL JUAN. DICCIONARIO PARA JURISTAS. Ed. Mayo. México. 1981. p.p. 360.

RAMÍREZ DELGADO JUAN MANUEL. PENOLOGÍA ESTUDIOS DE LAS DIVERSAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD. 3ª ed. Ed. Porrúa. México, 2000. p.p.302.

RIVERA SILVA MANUEL, EL PROCEDIMIENTO PENAL, Ed Bancaria y Comercial, 4ª ed, México 1992, p.p 391

VILLALOBOS IGNACIO, DERECHO PENAL MEXICANO, 6ª ed, Ed. Porrúa, México 1990. pp 635

LEGISLACIÓN:

1. Código Penal Federal.
2. Código Penal para el Estado de Guanajuato.
3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4. Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la Libertad para el Estado de Guanajuato.
5. Tesis Aisladas emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

OTRAS FUENTES:

1. Diccionario de Derecho de Pina Rafael. 14ª ed. Ed. Porrúa. México. 1986. p.p. 568.
2. Diccionario de la Lengua Española. www.rae.es
3. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ed. Driskill S.A. Buenos Aires. 1991. Tomos XXVI.
4. Segundo Congreso Interuniversitario de Derecho, impartido en la Centro de Convenciones en la Ciudad de Morelia, Michoacán, los días 27,28 y 29 de septiembre del año 2002.
5. LICENCIADO GUTIERREZ NEGRETE FRANCISCO, Cátedra Teoría del Delito, Universidad Lasallista Benavente.
6. LICENCIADO LLAMAS ROJAS ROGELIO, Cátedra de Derecho Procesal Penal, Universidad Lasallista Benavente.
7. LICENCIADO LLAMAS ROJAS ROGELIO, Cátedra de Práctica Forense de Derecho Procesal, Universidad Lasallista Benavente.
8. www.tsjrw.gob.mx/actividades/ab2002/justiciapenal/htm
9. www.derecho.com/articulos
10. www.monografias.com